

T.C.
SELÇUK ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
KAMU HUKUKU ANABİLİM DALI
KAMU HUKUKU BİLİM DALI

TÜRK SİLAHLI KUVVETLERİNDE
DİSİPLİN SUÇ VE CEZALARINA İLİŞKİN ESASLAR VE UYGULAMASI

Muharrem KÖSE

DOKTORA TEZİ

Danışman
Prof. Dr. Bahtiyar AKYILMAZ

Konya-2009

BİLİMSEL ETİK SAYFASI

Bu tezin proje safhasından sonuçlanmasına kadarki süreçlerde bilimsel etiğe ve akademik kurallara özenle riayet edildiğini, tez içindeki bütün bilgilerin etik davranış ve akademik kurallar çerçevesinde elde edilerek sunulduğunu, ayrıca tez yazım kurallarına uygun olarak hazırlanan bu çalışmada başkalarının eserlerinden yararlanılması durumunda bilimsel kurallara uygun olarak atıf yapıldığını bildiririm.

Muharrem KÖSE

Ek- 9: Doktora Tezi Kabul Formu



T.C.
SELÇUK ÜNİVERSİTESİ
Sosyal Bilimler Enstitüsü Müdürlüğü



DOKTORA TEZİ KABUL FORMU

Muharrem KÖSE tarafından hazırlanan ... **Türk Silahlı Kuvvetlerinde Disiplin Suç ve Cezalarına İlişkin Esaslar ve Uygulaması**, başlıklı bu çalışma ... **13**.../**10**.../**2009** tarihinde yapılan savunma sınavı sonucunda oybirliği/oyçokluğu ile başarılı bulunarak, jürimiz tarafından doktora tezi olarak kabul edilmiştir.

Prof.Dr.Bahtiyar AKYILMAZ

~~Başkan~~ (Danışman)

[Signature]

Prof.Dr.Cumhur ŞAHİN

Üye

[Signature]

Prof. Dr.Murat SEZGİNER

Üye

[Signature]

Doç.Dr.Cemil KAYA

Üye

[Signature]

Yrd.Doç.Dr.Münci ÇAKMAK

Üye

[Signature]

ÖNSÖZ

Avrupa Birliği'ne girme sürecinde olan Türkiye'de, son yıllarda İnsan Haklarını ve Temel Özgürlüklerini Koruma Avrupa Sözleşmesi (Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi), Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ve Mahkeme kararları gündemin en önemli konuları haline gelmiştir. 2004 yılında Anayasa'nın 90. maddesinin 5. fıkrasına “*Usulüne göre yürürlüğe konulmuş temel hak ve özgürlüklere ilişkin uluslararası andlaşmalarla kanunların aynı konuda farklı hükümler içermesi nedeniyle çıkabilecek uyuşmazlıklarda uluslararası andlaşma hükümleri esas alınır*” şeklinde bir cümle eklenmiş ve böylece AİHS kanunların üstünde bir konuma getirilmiştir.

Ülkemizde yaşayan herkese AİHS'de düzenlenen hakları güvence altına alma ve iç hukukumuzu Sözleşme ile uyumlu hale getirme yükümlülüğümüz bulunmakta, ayrıca Anayasa'nın 90/5. maddesi uyarınca da Sözleşme'ye aykırı kanun hükümlerini uygulamamız gerekmektedir.

Anayasa'nın 129/4. maddesindeki düzenleme doğrultusunda kanun koyucu tarafından TSK mensuplarına verilecek disiplin cezaları yargı denetimi dışına çıkarılmıştır. Bu cezalar arasında hürriyeti kısıtlayıcı cezalar da bulunmaktadır. Son yıllarda TSK mensuplarına yargı kararı olmadan hürriyeti kısıtlayıcı ceza verilebilmesiyle ilgili mevzuat hükümlerinin ve uygulamanın AİHS'de düzenlenen hakları ihlal ettiğine yönelik AİHM kararları artmaya başlamıştır.

TSK mensuplarına uygulanan disiplin mevzuatının AİHS'de düzenlenen hakları ihlal etmesi yanında, TSK'da farklı statüde çalışan personele farklı disiplin mevzuatının uygulanması da eşitliğe ve hakkaniyete aykırı sonuçlara neden olabilmektedir. Bu nedenlerle ve TSK mensuplarına uygulanan disiplin mevzuatıyla ilgili pek fazla bilimsel çalışma olmaması da göz önüne alınarak tez konusu “*Türk Silahlı Kuvvetlerinde Disiplin Suç ve Cezalarına İlişkin Esaslar ve Uygulaması*” olarak belirlenmiştir.

Tezin danışmanlığını üstlenen, tez konusunun belirlenmesinde ve tezin yazımı aşamasında ilgi ve yardımlarını esirgemeyen sayın Prof. Dr. Bahtiyar AKYILMAZ'a desteklerinden dolayı teşekkürlerimi sunuyorum.

Öğrencinin	Adı Soyadı	Muharrem KÖSE	Numarası : 034134001003
	Ana Bilim/ Bilim Dalı	Kamu Hukuku	
	Danışmanı	Prof.Dr. Bahtiyar AKYILMAZ	
Tezin Adı		Türk Silahlı Kuvvetlerinde Disiplin Suç ve Cezalarına İlişkin Esaslar ve Uygulaması	

ÖZET

Mevzuatımızda Türk Silahlı Kuvvetleri (TSK), Türkiye Cumhuriyeti’ni korumakla görevlendirilmiştir. Bu görevini yerine getirebilmesi için, disiplinli bir sistemin kurulması ve devamının sağlanması gerekmektedir. Disiplinin sağlanması ise, disipline aykırı davranışları olanlara fiilleriyle orantılı yaptırımların uygulanmasını gerektirmektedir.

TSK, çeşitli statülerde görev yapan kişilerden oluşmaktadır. Bu kişiler kadrolu veya sözleşmeli olarak kendi isteğiyle ya da askerlik görevini yapmak için zorunlu olarak TSK’ya katılmışlardır. “Türk Silahlı Kuvvetlerinde Disiplin Suç ve Cezalarına İlişkin Esaslar ve Uygulaması” başlıklı üç bölümden oluşan bu çalışmamızda, TSK mensupları hakkında uygulanan disiplin suç ve cezaları incelenmiştir.

TSK mensupları, statülerine göre farklı kanunlara tabi olabilmektedir. Bu durum aynı nitelikte disiplin suçu işleyen kişiler hakkında farklı yaptırımların uygulanmasına neden olmaktadır. Ayrıca disiplin suç ve cezaları ile ilgili mevzuat ve uygulamada İnsan Haklarını ve Temel Özgürlüklerini Koruma Avrupa Sözleşmesi’ne aykırılıklar bulunmaktadır.

İncelememizde konuyla ilgili doktrin ve yargı organlarının görüşlerine ayrıntılı olarak yer verilmiştir. Böylece mevzuat ve uygulamadaki sorunlara çözüm bulunmaya çalışılmıştır.

Öğrencinin	Adı Soyadı	Muharrem KÖSE	Numarası : 034134001003
	Ana Bilim/ Bilim Dalı	Kamu Hukuku	
	Danışmanı	Prof.Dr. Bahtiyar AKYILMAZ	
Tezin İngilizce Adı		Basics and Implementations of Disciplinary Offenses and Punishments in The Turkish Armed Forces	

SUMMARY

In accordance with the legislation in force Turkish Armed Forces (TAF) is tasked to protect the Turkish Republic. To accomplish this task TAF must build and keep a system based on discipline. This means applying disciplinary or criminal law to those who breach the rules.

TAF consists of military personnel under various statutes. The personnel may have joined the TAF voluntarily or because of compulsory military service. In this study which has the title of “Basics and Implementations of Disciplinary Offenses and Punishments in The Turkish Armed Forces” and which consists of three parts the disciplinary offenses and punishments that applied to the TAF personnel are reviewed.

TAF personnel may be under different laws, in accordance with their status. This means different punishments for similar disciplinary offenses because of the status. Moreover, some disciplinary legislation and implementation breach the European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms.

The study covers a wide range of detailed academic opinions and detailed court decisions in order to find solutions for the problems.

İÇİNDEKİLER

BİLİMSEL ETİK SAYFASI	I
TEZ KABUL FORMU	II
ÖNSÖZ.....	III
ÖZET.....	IV
SUMMARY	V
İÇİNDEKİLER.....	VI
KISALTMALAR.....	XIII
GİRİŞ	1

Birinci Bölüm

TÜRK SİLAHLI KUVVETLERİNDE DİSİPLİN SUÇ VE CEZALARI

1.1. TÜRK SİLAHLI KUVVETLERİNDE DİSİPLİNİN ANLAMI, ÖNEMİ VE UNSURLARI	4
1.1.1. Disiplinin Anlam ve Önemi.....	4
1.1.1.1. Disiplin kavramı	4
1.1.1.2. Disiplinin önemi	5
1.1.1.3. Disiplinin askerlikte anlam ve önemi	7
1.1.2. TSK’da Disiplinin Unsurları	9
1.1.2.1. Mutlak itaat.....	9
1.1.2.2. Astın ve üstün haklarına saygı.....	10
1.2. TSK’DA DİSİPLİNİN SÜJELERİ	10
1.2.1. Disiplin Cezası Verilebilecek Kişiler	11
1.2.1.1. Subay	11
1.2.1.2. Astsubay	12
1.2.1.3. Uzman jandarma.....	12
1.2.1.4. Uzman erbaş	12
1.2.1.5. TSK kadrolarında çalışan sivil personel	13
1.2.1.5.1. Devlet memurları	13
1.2.1.5.2. İşçiler	18
1.2.1.6. Askeri öğrenci	20
1.2.1.7. Erbaş ve er	22
1.2.1.8. Yedek asker kişi.....	22
1.2.2. Disiplin Cezası Verebilecek Kişi veya Kurullar	23
1.2.2.1. Disiplin amirleri.....	23
1.2.2.1.1. Amir ve üst kavramları	24
1.2.2.1.2. Amirlik çeşitleri	24
1.2.2.1.3. Disiplin amirinin yetkileri.....	26
1.2.2.2. Disiplin kurulları.....	28
1.2.2.2.1. Devlet Memurları Kanununa göre	28
1.2.2.2.2. Disiplin Mahkemeleri Kanununa göre.....	30
1.2.2.2.3. Askeri Yargıtay ve AYİM Kanunlarına göre.....	35
1.2.2.2.4. Öğrenci mevzuatına göre	36

1.3. DİSİPLİN SUÇLARININ TANIMI VE DÜZENLENİŞ ŞEKLİ	36
1.3.1. Suç Kavramı	36
1.3.2. Disiplin Suçunun Tanımı	37
1.3.3. Disiplin Suçlarının Düzenleniş Şekli	38
1.3.3.1. Askeri Ceza Kanununda düzenlenen disiplin suçları	38
1.3.3.1.1. Disiplin tecavüzleri	38
1.3.3.1.2. Disiplin kabahatleri	39
1.3.3.2. Disiplin Mahkemeleri Kanununda düzenlenen disiplin suçları	45
1.3.3.2.1. Amire veya üste saygısızlık	46
1.3.3.2.2. Emre itaatsizlik	47
1.3.3.2.3. Bilerek doğru söylememek	49
1.3.3.2.4. Kısa süreli kaçma ve izin süresini geçirme	50
1.3.3.2.5. Kaçmaya kalkışanları haber vermemek	51
1.3.3.2.6. Hizmete mahsus eşyanın hasarına sebebiyet vermek veya kaybetmek	52
1.3.3.2.7. Astına hizmetle ilgisi olmayan emir vermek, hediye istemek veya borç almak	53
1.3.3.2.8. Astlarını gözetim görevinde ihmal ve kusuru olmak	54
1.3.3.2.9. Astına sövmek, hakaret etmek ve kötü davranmak	55
1.3.3.2.10. Nöbet talimatına aykırı hareket etmek	56
1.3.3.2.11. Hoşnutsuzluk yaratmak	57
1.3.3.2.12. Sarhoşluk ve yasak edilen yerlere girmek	57
1.3.3.2.13. Kumar oynamak	58
1.3.3.2.14. Meslek kuruluşlarına, izin verilmeyen derneklere veya spor kulüplerinin faal üyeliklerine girmek	58
1.3.3.2.15. Yasak edilen kitap, dergi ve yazıları okumak veya bulundurmak	58
1.3.3.3. Devlet Memurları Kanununda düzenlenen disiplin suçları	59
1.3.3.3.1. Düzenlemenin tarihi gelişimi	59
1.3.3.3.2. Disiplin suçlarının çeşitleri	60
1.3.3.4. Askeri Hâkimler Kanununda düzenlenen disiplin suçları	78
1.3.3.4.1. Uyarma cezası gerektiren disiplin suçları	78
1.3.3.4.2. Kınama cezası gerektiren disiplin suçları	79
1.3.3.5. Askeri Yargıtay ve AYİM Kanunlarında düzenlenen disiplin suçları	80
1.3.3.6. Öğrenci mevzuatında düzenlenen disiplin suçları	81
1.4. DİSİPLİN SUÇLARININ ADLİ SUÇLARLA KARŞILAŞTIRILMASI	82
1.4.1. Amaç ve Kapsam Bakımından	82
1.4.2. Kanunilik İlkesi Bakımından	83
1.4.3. Suçun Unsurları Bakımından	85
1.4.4. Suça Etki Eden Haller Bakımından	85
1.4.4.1. İndirim nedenleri	85
1.4.4.1.1. Haksız tahrik	86
1.4.4.1.2. Takdiri indirim nedenleri	87
1.4.4.2. Artırım nedeni	87
1.4.5. Suçlu ve Mağdur Kavramları Bakımından	88
1.4.6. Suça İştirak Bakımından	88
1.5. DİSİPLİN CEZALARININ İDARİ YAPTIRIMLAR İÇİNDEKİ YERİ	91
1.5.1. Yaptırım ve Ceza Kavramları	91
1.5.2. İdari Yaptırım Kavramı	92
1.5.3. Disiplin Cezalarının İdari Yaptırımlar İçindeki Yeri ve Tanımı	94

1.6. DİSİPLİN CEZALARININ ADLİ CEZALARLA KARŞILAŞTIRILMASI	96
1.6.1. Düzenlendikleri Norm Türü Bakımından	96
1.6.2. Kapsamları Bakımından	96
1.6.3. Amaç ve İşlevleri Bakımından	97
1.6.4. Türleri Bakımından	97
1.6.5. Ceza Vermeye Yetkili Makam Bakımından	98
1.6.6. Ceza Verilmesinde Uygulanan Usul Bakımından	99
1.6.7. Ertelenme Bakımından	100
1.6.8. İnfazı Bakımından	101
1.6.9. Sonuçları Bakımından	101
1.7. DİSİPLİN CEZALARININ HUKUKİ NİTELİĞİ	102
1.7.1. Disiplin Kurullarınca Verilen Cezaların Hukuki Niteliği	103
1.7.1.1. Devlet Memurları Kanununa göre	103
1.7.1.2. Disiplin Mahkemeleri Kanununa göre	106
1.7.1.2.1. Disiplin mahkemelerinin yargı organı (mahkeme) olup olmadığı	106
1.7.1.2.2. Disiplin mahkemelerinin kararlarının niteliği	109
1.7.1.3. Askeri Yargıtay ve AYİM Kanunlarına göre	111
1.7.2. Disiplin Amirince Verilen Cezaların Hukuki Niteliği	112
1.8. DİSİPLİN CEZALARININ TÜRLERİ	113
1.8.1. Devlet Memurları Kanununda	113
1.8.2. Askeri Ceza Kanunu ve Disiplin Mahkemeleri Kanununda	115
1.8.3. Askeri Hâkimler, Askeri Yargıtay ve AYİM Kanunlarında	116

İkinci Bölüm

TÜRK SİLAHLI KUVVETLERİNDE UYGULANAN DİSİPLİN SUÇ VE CEZALARININ ANAYASAL İLKELERE VE AVRUPA İNSAN HAKLARI SÖZLEŞMESİ'NE UYGUNLUĞU

2.1. DİSİPLİN SUÇ VE CEZALARININ ANAYASAL İLKELERE UYGUNLUĞU	117
2.1.1. Kanunilik İlkesi Açısından	117
2.1.1.1. İlkenin Anayasal konumu	117
2.1.1.2. Anayasa'nın 38. maddesi açısından kanunilik ilkesi	118
2.1.1.2.1. Kanunla düzenlenme (Kanunun tekelciliği)	120
2.1.1.2.2. Kanunun açık olması (Kıyas yasağı)	122
2.1.1.2.3. Kanunun geçmişe yürümezliği	124
2.1.1.3. Anayasa'nın 128/2. maddesi açısından kanunilik ilkesi	125
2.1.1.3.1. Memur güvenliği kavramı	125
2.1.1.3.2. Memur güvencelerinin türleri	126
2.1.1.3.3. Anayasa'nın 128/2. maddesine göre kanunla düzenlenme ilkesi	128
2.1.1.4. Disiplin suç ve cezalarında kanunilik ilkesi	130
2.1.1.4.1. Anayasa'nın 128/2. maddesi yönünden	131
2.1.1.4.2. Anayasa'nın 38. maddesi yönünden	133
2.1.1.4.3. Pozitif askeri disiplin hukukumuzun değerlendirilmesi	140
2.1.2. Savunma Hakkı Açısından	146
2.1.2.1. Savunma hakkının önemi	146
2.1.2.2. Savunma hakkının Anayasal konumu	147
2.1.2.3. Disiplin cezalarında tanınan savunma hakkının niteliği	149
2.1.2.4. Savunma hakkının Anayasal güvenceye bağlanmasının sonuçları	150

2.1.3. Hukuk Devleti ve Yargı Yolu Güvencesi Açısından.....	152
2.1.3.1. Hukuk devleti kavramı	152
2.1.3.2. İdarenin denetlenmesinde yargı yolunun önemi	154
2.1.3.3. Disiplin cezaları için öngörülen yargı yolu güvencesi.....	155
2.1.3.4. Bazı disiplin cezalarında yargı yolu güvencesine getirilen istisna.....	156
2.1.3.4.1. İstisnanın niteliği	156
2.1.3.4.2. Düzenleniş şekli.....	157
2.1.3.4.3. Yüksek yargı organlarının tutumu.....	160
2.1.3.4.4. Görüş ve önerilerimiz	167
2.2. DİSİPLİN SUÇ VE CEZALARININ AVRUPA İNSAN HAKLARI SÖZLEŞMESİ'NE UYGUNLUĞU	170
2.2.1. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi.....	170
2.2.1.1. Sözleşme ve ek protokollerde düzenlenen haklar	171
2.2.1.2. Sözleşme'nin özellikleri	173
2.2.1.2.1. Kural koyucu bir uluslararası sözleşme olması	173
2.2.1.2.2. Doğrudan uygulanırlık.....	174
2.2.1.2.3. Bireyi uluslararası hukukun bir süjesi haline getirmesi	175
2.2.1.2.4. Etkili yargısal denetim mekanizmasının olması	175
2.2.1.3. Sözleşme'nin Türk Hukukundaki yeri.....	176
2.2.1.3.1. 5170 Sayılı Kanunla yapılan Anayasa değişikliği öncesi	177
2.2.1.3.2. 5170 Sayılı Kanunla yapılan Anayasa değişikliği sonrası	179
2.2.1.4. Sözleşme'nin Denetim Organı (Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi)	181
2.2.1.4.1. Yapısı.....	181
2.2.1.4.2. Yetkisi.....	182
2.2.1.4.3. Yargılamasının Niteliği	183
2.2.1.4.4. Kararlarının niteliği	186
2.2.1.4.5. Kararlarının etkisi	188
2.2.1.4.6. Kararların uygulanmasının Bakanlar Komitesi tarafından denetlenmesi.....	191
2.2.2. Disiplin Suç ve Cezalarıyla İlgili Mevzuat ve Uygulamanın Sözleşme'ye Uygunluğu..	192
2.2.2.1. İnsan onuruyla bağdaşmayan cezaya tâbi tutulmama hakkı (AİHS m.3) açısından	193
2.2.2.2. Zorla çalıştırma yasağı (AİHS m.4) açısından.....	195
2.2.2.3. Kişi özgürlüğü ve güvenliği hakkı (AİHS m.5) açısından.....	195
2.2.2.3.1. Kişi özgürlüğü ve güvenliği hakkının düzenleniş şekli	195
2.2.2.3.2. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin bakış açısı	196
2.2.2.3.3. Pozitif askeri disiplin hukukumuzun değerlendirilmesi.....	200
2.2.2.4. Adil yargılanma hakkı (AİHS m.6) açısından.....	202
2.2.2.4.1. Adil yargılanma hakkının düzenleniş şekli.....	202
2.2.2.4.2. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin bakış açısı	203
2.2.2.4.3. Disiplin mahkemelerinin yapısının AİHS'nin 6. maddesine uygunluğu	207
2.2.2.5. Suç ve cezada kanunilik ilkesi (AİHS m.7) açısından	211
2.2.2.6. Özel hayata ve aile hayatına saygı hakkı (AİHS m.8) açısından	212
2.2.2.7. Düşünce, din ve vicdan özgürlüğü (AİHS m.9) açısından.....	212
2.2.2.8. İfade özgürlüğü (AİHS m.10) açısından.....	214
2.2.2.9. Etkili başvuru hakkı (AİHS m.13) açısından.....	215
2.2.2.10. Ayrımcılık yasağı (AİHS m.14) açısından.....	217
2.2.2.11. Eğitim hakkı (Ek 1 Nolu Protokol m.2) açısından.....	218

Üçüncü Bölüm

TÜRK SİLAHLI KUVVETLERİNDE DİSİPLİN SUÇ VE CEZALARININ UYGULANMASI

3.1. DİSİPLİN SORUŞTURMASI	219
3.1.1. Askeri Ceza Kanununda Düzenlenen Disiplin Suçlarında	219
3.1.2. Disiplin Mahkemeleri Kanununda Düzenlenen Disiplin Suçlarında	221
3.1.2.1. Disiplin amiri tarafından soruşturma yapılması	221
3.1.2.2. Disiplin subayı tarafından soruşturma yapılması	223
3.1.2.2.1. Disiplin subayının görevlendirilmesi	223
3.1.2.2.2. Disiplin subayı tarafından yapılan soruşturmanın sonucu	223
3.1.3. Devlet Memurları Kanununda Düzenlenen Disiplin Suçlarında	225
3.1.3.1. Disiplin amiri tarafından soruşturma yapılması	226
3.1.3.2. Görevlendirilen kişiler tarafından soruşturma yapılması	227
3.1.4. Askeri Hâkimler Kanununda Düzenlenen Disiplin Suçlarında	229
3.1.5. Askeri Yargıtay ve AYİM Kanunlarında Düzenlenen Disiplin Suçlarında	230
3.2. DİSİPLİN SORUŞTURMASINDA UYGULANABİLECEK TEDBİRLER	231
3.2.1. Disiplin Suçlarında Tutuklama	231
3.2.1.1. Amir veya üstün geçici tutuklama yetkisi	231
3.2.1.1.1. Düzenleniş şekli	231
3.2.1.1.2. Doktrin ve yargı organlarının görüşleri	233
3.2.1.1.3. Görüşümüz	234
3.2.1.2. Disiplin mahkemesinin tutuklama yetkisi	235
3.2.2. Disiplin Suçları Nedeniyle Görevden Uzaklaştırma	236
3.2.2.1. Devlet Memurları Kanununda	236
3.2.2.2. Askeri Hâkimler Kanununda	237
3.3. DİSİPLİN CEZALARININ VERİLMESİ	238
3.3.1. Disiplin Amiri Tarafından Ceza Verilmesi	238
3.3.1.1. Askeri Ceza Kanununda düzenlenen disiplin suçlarında	238
3.3.1.2. Disiplin Mahkemeleri Kanununda düzenlenen disiplin suçlarında	241
3.3.1.3. Devlet Memurları Kanununda düzenlenen disiplin suçlarında	242
3.3.1.4. Askeri Hâkimler Kanununda düzenlenen disiplin suçlarında	247
3.3.2. Disiplin Kurulları Tarafından Ceza Verilmesi	247
3.3.2.1. Disiplin Mahkemeleri Kanununda düzenlenen disiplin suçlarında	247
3.3.2.1.1. Disiplin mahkemelerinin görevi ve yetkisi	247
3.3.2.1.2. Disiplin mahkemelerinin çalışma usulleri	252
3.3.2.1.3. Disiplin mahkemelerinin karar vermesi	257
3.3.2.2. Devlet Memurları Kanununda düzenlenen disiplin suçlarında	259
3.3.2.2.1. Disiplin kurullarının yetkileri	259
3.3.2.2.2. Disiplin Kurullarının çalışma usulleri	260
3.3.2.2.3. Disiplin kurullarının karar verme yetkilerinin kapsam ve sınırları	261
3.3.2.2.4. Disiplin kurullarının karar verme süreleri	262
3.3.2.3. Askeri Yargıtay ve AYİM Kanunlarında düzenlenen disiplin suçlarında	263
3.4. DİSİPLİN CEZALARININ VERİLMESİYLE İLGİLİ ORTAK HUSUSLAR	264
3.4.1. Savunma Hakkı	264
3.4.1.1. Savunma hakkının kullanılmasında süre	265
3.4.1.2. Savunma hakkının kullanılması usulü	266
3.4.1.3. Savunma hakkının kullanılamamasının sonuçları	269

3.4.2. Zamanaşımı	270
3.4.2.1. Zamanaşımının niteliği	270
3.4.2.2. Zamanaşımı süreleri	271
3.4.2.2.1. Askeri Ceza Kanununda düzenlenen disiplin suçlarında	271
3.4.2.2.2. Disiplin Mahkemeleri Kanununda düzenlenen disiplin suçlarında	271
3.4.2.2.3. Devlet Memurları Kanununda düzenlenen disiplin suçlarında	273
3.4.3. Tek Fiile Tek Ceza Verilmesi	275
3.4.3.1. Tek fiilin sadece tek suç oluşturması durumu	276
3.4.3.2. Tek fiilin birden çok suç oluşturması durumu	276
3.4.3.2.1. Tek fiilin birden çok disiplin suçu oluşturması	276
3.4.3.2.2. Tek fiilin aynı anda adli ve disiplin suçlarını oluşturması	277
3.4.4. Hafifleştirici ve Ağırlaştırıcı Nedenlerin Takdiri	287
3.4.4.1. Hafifleştirici nedenler	287
3.4.4.1.1. Alt ceza uygulaması	287
3.4.4.1.2. Haksız tahrik	289
3.4.4.1.3. Takdiri indirim	290
3.4.4.2. Ağırlaştırıcı nedenler	290
3.4.4.2.1. Disiplin Mahkemeleri Kanununda düzenlenen disiplin suçlarında	290
3.4.4.2.2. Devlet Memurları Kanununda düzenlenen disiplin suçlarında	291
3.4.5. Disiplin Cezası Verilmesinde Gözetilmesi Gereken Diğer İlkeler	296
3.4.5.1. Kanunsuz suç ve ceza olmaması	296
3.4.5.2. Ceza vermeye yetkili makam veya organların yetkilerinin belirlenmiş olması	298
3.4.5.3. Kanunu bilmemenin mazeret sayılmaması	298
3.4.5.4. Şüpheden sanığın yararlanması	299
3.4.5.5. Cezanın belirlenmesinde ölçülülük, objektiflik ve eşitlik	299
3.4.5.6. Statü dışında işlenen fiillere ceza verilememesi	301
3.4.5.7. Kararın gerekçeli olması	303
3.4.5.8. Karara karşı başvurulabilecek kanuni yolların gösterilmesi	303
3.4.5.9. Aleyhe bozma yasağı	303
3.4.6. Disiplin Cezalarının İctimai	304
3.5. DİSİPLİN CEZALARINA KARŞI BAŞVURU YOLLARI	305
3.5.1. Genel Olarak Disiplin Cezalarının Denetimi	305
3.5.2. İdari Başvuru Yolu	306
3.5.2.1. Disiplin cezalarına karşı idari başvurunun niteliği	307
3.5.2.2. Düzenleniş şekli	307
3.5.2.2.1. Askeri Ceza Kanununda	308
3.5.2.2.2. Disiplin Mahkemeleri Kanununda	311
3.5.2.2.3. Devlet Memurları Kanununda	316
3.5.2.2.4. Askeri Yargıtay ve AYİM Kanunlarda	318
3.5.3. İdari Dava Yolu	318
3.5.3.1. Davanın açılması ve yargılama süreci	318
3.5.3.2. Yargı kararlarının sonuçları	322
3.6. DİSİPLİN CEZALARININ İNFAZI	322
3.6.1. İnfaz Şekilleri	323
3.6.1.1. Hapis cezaları	323
3.6.1.1.1. Göz hapsi	323
3.6.1.1.2. Oda hapsi	324
3.6.1.2. Rütbenin geri alınması	325
3.6.1.3. Aylık kesilmesi	326
3.6.1.4. Uyarı	327
3.6.1.5. Kınama	328
3.6.1.6. İzinsizlik	328

3.6.1.7. Sıra harici hizmet.....	328
3.6.1.8. Kademe ilerlemesinin durdurulması	329
3.6.1.9. Görevden çekilmeye davet	329
3.6.1.10. Okuldan çıkarma.....	330
3.6.1.11. Devlet memurluğundan çıkarma.....	330
3.6.2. Disiplin Cezalarının İnfazı ile İlgili Ortak Hususlar.....	330
3.6.2.1. Disiplin cezasının infazının ertelenmesi	330
3.6.2.2. Zamanaşımı	331
3.6.2.3. TSK'dan ayrılmış olanlara ilişkin cezaların yerine getirilmesi.....	332
3.6.2.4. Disiplin cezalarının geri alınamaması.....	332
3.6.2.5. Disiplin cezalarının sicilden silinmesi	334
3.7. DİSİPLİN CEZALARININ ETKİLERİ	335
3.7.1. Doğrudan Etkileri	335
3.7.1.1. Askerlik Süresinin Uzaması	335
3.7.1.2. Üst düzey yönetici olmaya engel olması	337
3.7.1.3. Disiplin kurullarında görev almaya engel olması	337
3.7.1.4. Akademik yükselmeye engel olması	337
3.7.1.5. Askeri hâkimler için birinci sınıfa geçirilmeye engel olması	337
3.7.1.6. Sözleşmenin feshine neden olması	338
3.7.1.7. Okuldan çıkarılmaya neden olması.....	339
3.7.1.8. Yedek subaylık statüsünü kaybettirmesi.....	339
3.7.1.9. Öğrenim kıdemi verilmesine ve bazı statülere geçmeye engel olması	340
3.7.1.10. İdarenin takdir hakkını ilgili aleyhine kullanmasına neden olması	341
3.7.1.11. Albay rütbesine yükselmeye engel olması.....	341
3.7.2. Dolaylı Etkileri	342
3.7.2.1. Sicile etkisi	342
3.7.2.2. Görevde yükselmeye etkisi.....	343
3.7.2.3. Sözleşmenin feshine etkisi.....	344
3.7.2.4. TSK'dan ayırmaya etkisi	344
3.7.2.4.1. Disiplinsizlik sebebiyle TSK'dan ayırmanın düzenleniş şekli.....	344
3.7.2.4.2. TSK'dan ayırmanın yargısal denetimi	347
3.7.2.5. Mali Haklara Etkisi.....	349
3.8. DİSİPLİN CEZALARININ AFFI.....	349
3.8.1. Genel Olarak Af	349
3.8.2. Genel Af Kanunlarının Disiplin Cezalarına Etkisi	350
3.8.3. Disiplin Cezalarının Affı	351
3.8.4. Disiplin Affı Kanunlarının Niteliği ve Sonuçları.....	352
SONUÇ.....	353
KAYNAKLAR.....	362
ÖZGEÇMİŞ	373

KISALTMALAR

AAD	: Askeri Adalet Dergisi
AnkBD	: Ankara Barosu Dergisi
age	: Adı geçen eser
agm	: Adı geçen makale
AİD	: Amme İdaresi Dergisi
AİHM	: Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi
AİHS	: Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi
AsCK	: Askeri Ceza Kanunu
AsYUK	: Askeri Yargılama Usul Kanunu
As.Yrgt.	: Askeri Yargıtay
AÜHFD	: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
AÜSBFD	: Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi
Ay	: Anayasa
AY	: Anayasa Yargısı
AYİM	: Askeri Yüksek İdare Mahkemesi
Ay. Mah.	: Anayasa Mahkemesi
AYİMD	: Askeri Yüksek İdare Mahkemesi Dergisi
AYMKD	: Anayasa Mahkemesi Kararlar Dergisi
bkz.	: Bakınız
BM	: Birleşmiş Milletler
C.	: Cilt
CMK	: 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu
Çev.	: Çeviren
ÇYYD	: Çağdaş Yerel Yönetimler Dergisi
D.	: Daire
DBİM	: Danıştay Bilgi İşlem Merkezi
DD	: Danıştay Dergisi
DEÜHFD	: Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
Drl.Krl.	: Daireler Kurulu
DY	: Disiplin Kurulları ile Disiplin Amirleri Hakkında Yönetmeliği
dn.	: Dipnot
D..D	: Danıştay Dairesi
DİDDGK	: Danıştay İdari Dava Daireleri Genel Kurulu
D5DK	: Danıştay 5. Daire Kararları
DMürD	: Danıştay Mürettep Dairesi
E.	: Esas
EDCE	: Etudes et Documents du Conseil d'Etat

EHFD	: Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi
İBK	: İçtihadı Birleştirme Kararı
İçHizK	: TSK İç Hizmet Kanunu
İçHizY	: TSK İç Hizmet Yönetmeliği
İçt.	: Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İçtüzüğü
İHEB	: İnsan Hakları Evrensel Bildirisi
İHİD	: İdare Hukuku ve İlimler Dergisi
İHY	: İnsan Hakları Yıllığı
İÜHFM	: İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası
JDY	: Jandarma Genel Komutanlığı ve Sahil Güvenlik Komutanlığında Görevli Sivil Devlet Memurları Disiplin Kurulları ve Disiplin Amirleri Yönetmeliği
K.	: Karar
KÜHFD	: Kocaeli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
m.	: Madde
MD	: Maliye Dergisi
MSB	: Milli Savunma Bakanlığı
Prt.	: Protokol
RG	: Resmi Gazete
S.	: Sayı
s.	: Sayfa
SK	: Sayılı Kanun
SKD	: Sayılı Kuvvetler Dergisi
TBMM	: Türkiye Büyük Millet Meclisi
TBBD	: Türkiye Barolar Birliği Dergisi
TCK	: Türk Ceza Kanunu
THD	: Terazî Hukuk Dergisi
TİD	: Türk İdare Dergisi
TODAİE	: Türkiye ve Ortadoğu Amme İdaresi Enstitüsü
TSK	: Türk Silahlı Kuvvetleri
TSKDY	: TSK'da Görevli Devlet Memurları Disiplin Kurulları ve Disiplin Amirleri Yönetmeliği
vd.	: Ve devamı
Y.	: Yıl
YAŞ	: Yüksek Askerî Şura
YCGK	: Yargıtay Ceza Genel Kurulu
YD	: Yargıtay Dergisi
YİBK	: Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararı
YT	: Yeni Türkiye

GİRİŞ

211 sayılı TSK İç Hizmet Kanunu'nun¹ 35. maddesinde, Türk Yurdunu ve Anayasa ile tayin edilmiş olan Türkiye Cumhuriyetini korumakla görevlendirilen TSK'nın, bu görevini yapabilmesi için mutlak itaate dayalı bir disiplin sistemi kurması ve devamını sağlaması gerekir. Disipline aykırı davranışların, fiilin ağırlığıyla orantılı yaptırımlarla karşılanması, disiplinin sağlanması ve devamını sağlayacaktır. Bu yüzden TSK'da disiplin mevzuatıyla ilgili uygulama önem kazanmaktadır.

TSK'ya kendi isteğiyle kadrolu veya sözleşmeli olarak veya zorunlu askerlik hizmeti yapmak için katılan kişiler, önceden kanunla belirlenmiş statü içine girmektedirler. TSK personelinin statülerini belirleyen temel kanun ise, 926 sayılı TSK Personel Kanunu'dur². Ayrıca asker kişilerin hak ve yükümlülükleri, İçHizK'da belirlenmiştir. TSK'ya isteğiyle veya zorunlu olarak katılan kişiler kanunlarla düzenlenmiş yükümlülüklerine aykırı davranışları halinde çeşitli yaptırımlarla karşılaşır.

Kamu görevlileriyle ilgili disiplin suç ve cezaları, 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu'nda³ ve diğer personel kanunlarında düzenlendiği halde, TSK mensupları ile ilgili disiplin suç ve cezaları, 22.05.1930 tarihli 1632 sayılı Askeri Ceza Kanunu⁴ içerisinde düzenlenmişti. Uzun yıllar bu şekilde uygulama yapıldıktan sonra AsCK'da askeri kabahat olarak düzenlenen bazı fiiller, 16.06.1964 tarihli 477 sayılı Disiplin Mahkemeleri Kuruluşu, Yargılama Usulü ve Disiplin Suç ve Cezaları Hakkında Kanun'la⁵ disiplin suçu haline getirilmiştir.

TSK'da görev yapan personel hakkında, mevzuatta statülerine göre çeşitli disiplin suç ve cezaları öngörüldüğü gibi, disiplin cezası verme konusunda da çeşitli makam ve kurullar yetkilendirilmiştir. Disiplin suç ve cezalarına ilişkin savunma hakkı, kanunilik ilkesi ve yargı denetimi gibi temel Anayasal ilkelerin, askeri disiplin suç ve cezalarına da hakim olması gerekmektedir. Askeri disiplin suç ve cezaları ile ilgili bilimsel açıdan çok az çalışma yapılmış, yapılan çalışmalar da genellikle askeri personelin bir kısmıyla ilgili olmuştur.

Disiplin amirlerine, askeri disiplin suçu işleyen kişilerin hürriyetini kısıtlayıcı yaptırım uygulama yetkisi verilmesi ve yargı denetiminin olmaması karşısında konunun önemi hem uygulayıcılar, hem de disiplin cezasına maruz kalacaklar açısından bir kat daha artmaktadır.

¹ RG, 10.01.1961, S.10703.

² RG, 03.08.1967, S.12364

³ RG, 23.07.1965, S.12056.

⁴ RG, 15.06.1930, S.1520.

⁵ RG, 26.06.1964, S.11738.

Zorunlu askerlik hizmeti gereği her yıl on binlerce kişi askerlik hizmetini yapmak üzere TSK'ya katılıp asker kişi sıfatını kazanmakta, disiplin suçlarının potansiyel faili veya zarar göreni konumuna gelmektedir. İşte bu nedenle, TSK'da kadrolu veya sözleşmeli görev yapanlar kadar zorunlu ve geçici süre görev yapanların da disiplin suç ve cezalarını iyi bilmeleri kaçınılmaz bir zarurettir. Tüm bu hususları göz önünde bulundurarak tez konusunu “*Türk Silahlı Kuvvetlerinde Disiplin Suç ve Cezalarına İlişkin Esaslar ve Uygulaması*” olarak belirledik.

Tezin Birinci Bölümünde, öncelikle disiplin kavramının askerlikteki önemi üzerinde durulmuş, daha sonra TSK'da disiplinin sùjeleri tek tek ele alınmıştır. Disiplin suç ve cezaları ile adli suç ve cezaların karşılaştırılması Birinci Bölümün ağırlıklı konusunu oluşturmaktadır. Disiplin suç ve cezaları ile adli suç ve cezaları karşılaştırılırken çeşitli ceza ve ceza muhakeme hukuku müesseselerinin her iki alandaki uygulamaları ortaya konulmaya çalışılmıştır.

Tezin İkinci Bölümünde, TSK'da uygulanan disiplin suç ve cezalarının Anayasal ilkelere ve AİHS'ne uygunluğu ele alınmıştır. Öncelikle disiplin suç ve cezalarıyla doğrudan ilgili olan kanunilik ilkesi ve savunma hakkı ile hukuk devleti ve yargı yolu konusundaki Anayasal düzenlemeler incelenmiştir. Disiplin suç ve cezalarının özellikle Anayasa'nın 38. maddesinde düzenlenen kanunilik ilkesi kapsamında olup olmadığına ilişkin doktrindeki görüşler ve yargı içtihatları ışığında görüş ve önerilerimize de yer verilmiştir. Disiplin suç ve cezaları konusunda bir başka Anayasal ilke olan savunma hakkının önemi üzerinde durulmuş, disiplin suç ve cezalarıyla ilgili savunma hakkının Anayasa'da düzenlenmesinin sonuçları ele alınmıştır. Daha sonra hukuk devletinin ve yargı yolu denetiminin önemine yer verilmiş, disiplin cezalarıyla ilgili Anayasa'nın 129. maddesinde öngörülen istisnaların uygulamada ortaya çıkardığı sorunlara ve bu sorunlara yargı organları tarafından nasıl çözüm bulunduğu incelenmiştir.

İkinci Bölümün son ana konusunu disiplin suç ve cezalarının AİHS'ne uygunluğu oluşturmuştur. Disiplin suç ve cezalarının Sözleşme'ye uygunluğunu ele almadan önce Sözleşme'de düzenlenen haklar, Sözleşme'nin özellikleri ve Türk Hukukundaki yeri kısaca ele alınmış, daha sonra Sözleşme'nin denetim organı olan AİHM'nin yargılama ve kararlarının niteliği ve etkisi ortaya konulmaya çalışılmıştır. Disiplin suç ve cezalarının Sözleşme'deki tüm haklara uygunluğu incelenirken, özellikle hürriyeti kısıtlayıcı disiplin cezalarının Sözleşme'nin 5. maddesine ve disiplin mahkemelerinin yapısının Sözleşme'nin 6. maddesine uygunluğu üzerinde durulmuştur.

Tezin Üçüncü Bölümünde ise, disiplin cezalarının uygulanmasıyla ilgili usul ve kurallar soruşturmanın başlatılmasından disiplin cezalarının affı konusuna kadar incelenmeye çalışılmıştır. Disiplin cezalarının verilmesinde göz önünde bulundurulması gereken zamanaşımı, tekerrür, savunma hakkı, tek fiile tek ceza verilmesi, ağırlaştırıcı ve hafifletici nedenler gibi önemli hususlar incelenmiş, daha sonra da ceza verilmesinde gözetilmesi gereken diğer yargısal ilkelere yer verilmiştir. Disiplin cezalarına karşı başvuru yolları; idari başvuru yolu ve yargı yolu olmak üzere iki başlık altında incelenmiştir. Daha sonra disiplin cezalarının TSK mensupları üzerinde doğrudan ve dolaylı etkileri ortaya konulmaya çalışılmıştır. Üçüncü Bölümün sonunda da kısaca disiplin cezalarının affı konusu da incelenmiştir.

Tez konusunun niteliği nedeniyle Birinci Bölümde ceza hukuku, İkinci Bölümde Anayasa hukuku ve Üçüncü Bölümünde de idare hukuku kavram ve müesseselerinin incelenmesi gerekmiştir. Bu nedenle Birinci Bölümde adli suç ve cezalar ile disiplin suç ve cezalarının karşılaştırılabilmesi için ceza hukuku müesseseleri gerektiği ölçüde açıklanmıştır. İkinci ve Üçüncü Bölümlerde ise, ele alınan konuyla ilgili yüksek mahkemelerin içtihatlarına yer verilerek uygulama ile teorinin uyumlu olup olmadığı ortaya konulmaya çalışılmıştır.

Birinci Bölüm

TÜRK SİLAHLI KUVVETLERİNDE DİSİPLİN SUÇ VE CEZALARI

1.1. TÜRK SİLAHLI KUVVETLERİNDE DİSİPLİNİN ANLAMI, ÖNEMİ VE UNSURLARI

1.1.1. Disiplinin Anlam ve Önemi

Disiplinin anlam ve öneminin önce disiplin kavramını açıklamak uygun olacaktır.

1.1.1.1. Disiplin kavramı

Latince “*disciple*” kökünden gelen ve Fransızca “*discipline*” sözcüğünün karşılığı olarak kullanılan “*disiplin*” kelimesi; inzibat, talim, yönetim, tedip ve terbiye etmek anlamlarına gelmektedir⁶. Kavram olarak sözlükte, sıkı düzen, kişilerin içinde yaşadıkları topluluğun genel düşünce ve davranışlarına uymalarını sağlamak amacıyla alınan önlemlerin bütünü, öğretim konusu olan ve olabilecek bilgilerin bütünü, bilim dalı şeklinde tanımlanmaktadır⁷.

Yabancı sözlüklere baktığımızda, “*disiplin*” kavramının; isim olarak, kendi kendini kontrol etme, düzenli davranış, kurallara tabi olma, düzeltme, kontrole karşı uysallık, manastır mensuplarına ilişkin olan kurallar ve metotlar sistemi, bilgi veya bilim dalı; fiil olarak ise, disipline tabi olmak, öğretim yoluyla hazırlayıp yetiştirmek, cezalandırmak, buyruk altında tutmak, düzenlemek ve yönetmek⁸ anlamları olduğunu, ayrıca askeri bir terim olarak ise, talim sistemi, sistematik eğitim, belirli kurallara uygun biçimde eğitim ve sistematik şekilde düzenli fiiller⁹ gibi anlamlarının bulunduğunu görmekteyiz.

Disiplin, etimolojik olarak, mevcut kurallara uygun hareket edilmesini sağlama için eğitim anlamına gelir¹⁰. Günlük dilde ise, sıkı düzen, yöntem, yol, yordam anlamlarına gelmektedir¹¹.

⁶ TUĞLACI, Pars; İktisadi ve Hukuki Terimler Sözlüğü (İngilizce-Fransızca-Türkçe), İstanbul 1996, s.161 (madde: Discipline).

⁷ TÜRKÇE SÖZLÜK; Türk Dil Kurumu Yayınları, 10. Baskı, Ankara 2005, s.539 (madde: Disiplin).

⁸ WEBSTER DİCTIONARY; Webster's New Twentieth Century Dictionary of The English Language Unabridged, The World Publishing Company, Second Edition, New York 1959, s.520 (madde: Discipline, noun and verb), (nakleden; SAĞLAM, Mehmet; “*Disiplin Suç ve Cezalarına İlişkin Esaslar ve Uygulaması*”, Doktora Tezi, Selçuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Konya 2003, s.19).

⁹ BALLENTINE, A. James; Law Dictionary With Pronunciations, The Lowyears Cooperative Publishing Company Cochester 1948, s.380 (madde: Discipline), (nakleden; SAĞLAM, agt, s.19).

¹⁰ GELEGEN, Taner; “*Kamu Yönetiminde Disiplin ve Disiplin Cezaları*”, DD, Cumhuriyetin 50. Yılı Özel Sayısı, s.221.

¹¹ TORTOP, Nuri; Personel Yönetimi, TODAİE Yayınları, Ankara 1992, s.217.

Disiplin kelimesi çoğunlukla ceza sözcüğü ile birlikte ve onunla yan yana düşünülür. Nitekim en çok kullanılan bir tanıma göre disiplin; iş görenlerin kurum düzenine aykırı davranışlarından ötürü bağlı oldukları yaptırımlardır¹². Bu manada disiplin, yanlış bir davranışın cezalandırılmasıdır. Amacı da gelecekte aynı tür davranışların ortaya çıkmasını engellemektir¹³.

Disiplin, örgütlenmiş bir toplulukta veya kurumda, gerek hizmetlerin iyi bir şekilde görülmesi, gerekse fertlerin davranışlarını kontrol etmesi bakımından, kuralların hâkim kılınmasıdır¹⁴. Bir sistemin düzenli ve verimli bir biçimde çalışabilmesi için gerekli olan kurallarına boyun eğme anlamına da gelir¹⁵.

Yukarıda yer alan bütün tanımların ortak bir noktası vardır ki, bu da disiplinin kurallara uyulmakla sağlanabilecek olmasıdır¹⁶. Yukarıda disiplin sözcüğünün her zaman ceza sözcüğü ile birlikte ve onunla yan yana düşünüldüğünü belirtmiştik. Bununla birlikte disiplin, üç ayrı anlam içermektedir. İlk anlamı, kişinin kendi kendini düzenlemesi ve kontrol etmesidir. İkinci anlamı, düzenli bir davranış için gerekli koşulları yaratmaktır. Hukuksal ve eğitimsel bir içeriği bulunan sonuncu anlamı da, istenilmeyen bir fiilin sonucu olarak yüklenilen bir ceza türüdür¹⁷.

Bu açıklamalardan sonra disiplin; “*kamu hizmetlerinde verimi, sürati ve etkinliği sağlayan, Devletin onur ve saygınlığını koruyan, amir ve maiyet münasebetlerini düzenleyen yaptırım ve kurallar*” olarak tanımlanabilir¹⁸.

1.1.1.2. Disiplinin önemi

Bir milletin belirli sınırlar içinde örgütlenmiş varlığına “*Devlet*” denir. Örgütlenme kavramının içine ilk giren unsur, içte ve dışta varlığını kabul ettirme, yani otoritedir. Devlet olarak varlığın anlamı, topluluğa otoritenin kabul ettirilmesiyle mümkündür. Hukuk düzeni bu varlığın sürekliliğini sağlar. Uygulama ise, yürütme organı eliyle sağlanır.

¹² ASLAN, Zehreddin; 657 Sayılı Devlet Memurları Kanununa Göre Disiplin Suç ve Cezaları, İstanbul 2001, s.24, LİVANELİOĞLU, Ö. Asım; Memur Disiplin Hukuku, Ankara 1997, s.7; SANCAKDAR, Oğuz; Disiplin Yaptırımı Olarak Devlet Memuriyetinden Çıkarma ve Yargısal Denetimi, Ankara 2001, s.119; TAŞKIN, Ahmet; Kamu Görevlileri Disiplin Hukuku, Ankara 2006, s.121.

¹³ TUTUM, Cahit; Personel Yönetimi, Ankara 1976, (Personel), s.188.

¹⁴ PİRLER, Orhan; Açıklamalı ve Uygulamalı Devlet Memurları Kanunu, İstanbul 1980, s.364.

¹⁵ ÖZBAKAN, Hulusi; Disiplin Mahkemeleri ve Disiplin Suç ve Cezaları Kanunu, Ankara, 1986, (Disiplin), s.125; İZGÜ, R. Orhan; “*Orduda Disiplin*”, AAD, S.57, 1971, s.20; DOĞRUER, Süleyman; Askerler İçin Hukuk Rehberi, Ankara 1999, s.28.

¹⁶ AKSOYLU, İlter; “*Hukuk Devleti İlkesi ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Çerçevesinde Askeri Disiplin Hukukunun Değerlendirilmesi*”, AYİMD, S.22, 2007, s.7.

¹⁷ TUTUM, Personel, s.189; EROĞLU, Erhan; “*Askeri Disiplin Hukuku*”, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara 2001, s.7.

¹⁸ AKSOYLU, agm, s.8.

Devletin içteki otoritesini temin eden kuvvet kolluk teşkilatı (polis ve jandarma), dışa karşı ise ordudur. Devletin otoritesini sağlamakla görevli olanların, görevlerini en iyi biçimde yapabilmeleri, gerektiğinde tehlike ve ölüme atılabilmelerini gerektirir. Bu da, bizzat kendi bünyelerinde disiplinli bir yönetim yapısı bulunmasıyla mümkündür. Bunun yanında Devletin diğer örgütlerinde çalışanların da, işlerini aksatmadan, çalışma düzenini bozmadan, kanun dışı fiillere başvurmadan çalışmaları ancak disiplinli bir yönetim biçimiyle gerçekleştirilebilir¹⁹.

Kamu hizmeti, kamu görevlileri tarafından hiyerarşik bir düzen içinde yürütülür. Kamu kurum ve kuruluşlarında makamların ve bu makamlarda görevlendirilen kamu görevlilerinin yürüttükleri hizmetin önemi itibarıyla kademelendirilmesi²⁰ olan hiyerarşi, idari teşkilat içinde amir-maiyet (üst-ast) arasında söz konusu olan ve aşağıdan yukarıya doğru, memuru amire, onu da bir üstündeki amire bağlamak suretiyle teşkilatın en üstünde yer alan kamu görevlisine kadar uzanan bağıdır²¹.

Hiyerarşinin en önemli özelliği, amire “*hiyerarşi kudreti*” vermesidir. Hiyerarşi kudreti, emir verme, denetim, astın işlem ve fiillerini inceleme, değiştirme veya düzeltme yetkisi yanında disiplin yetkisi de verir. Bu yüzden bütün örgütlenmiş (sosyal, ekonomik, siyasi veya dini) topluluklarda hiyerarşik bakımdan yüksek olanlara, tevdi edilen bir disiplin kudretine rastlanır²². Bir grup insanın belirli bir amaca yönelik olarak çalışabilmesi için kolektif disipline hep ihtiyaç vardır²³.

Disiplinden söz edilebilmesi için, belirli bir sistem veya kurulu bir düzenin olması, bu sistem veya düzenin devamı ve aksamaması için önceden konulmuş kuralların bulunması, bu sistem veya düzenin yürütülmesinde görevli kişilerin belirli kurallara uyumlu davranışta bulunması, kurulmuş düzen ve konulmuş kurallara uygun hareket etmeyenlere yaptırım uygulayabilecek, hiyerarşik sisteme uygun güce sahip bir otoritenin olması gereklidir²⁴.

Disiplin, kurum ve kuruluşlarda görev yapanların hizmete uygun vasıflarda yetişmelerini sağlar. Bunların tavır, hareket ve düşünüş tarzlarını tayin ettiği ve sınırlandığı için düzene alışmalarını da temin eder. Hizmetin ve kendilerinin zararına olan keyfi ve kural dışı hareketlerine engel olur²⁵.

¹⁹ GELEGEN, agm, s.220.

²⁰ YÜCEER, Bilal; Askerlikte Emir Müessesesi, Ankara 1986, s.7.

²¹ AKYILMAZ, Bahtiyar; İdare Hukuku, Konya 2004, s.121; GÜNDAY, Metin; İdare Hukuku, 9. Baskı, Ankara 2004, s.71.

²² GÜNAL, Yılmaz; “Disiplin Cezaları”, AÜSBFD, CXIII, No.2, 1958, s.193; ASLAN, age, s.23.

²³ KIRMIZIGÜL, Hüsamettin; Disiplin Suç ve Cezaları ve Denetim Yolları, İstanbul 1988, s.2.

²⁴ KUTLU, Muammer; “Disiplin Suç ve Cezaları ve Danıştay’ın Tutumu”, TİD, S.385, Y.61, 1989, s.64; SÜRBEHAN, Sadrettin; Disiplin Cezaları ve Uygulaması, Ankara 1976, s.25.

²⁵ ÖZANALP, Şevket; “Kamu Hizmetlerinde Disiplin”, TİD, S.182-185, 1946, s.77.

1.1.1.3. Disiplinin askerlikte anlam ve önemi

Askerlik gelecekte muhtemel bir savaşa hazırlanmak ve bu savaşı kazanabilmek için psikolojik, fiziki ve teknik kabiliyetleri kazanmak faaliyetidir. Yani askerlik bir eğitim ve vasıflanma faaliyetidir. Bu faaliyet, birlik ve beraberliğin, bağımsızlığın ve vatan topraklarını tehdit eden iç ve dış tehlikelerin bertaraf edilmesi için zorunlu olan sürekli bir faaliyettir²⁶. Ülkemizde de askerlik yapmak mükellefiyeti bulunan herkes silâh altına alınarak eğitilmekte, vasıflandırmakta ve muhtemel bir savaşın şart ve gereklerine, zaferin kazanılmasına yönelik disipline edilmektedir²⁷.

Disiplin sayesinde ordu denilen karmaşık yapı, basit bir organizasyon halini alır. Ordu mensuplarının kişisel kuvvet ve gayretlerinin bir araya toplanarak bir kül haline getirilmesi, bu toplu ve dev kuvvetin bir tek amirin idaresi altında hedeflenen amaç doğrultusunda kullanılarak hedefin ele geçirilmesi ancak disiplin sayesinde elde edilebilir²⁸. Bu nedenle disiplin askerliğin temelidir. Bir orduda disiplin ise, ancak amirlere karşı mutlak itaat ve kurallara büyük bir sadakatle sağlanır²⁹.

Disiplin, orduların düşmanlarını yenebilmeleri için, gerektiğinde personelinin hayatını feda edebilmelerine yönelik istek, şevk ve yeteneğini doğurur ve geliştirir. Disiplin ortak bir inançtır. Düşüncelerden, duygulardan, alışkanlıklardan seçilmiş, bir araya toplanmış ve ortak bir inanç olarak kabul edilmiş bulunan kurallar disiplini doğurur³⁰.

Ordunun başlı başına kuvvet ve kudretini ifade eden disiplin³¹, amirlerin verdiği emrin derhal yerine getirilmesinin temellerinden birini oluşturur³². Her başarı, disipline boyun eğmek ile mümkündür. Başarısızlık ise, yetersizliğin ve disiplinsizliğin doğal bir sonucudur³³.

Mareşal Moltke 07.06.1872 tarihinde Alman Parlamentosu'nda yapmış olduğu bir konuşmada; *“Yukarıdan aşağı otorite, aşağıdan yukarı itaat, bir kelime ile disiplin, ordunun bütün ruhudur”* şeklindeki sözleriyle kısa ve öz olarak askerlik yönünden disiplini tanımlayarak unsurlarını da ortaya koymuştur³⁴.

²⁶ **BİLGİN, Ahmet**; Birlik Komutanının Hukuk El Kitabı, Ankara, 2001, s.5.

²⁷ **BİLGİN**, age, s.5.

²⁸ **EROĞLU**, agt, s.19; **KOÇYİĞİT, Ali**; *“Disiplin Mahkemeleri Kanununa Göre Askeri Disiplin Suçları ve Cezaları”*, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Atatürk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Erzincan 2007, s.10.

²⁹ **TAŞKIN, Rifat**; Askeri Ceza Kanunu Şerh, Ankara 1930, (Askeri), s.176.

³⁰ **YILDIRIM, Ramazan**; *“Türk Askeri Disiplin Hukukuna Kısa Bir Bakış”*, AYİMD, S.14, 2000, s.82.

³¹ **ÇULHA, Cahit**; Askerlikte Disiplin Kabahatleri, Cezaları ve Alay Askeri Mahkemelerinin Bakacağı Suçların Hukuki İzahı, İstanbul 1946, s.1.

³² **ERMAN, Sahir**; Askeri Ceza Hukuku, İstanbul 1983, s.286; **YILDIRIM**, agm, s.82.

³³ **BİLGİN**, age, s.5.

³⁴ **TAŞKIN**, Askeri, s.6.

Askerlik hizmetinin kendine özgü yapısı nedeniyle disiplin anlayışı daha katıdır³⁵. Bu yüzden askerlikte, disiplinin tavizsiz sağlanması amacına yönelik katı ve otoriter bir hiyerarşik yapı, daima kendini ön plana çıkarmıştır. Askerlik hizmetinin niteliği ve özellikle savaş halleri, ordu içindeki hiyerarşinin zorunlu ve sıkı olmasını gerektirir. Bu nedenle askerlik müessesesi, özelliği itibarıyla, “*otoriteler hiyerarşisi*” olarak teşkilatlanmıştır. Bu doğrultuda hiyerarşi prensibi, askerlikte disiplinin tam olarak oluşturulması amacına hizmet ettiği gibi, tavizsiz disiplin anlayışı da karşılık olarak, hiyerarşik yapının otoriterliğini beslemektedir³⁶.

TSK’da hiyerarşi, er temel öge olmak üzere astları amirlere bağlamak suretiyle bütün asker kişilerin Genelkurmay Başkanına bağlanması şeklinde oluşmaktadır. Askeri hiyerarşi, askeri hizmetin yürütülmesine ilişkin hiyerarşi ve askeri şahısların görünümüne ilişkin hiyerarşi olmak üzere iki şekilde ortaya çıkar³⁷. Askeri şahısların görünümüne ilişkin hiyerarşi, soyut rütbe/ünvan sıralaması olduğundan ast ile üst arasında hizmet ilişkisi bulunması gerekmez³⁸.

Askerliğe ilişkin yerleşmiş gelenek ve göreneklerin ve bu suretle kurulmuş olan düzenin bozulmadan korunması zorunludur. Her kurumun, iyi işleyebilmesi için konulması ve korunması gereken vazgeçilmez ilkeleri, kuralları vardır. TSK’da, söz konusu ilke ve kuralların başında, hiç kuşkusuz “*disiplin*” gelir. İçHizK, askerliği; “*Türk Vatanını, istiklal ve Cumhuriyetini korumak için, harp sanatını öğrenmek ve yapmak yükümü*” olarak tanımlamaktadır (m.35, 36). Bu çok ağır görevin başarıyla yerine getirilmesi, askerlik görevinin ciddiyet ve önemiyle orantılı ağırlıkta yöntem ve önlemleri gerektirir.

Amir-maiyet ve ast-üst ilişkilerinin, askeri hizmetin gereklerine uygun bir düzeyde tutulabilmesi ancak sağlam bir disiplinle başarılabilir. Böyle olduğu içindir ki, disiplinin korunması ve sürdürülmesi konusunda özel düzenlemelerle cezai ve idari önlemler alınır. Disiplin, TSK’nın “*olmazsa olmaz*” koşuludur. Yukarıdan aşağı otorite, aşağıdan yukarı itaat esasına dayanır. Bunun için, askeri kurum ve kuruluşların kendine özgü ve çok güçlü bir bütünlük oluşturma zorunlulukları vardır. Disipline uymayan fiillerin askeri yönden değerlendirilmemesi ve gerekli yaptırımların uygulanmaması, disiplinli olanlar üzerinde moral bozucu bir etki yapar, disiplinsizlere ise benzer fiilleri yapmak için cüret ve cesaret kazandırır³⁹.

³⁵ AKSOYLU, agm, s.9.

³⁶ ONAR, Sıddık Sami; İdare Hukukunun Umumi Esasları, C.II, İstanbul 1966, s.603 vd.; YÜCEER, age, s.7-8; Hiyerarşi konusunda bkz. GÜNAL, H. Yılmaz; Yetkili Organın Emrini İfa, Ankara 1967, (Yetkili), s.76-79; GÖZLER, Kemal; İdare Hukuku Dersleri, 7. Baskı, Bursa 2008, s.97; ERMAN, age, s.157-160.

³⁷ GÜNAL, Yetkili, s.79.

³⁸ YÜCEER, age, s.10.

³⁹ Ay.Mah.11.12.1990, E.1989/17, K.1990/33 <http://www.anayasa.gov.tr/eskisite/KARARLAR/IPTAL/ITIRAZ/K1990/K1990-33.htm>. 20.01.2009.

1.1.2. TSK’da Disiplinin Unsurları

Disiplin; “*kanunlara, nizamlara ve amirlere mutlak bir itaat ve astının ve üstünün hukukuna riayet etmek*” demektir (İçHizK m.13/1). Bu tanımdan, TSK’da disiplinin iki ana öğesinin bulunduğu ortaya çıkar. Bunlar; yazılı hukuk kurallarına ve amirlere mutlak itaat ile astın ve üstün haklarına saygıdır.

1.1.2.1. Mutlak itaat

TSK’da disiplinin ilk unsuru, mutlak itaattir. Bu unsur, kanun, nizam ve emirlerin kendiliğinden ve tereddütsüz uygulanmasını gerektirir.

İçHizK’nın 13. maddesindeki “*kanun*” teriminden, yasama organının “*kanun*” adındaki irade açıklamaları anlaşılmaktadır. Ancak, “*nizam*” deyimini; tüzükleri, yönetmelikleri ve diğer genel düzenleyici işlem niteliğindeki adsız düzenleyici işlemleri kapsamaktadır. Maddede kastedilen yazılı hukuk kurallarıdır⁴⁰.

Askerliğin temeli mutlak bir itaattir. İtaat, her astın üstünden aldığı emri hiç bir kayıt ve şart düşünmeden ve en ufak bir tereddüt göstermeden canla başla yapması, kanunlar ve nizamların dediğinden dışarı çıkmaması ve yasak edilen şeyleri yapmaması demektir (İçHizY m.86/b). Ast; amirlerine mutlak surette itaate, kanun ve nizamlarda gösterilen hallerde de üstlerine mutlak itaate mecburdur (İçHizK m.14).

Amirlerin en başta gelen görevi, disiplini tesis edip devam ettirmek ve astlarında bilinçli ve üstün bir disiplin anlayışını yerleştirmektir⁴¹. Disiplinin bozulduğunu veya gevşediğini sezen her amir bunun maddi ve manevi nedenlerini araştırarak gidermeğe ve disiplinin korunması için icabında kanun ve nizamlar dairesinde her türlü tedbirleri almağa ve yetkilerini tamamıyla kullanarak disiplini sağlamağa mecburdur (İçHizY m.3). TSK’da her şeyin üstünde tutulması gereken disiplinin muhafazası için, disipline aykırı fiilleri olanların, fiilleriyle orantılı olarak cezalandırılmaları gerekmektedir⁴².

Tam ve sağlam bir disiplin için, amir ile maiyetin karşılıklı sevgi ve saygı ile birbirlerine itimat beslemeleri şarttır. Böyle olmayan disiplin tehlikeli olur ve sıkışık zamanlarda çabuk gevşer, bu da başarısızlığı ve felaketi doğurur (İçHizY m.2).

⁴⁰ YILDIRIM, agm, s.83.

⁴¹ ÖZBAKAN, Hulusi; TSK İç Hizmet Kanunu, Ankara 1987, (İçHiz), s.125; ULUKANLIGİL, Metin; “*Askeri Yargıda İtaatsizlik Suçları*”, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul 2001, s.23.

⁴² POLATCAN, İsmet; Notlu-Açıklamalı-İçtihatlı TSK İç Hizmet Kanunu ve Yönetmeliği, Askeri Ceza Kanunu, Disiplin Mahkemeleri Kanunu, TSK Personel Kanunu, İstanbul 2002, s.413.

İtaat ve göreve bağlılık samimi duygulardan kaynaklanmadığı durumlarda, fertler “*hakiki disiplin*” yerine sadece “*disiplin gösterişi*” yaparlar⁴³. Bunun sebebi üstlerinden, amirlerinden veya mevzuattan gelecek zarara karşı kendini koruma düşüncesidir. Böyle bir disiplin anlayışı bir ordu için çok büyük bir tehlikedir. Zira disiplin ordunun “*tabii bir davranışı, bir melekesi ve karakteri*” olmalıdır. Disiplin gösterişleri ise, bir savaşta bozgunla sonuçlanır.

Askerlik mesleğinin istediği mutlak itaati, her astın isteği ile yapması şarttır. İtaatin, amir veya üstün kanuni yetkilerinden korkmaktan ziyade onun bilgisine, rütbe ve makamına ve şahsına karşı duyulan ve beslenen saygı ve sevgiden ileri geldiği, astın bütün hal ve hareketlerinde, her yer ve zamanda göze çarpmalı ve bakışlarında parlamalıdır. Bu saygı ve sevgi hislerini telkin etmek de, amirin ve üstün esas vazifelerindendir (İçHizY m.4).

1.1.2.2. Astın ve üstün haklarına saygı

TSK’da disiplinin ikinci unsuru ise; astın ve üstün hukukuna riayettir. Bu ifade, her şeyden önce, askerlerin birbirleriyle olan resmi veya özel ilişkilerinde hukukun içinde kalmayı, karşılıklı olarak astın ve üstün kanunlardan doğan haklarına riayet etmeyi, insani ve ahlaki değerlerden ayrılmamayı açıklamaktadır⁴⁴.

Hiçbir disiplinsizlik, onun failinin şeref ve haysiyeti ile vücut bütünlüğünü ihlal eden fiillere maruz kalmasına haklılık kazandırmaz. Bir disiplin ihlalinde bulunan kişinin, kanunlar çerçevesinde muamele görme ve hukukun öngördüğü ceza ile cezalandırılma hakkı vardır. Bu hakka riayet ise, astın hukukuna riayettir⁴⁵.

Astın ve üstün hukukuna riayet, disiplinin devamlılığını sağlar. Hak ve hukuka dayanan disiplin sevilir ve hazmedilir. Adaletsizliğe dayanan disiplin ise, kısa zamanda disiplinsizliklere sebep olur. Onun için kanun koyucu bu ikinci unsurla disiplinin devamlılığını temin etmiş bulunmaktadır⁴⁶.

1.2. TSK’DA DİSİPLİNİN SÜJELERİ

TSK’da disiplinin süjelerini, disiplin cezası verilebilecek kişiler ve disiplin cezası verebilecek kişi ve kurullar şeklinde ikiye ayırarak inceleyebiliriz.

⁴³ BİLGİN, age, s.6.

⁴⁴ SÖNMEZ, Musa; Askeri Ceza Hukukunda Disiplin Cezaları ve Tatbikatı, Ankara, 1976, s.4; DOĞRUER, age, s.28-29; POLATCAN, age, s.31.

⁴⁵ BİLGİN, age, s.8.

⁴⁶ ÇULHA, age, s.1.

1.2.1. Disiplin Cezası Verilebilecek Kişiler

TSK'da kimlerin disiplin cezasına maruz kalabilecekleri AsCK'nın 164. maddesinde; “A) Askeri şahıslar; B) Bir harp esnasında bir hizmet veya mukavele ve taahhüt ile veya herhangi bir sebep ve suretle muharip Türk ordusu nezdinde bulunan ve orduyu takip eden şahıslar⁴⁷; C) Harp esirleri⁴⁸; D) Herhangi bir suretle askeri makamlarca gözaltına alınan yabancı Devlet ordu mensuplarıyla diğer şahıslar” olarak belirlenmiştir.

AsCK'nın 22.3.2000 tarihli 4551 SK'la değişik⁴⁹ 3. maddesinde⁵⁰, asker kişiler sayılmak suretiyle belirlenmiştir. Bu maddede belirtilenler dışındaki kişilerin asker kişi sayılmasına imkân yoktur⁵¹.

477 SK'nın 7. maddesinde, “Disiplin mahkemeleri asker kişilerin bu kanunda yazılı disiplin suçlarına ait davalara bakar” şeklinde düzenleme bulunmaktadır. 477 SK'da asker kişiler tanımlanmadığından, 63. maddesindeki atıf⁵² nedeniyle AsCK'nın 3. maddesindeki tanım, 477 SK'da düzenlenen disiplin suçlarında da geçerlidir.

AsCK'nın 164. maddesinin B, C ve D bentlerinde belirtilen kişilere disiplin cezası verilmesiyle ilgili uygulama olmadığından sadece asker kişileri ayrı ayrı ele almak gerekir.

1.2.1.1. Subay

Özel kanunlara (926 sayılı TSK Personel Kanunu⁵³, 1076 sayılı Yedek Subaylar Kanunu⁵⁴ ve 4678 sayılı Sözleşmeli Subay ve Astsubaylar Kanunu⁵⁵) göre TSK'ya katılan asteğmenden mareşale⁵⁶ kadar rütbeyi haiz olan askerlere “subay” denmektedir (211 SK m.3). Asteğmen, teğmen, üsteğmen, yüzbaşı, binbaşı, yarbay, albay, tuğgeneral (tuğamiral), tümgeneral (tümamiral), korgeneral (koramiral), orgeneral (oramiral), mareşal (büyük amiral) rütbeleri bulunmaktadır.

⁴⁷ Örneğin, rehberler, sivil doktorlar, şoförler, savaş muhabirleri, sivil işçiler vb.

⁴⁸ “Harap esirleri rütbelerine göre cezalandırılırlar” (AsCK m.158).

⁴⁹ Değişiklik öncesi madde “Askeri şahıslar; mareşalden asteğmene kadar subaylar ile astsubaylardan ere kadar erat ve bilumum askeri memurlar, askeri yargıçlar ve müstahdemler ve askeri talebedir” şeklindeydi.

⁵⁰ “Askeri şahıslar; Mareşalden asteğmene kadar subaylar, astsubaylar, MSB'lığı ile TSK kadro ve kuruluşunda çalışan sivil personel, uzman jandarma ve uzman erbaşlar, erbaş ve erler ile askeri öğrencilerdir” (AsCK m.3/1).

⁵¹ Bu nedenle Uyuşmazlık Mahkemesi, askeri nitelikte ve askerlere bağlı olarak görev yapan geçici köy korucularının asker kişi sayılamayacağına karar vermiştir (Uy.Mah. 08.07.1994, E.19, K.19, RG, 25.07.1994, S.22001).

⁵² “Bu kanunda aksine hüküm bulunmayan hallerde AsCK ile (353 sayılı) Askeri Mahkemeler Kuruluşu ve Yargılama Usulü Kanunu hükümleri disiplin mahkemelerinde de uygulanır” (477 SK m.63/1).

⁵³ RG, 10.8.1967, S.12670.

⁵⁴ RG, 9.7.1927, S.628.

⁵⁵ RG, 21.6.2001, S. 24439.

⁵⁶ Mareşal ve Büyük Amirallik rütbeleri savaşta olağanüstü yararlılıkları görülen hayattaki veya ölmüş orgeneral veya oramirallere kanunla verilir (926 SK m.29).

Asteğmen veya teğmen olarak TSK'ya katılmakla kazanılan “subay” sıfatı; istifa, emeklilik, TSK'dan çıkarılma, terhis gibi nedenlerle TSK'dan ilişğin kesilmesiyle sona erer.

357 sayılı Askeri Hâkimler Kanununa⁵⁷ tabi olan askeri hâkimlerin⁵⁸ tümü subay statüsündedir.

1.2.1.2. Astsubay

Özel kanunlara (926 SK ve 4678 SK) göre TSK'ya katılan astsubay çavuştan astsubay kıdemli başçavuşa kadar rütbeyi haiz olan askerlere “astsubay” denmektedir (İçHizK m.3). Astsubay çavuş, kıdemli çavuş, üstçavuş, kıdemli üstçavuş, başçavuş ve kıdemli başçavuş rütbeleri bulunmaktadır.

Astsubay olarak TSK'ya katılmakla kazanılan “astsubay” sıfatı; emeklilik ve çıkarılma gibi nedenlerle TSK ile ilişğinin kesilmesi veya subay sınıfına geçilmesiyle kaybedilir.

1.2.1.3. Uzman jandarma

Uzman Jandarma Okulunu başarı ile bitiren uzman jandarma çavuştan uzman jandarma sekizinci kademeli çavuşa kadar rütbeleri haiz olan ve Jandarma Genel Komutanlığınca belirlenen kadro görev yerlerinde devamlı personel olarak çalışan asker kişilere “uzman jandarma” denilmektedir.

Uzman jandarmaların görev ve statüleri 3466 sayılı Uzman Jandarma Kanunu'nda⁵⁹ düzenlenmiştir. Bunlar muvazzaflık hizmetinde ve yedeklik döneminde iken hizmete çağrıldıklarında uzman erbaş, erbaş ve erlerin üstü olup, disiplin ve cezai müeyyideler ile yargılama usulü bakımından erbaşlarla aynı hükümlere tabi tutulurlar. Askeri öğrencilerle aralarında astlık-üstlük ilişkisi yoktur (3466 SK m.9/1).

1.2.1.4. Uzman erbaş

Uzman erbaşlar, onbaşı ve çavuş rütbesini taşıyan asker kişidirler. Görev ve statüleri 3269 sayılı Uzman Erbaş Kanunu'nda⁶⁰ düzenlenmiştir. Er ve emsal rütbedeki erbaşların üstü olup; disiplin ve cezai müeyyideler ile yargılama usulü bakımından er ve erbaşların tabi olduğu hükümlere tabi olurlar. Aralarında astlık üstlük ilişkisi yoktur.

⁵⁷ RG, 26.10.1963, S.11541; Bu Kanunun adı “Askeri Hâkimler ve Savcılar Kanunu” iken 17.7.1972 tarihli 1611 SK'la “Askeri Hâkimler Kanunu” olarak değiştirilmiştir.

⁵⁸ Askeri hâkim, TSK'da görev yapan hâkim sınıfından subayları ifade eder. Hâkimlik, savcılık ve diğer idari görevleri yapmaları bu sıfatlarını değiştirmez.

⁵⁹ RG, 4.6.1988, S.19832.

⁶⁰ RG, 25.3.1986, S.19058.

Uzman jandarmalardan farklı olarak uzman erbaşlar, 2 yıldan az, 5 yıldan fazla olmamak şartıyla sözleşme yaparak göreve başlarlar. Bunlardan, istihdam edildikleri kadronun görev özelliklerine göre sınıf ve branşları ile ilgili sağlık nitelikleri uygun olanların sonraki sözleşmeleri, azami 45 yaşına girdikleri yıla kadar uzatılabilir (3269 SK m.5).

1.2.1.5. TSK kadrolarında çalışan sivil personel

TSK’da memur ve işçi statüsünde sivil personel çalışmaktadır. Bunların statüleri ve tabi oldukları mevzuat ayrı olduğundan durumlarını ayrı ayrı inceleyeceğiz.

1.2.1.5.1. Devlet memurları⁶¹

TSK’da çalışan Devlet memurları, özlük haklarına ilişkin konularda öncelikle 657 SK’ya tabidirler. Kural bu olmasına karşın, 657 SK’nın “*Türk silahlı kuvvetlerinde çalışan memurlara uygulanmayacak maddeler*” başlıklı 232. maddesinde 657 SK’nın bazı hükümlerinin bu kişilere uygulanmayacağı belirtilmiştir. TSK’da çalışan Devlet memurlarına uygulanmayan 657 SK’nın istisna hükümlerinin yerine, öncelikle İçHizK’nın 115 ve 116. maddeleri ile bunların atıfta bulunduğu İçHizK’nın diğer hükümleri, AsCK ve 477 SK hükümleri uygulanacaktır⁶².

AsCK’nın 3. maddesinin 1. fıkrasında MSB’lığı⁶³ ile TSK kadro ve kuruluşunda çalışan Devlet memurları asker kişiler arasında sayılmıştır. Ancak maddenin 2. fıkrasında bu kişilerin asker kişi sıfatlarının, İçHizK’nın 115. maddesinde⁶⁴ belirtilen yükümlülükleri ile sınırlı olduğu düzenlenmiştir. Dolayısıyla TSK’da çalışan Devlet memurları sınırlı bazı disiplin suçlarında AsCK ve 477 SK’ya, diğer disiplin suçlarında ise 657 SK’ya tabidirler.

⁶¹ 1929 tarihli 1455 sayılı Askeri Memurlar Kanunu uyarınca, TSK’da görevli bir kısım sivil personel, subaylara benzer nitelikte rütbeleri bulunan askeri memur statüsünde istihdam edilmekteydi. Astsubaylar ile subaylar arasında bir konumdaydılar. 926 SK’nın 208. maddesi (e) fıkrası ile söz konusu kanun yürürlükten kaldırılmıştır. Bazı askeri mevzuat hükümlerinde değişiklik yapılmadığı için “*askeri memur*” ve “*sivil memur*” ibareleri ayrı ayrı ve aynı anda kullanılabilmektedir. Bu yüzden karışıklığa sebebiyet vermemek için çalışmamızda “*askeri memur*” tabiri kullanılmayacaktır.

⁶² ALPAR, Erol, “*Türk Silahlı Kuvvetlerinde Görevli Sivil Memurların Statüsü*”, SKD, S.340, 1994, s.44.

⁶³ 1325 sayılı Milli Savunma Bakanlığı Görev ve Teşkilatı Hakkında Kanunun 1. maddesinde, MSB’lığı teşkilatının TSK kuruluş ve kadrolarında gösterileceği belirtilmiştir (RG, 7.8.1970, S.13572).

⁶⁴ “*Silahlı Kuvvetlerde çalışan sivil memur, müstahdem, müteferrik müstahdem ve gündelikçi sivil personel bu kanunun askarlara tahmil ettiği sorumluluk ve hizmetlerin ifası bakımından, a) Amir vazifesi alanlar; maiyetindeki bütün askeri ve sivil personele hizmetin icap ettirdiği emirleri verebilir. Ceza vermek yetkileri yoktur. Maiyetinin cezalandırılması icap eden hallerde en yakın askeri amire müracaat edilir. b) Bütün sivil personel emrinde çalışmaları askeri amirlere karşı ast durumunda olup bu kanunun 14. maddesinin asta tahmil ettiği vazifeleri aynen yapmaya mecburdurlar. Hilafına hareket edenler askerlerin tabi olduğu cezai müeyyidelerle tabi olurlar*” (İçHizK m.115); Maddedeki “*sivil memur, müstahdem, müteferrik müstahdem ve gündelikçi sivil personel*” kavramları 14.7.1965 tarihli 657 SK’nın yürürlüğe girmesiyle değişikliğe uğramış bulunmaktadır. 657 SK’nın “*istihdam şekilleri*” başlığını taşıyan 4. maddesinde “*kamu hizmetleri, memurlar, sözleşmeli personel, geçici personel ve işçiler eliyle gördürülür*” hükmü yer almaktadır. Halen TSK’da istihdam edilen sivil personel bu dört kategori içinde yer almaktadır. Ayrıntılı açıklama için bkz. ÇELEN, Orhan; TSK İç Hizmet Kanunu ve Yönetmeliği, Askeri Ceza Kanunu, Disiplin Mahkemeleri Kanunu, TSK Personel Kanunu, Ankara 1996, s.110-113.

1.2.1.5.1.1. Askeri Ceza Kanunu ve Disiplin Mahkemeleri Kanununa tabi olmaları

TSK'da çalışan Devlet memurları emrinde çalıştıkları askeri amirlere karşı ast durumunda olup, İçHizK'nın 14. maddesinin⁶⁵ asta yüklediği vazifeleri aynen yapmaya mecburdurlar. Aksine hareket edenler askerlerin tabi olduğu cezai müeyyidelere tabi olurlar (İçHizK m.115). Buna göre, TSK'da çalışan Devlet memurları emre itaatsizlik, amire saygısızlık gibi asta yüklenen görevlerin yerine getirilmesi sırasında ve yalnızca askeri amire karşı işlenebilecek disiplin suçlarından ötürü AsCK uyarınca yetkili disiplin amiri tarafından cezalandırabileceği gibi, disiplin mahkemesinde de yargılanabilirler⁶⁶.

TSK'da çalışan Devlet memurları, TSK'nın hizmet özelliği dikkate alınarak, diğer kamu kurum ve kuruluşlarında çalışan memurlara göre farklı bir statüye tabi tutulmuşlardır⁶⁷. Ancak bu statüleri askerlerin tabi olduğu kurallarla da aynı değildir. Bu kişiler askeri amirlerine karşı da her zaman ast olarak kabul edilmemiş⁶⁸, bu sıfat özellikle askeri amirleri ile olan hizmet münasebetleri ile sınırlı tutulmuştur⁶⁹.

AsCK'nın 165/A-son maddesinde yer alan; “MSB'lığı ve TSK'da görevli Devlet memurlarına, sadece amire saygısızlık ve emre itaatsizlik suçlarından dolayı disiplin cezası verilebilir. Disiplin bozucu diğer eylemleri hakkında ilgili kanun hükümleri uygulanır”

⁶⁵ “Ast; amir ve üstüne umumi adap ve askeri usullere uygun tam bir hürmet göstermeye, amirlerine mutlak surette itaate ve kanun ve nizamlarda gösterilen hallerde de üstlerine mutlak itaate mecburdur. Ast muayyen olan vazifeleri, aldığı emri vaktinde yapar ve değiştiremez, haddini aşamaz. İcradan doğacak mesuliyetler emri verene aittir. İtaat hissini tehdit eden her türlü tezahürler, sözler, yazılar ve fil ve hareketler cezai müeyyidelerle men olunur” (İçHizK m.14).

⁶⁶ Ayrıntılı bilgi için bkz. **SÖNMEZ, Turgut**; “Türk Silahlı Kuvvetlerinde Görevli Devlet Memurlarının Hukuki Statüleri”, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Çanakkale 18 Mart Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Çanakkale 1999, (TSK), s.89 vd.; **BİLGİN**, age, s.22-34.

⁶⁷ 4551 SK'la AsCK'da yapılan değişikliklerin TSK'da çalışan sivil personel yönünden, Anayasa'nın 10. maddesine aykırılığı iddiasıyla ilgili bir davada Anayasa Mahkemesi; “Silahlı Kuvvetlerde ifa edilen hizmetin niteliği ve gerekleri, farklı çalışma koşullarını, özlük haklarını, disiplin hükümlerini gerektirmektedir. Bu nedenle, MSB'lığı ile TSK'da çalışan sivil memurların, istisnai bazı durumlarda diğer Devlet memurlarından farklı olarak AsCK'da yer alan kimi kurallara bağlı tutulmalarının, tabi olunan statünün bir gereği olduğu ve TSK'nın iç düzeninin korunması ile ilgili bulunduğu görüldüğünden dava konusu yasa kurallarının eşitlik ilkesine aykırı olmadığı sonucuna varılmıştır” şeklinde bir gerekçeyle iptali istemini reddetmiştir (Ay.Mah. 25.11.2005, E.2000/34, K.2005/91, RG, 8.11.2006, S.26340).

⁶⁸ Nitekim Askeri Yargıtay bir kararında, sarhoş olarak askeri gazinoya gelen Devlet memurunun gazinodan zorla dışarı çıkarıldığı esnada üst disiplin amirine (tümen komutanına) gıyabında hakaret etmesiyle ilgili olarak, aralarında hizmetten doğan bir amir-ast ilişkisi bulunmadığından fiilin amire karşı işlenmediğine karar vermiştir (As.Yrgt.Drl.Krl. 23.6.1994, E.71, K.71, AAD, Ocak 1995, Y.23, S.92, s.84-86); Başka bir kararında ise, Devlet memurun bir ast gibi cezalandırabilmesi için kendisinin veya amirinin hizmet halinde olması veya fiilin hizmet gereklerinden doğması şart olduğundan amirin muayenehanesinde sohbet edilip içki içildiği sırada meydana gelen olayda hizmet dolayısıyla amir-ast ilişkisi olmadığından fiilin amire karşı işlenmediğine karar vermiştir (As.Yrgt.Drl.Krl. 26.12.1991, E.169, K.166, AYKD, 1992, S.10, s.22).

⁶⁹ **AKSOYLU, İlter**; “Milli Savunma Bakanlığı ile Türk Silahlı Kuvvetlerinde Görevli Devlet Memurlarının Disiplin Hukuku”, AYİMD, S.19, 2004, (Devlet memuru), s.104; “Askerlik şubesinde görevli memurun şube başkanı tarafından verilen görevle ilgili emri yapmamasının emre itaatsizlik suçunu oluşturacağı” (As.Yrgt.Drl.Krl. 03.10.1991, E.119, K.115, AYKD, 1992, S.10, s.20); Askeri Yargıtay başka bir kararında, amiriyle askıya mont asma konusunda tartışan Devlet memurunun hakaretinin hizmetle ilgili olmadığını, bu yüzden AsCK'na göre ast gibi cezalandırılmayacağını kabul etmiştir (As.Yrgt.3.D.23.6.2004, E.891, K.882, yayınlanmamıştır).

şeklindeki düzenleme nedeniyle, TSK'da çalışan Devlet memurları disiplin amirleri tarafından sadece amire saygısızlık ve emre itaatsizlik suçlarından dolayı cezalandırılabilirler⁷⁰.

AsCK'nın 162 ve 165 ile 477 SK'nın 7 ve 14. maddelerindeki açık düzenleme karşısında, TSK'da çalışan Devlet memurunun “*amir saygısızlık*” ve “*emre itaatsizlik*” disiplin suçlarından dolayı disiplin mahkemesince de cezalandırılabilceği hususunda tereddüt yoktur. Acaba AsCK'nın 165. maddesinde belirtilmeyen “*bilerek doğru söylememek*” disiplin suçu (477 SK m.49) TSK'da çalışan bir Devlet memuru tarafından işlenmesi durumunda disiplin mahkemesi kendisini cezalandırabilir mi?

657 SK'nın 232 ve 233. maddelerindeki düzenlemelerden TSK'da çalışan Devlet memurlarına, İçHizK ve Yönetmeliğinin ilgili hükümlerinin uygulanacağı anlaşılmaktadır. AsCK'nın 165. maddesinde de, Devlet memurlarının disiplini bozucu diğer fiilleri hakkında ilgili kanun hükümlerinin uygulanacağı belirtilmiştir. Bu hükümler çerçevesinde “*bilerek doğru söylememek*” suçunu, Devlet memurlarının işleyip işleyemeyeceklerinin dayanak noktasını İçHizK'nın 115/b. maddesi oluşturmaktadır. TSK'da çalışan Devlet memurlarının, asker kişi sıfatları sadece amirlerine karşı ve İçHizK'nın 115. maddesindeki yükümlülükleri ile sınırlıdır. “*Bilerek doğru söylememek*” suçunun maddi unsuru, hizmete ait işlerde amirin sorusuna karşı bilerek doğru söylememektir. İçHizK'nın “*astın vazifeleri*” başlığını taşıyan 14. maddesinde de astın itaat hissini tehdit eden her türlü tezahürlerinin, sözlerinin, yazılarının fiil ve hareketlerinin cezai müeyyidelerle engelleneceği hükmü bulunmaktadır. Bütün bu hükümlerden, astın (Devlet memurunun) hizmete ait işlerde amirin sorusuna karşı doğru söyleme yükümlülüğü İçHizK'nın 14. maddesinden kaynaklanmakta olup, bu fiil nedeniyle disiplin mahkemelerince 477 SK'nın 49. maddesine göre kovuşturma yapıp disiplin cezası verilmesi mümkündür⁷¹.

⁷⁰ “Sivil memur olarak görev yapan davacının daha önce birkaç kez cezalandırıldığı halde mesaiye geç geldiği, bu fiilinin amiri tarafından defalarca ikaz edilmesine rağmen ısrarla aynı yönde hareket etmesi nedeniyle askeri disiplin ve terbiyeyi önemli derecede ihlale yönelik tutum ve davranış niteliğinde kabul edilerek, 657 SK'nın 125. maddesinin (C) bendi ve AsCK'nun 162 ve 165. maddeleri uyarınca maaş katı cezası ile cezalandırılmasına karar verildiği, davacının bu karara yönelik itirazının 1.Ordu K.'lığınca reddedilmesi üzerine işbu davanın açıldığı anlaşılmıştır. Öncelikle davacının fiilinin hangi Kanuna göre cezalandırılması gerektiği hususunun aydınlığa kavuşturulması gerekmektedir. AsCK'nun 165. maddesi uyarınca TSK'da görevli Devlet memurlarına, sadece amire saygısızlık ve emre itaatsizlik suçlarından dolayı disiplin cezası verilebilir. Disiplini bozucu diğer fiilleri hakkında ilgili kanun hükümleri uygulanır. Bu düzenlemeye göre sadece amire saygısızlık ve emre itaatsizlik suçlarından dolayı AsCK'na göre ceza verilecek, diğer suçlardan dolayı 657 SK'ya göre ceza verilecektir. Dava konusu olayda davacıya isnat edilen suç, mesaiye geç gelmek suçudur. Bu suçun cezası 657 SK'nın 125. maddesinin 1. fıkrasının (A) bendinde düzenlenmiştir. Davacıya bu fiilinden dolayı uygulanması gereken Kanun AsCK değil, 657 SK'dır. Bu nedenle davacıya verilen cezanın 657 SK'ya göre irdelenmesi ve denetlenmesi gerekmektedir” (AYİM, 2.D.12.12.2007, E.443, K.1043, AYİMD, S.23, 2008, s.492-496).

⁷¹ AKSOYLU, Devlet memuru, s.108; “Askeri Yargıtay'ın yerleşik içtihatları dikkate alındığında, TSK'da çalışan Devlet memurlarının 477 SK'da düzenlenen ‘amire saygısızlık’, ‘emre itaatsizlik’ ve ‘bilerek doğruyu söylememek’ suçlarını işleyebileceklerinde şüphe yoktur” (As.Yrgt.2.D.23.6.2004, E.891, K.882, yayınlanmamıştır).

TSK’da çalışan Devlet memurlarının hizmet sırasında askeri amirleriyle ilişkilerinde ortaya çıkan disiplin suçları, hem 657 SK ve hem de 477 SK’da düzenlenen disiplin suçunu oluşturduğunda (Örneğin, görev sırasında amire yapılan saygısızlık 477 SK’nın 47 ve 657 SK’nın 125/C-e maddelerinde düzenlenen disiplin suçlarını oluşturur) hangi kanuna göre ceza verilecektir?

BİLGİN, disiplin amirlerinin bu tür durumlarda maiyetindeki Devlet memurunu hangi kanuna göre cezalandıracağını belirlemekte serbest olduğunu, ancak seçimlik cezalandırma yetkilerinden birisini tercih ederken dikkate alacakları ölçütün, bozulan disiplini telafi edecek yetkinin kullanılması olduğunu, eğer işlenen fiil, İçHizK’nın 14 ve 115/b. maddelerindeki vazife ve yükümlülüklerini ihlal edici nitelikte ise, 477 SK’daki yetkileri çerçevesinde cezalandırmasının daha yerinde olacağını savunmaktadır⁷². AYİM de aynı görüştedir⁷³.

Bu konuyla ilgili mevzuat hükümlerine baktığımızda, 657 SK’nın “*Türk Silahlı Kuvvetlerinde çalışan memurlara uygulanmaya devam olunacak hükümler*” başlıklı 233. maddesinde de; “*Bu kanunun 7. bölümünde yer alan ‘Disiplin’e ait 124, 136. maddelerindeki hükümlerin Türk Silahlı Kuvvetlerinde çalışan sivil memurlar ile sözleşmeli ve yevmiyeli personel hakkında uygulanmasından, Türk Silahlı Kuvvetleri İç Hizmet Kanun ve Yönetmeliği, Askeri Mahkemeler Kuruluş ve Yargılama Usulü Kanunu ve konu ile ilgili diğer hükümleri saklıdır*” şeklinde düzenleme yapıldığı; 657 SK’nın disiplin cezalarını düzenleyen 125. maddesinin son fıkrasında, özel kanunların disiplin suçları ve cezalarına ilişkin hükümlerinin saklı olduğu hükmüne yer verildiği; AsCK’nın 165/A-son maddesinde de; “*Milli Savunma Bakanlığı ve Türk Silahlı Kuvvetlerinde görevli Devlet memurlarına, sadece amire saygısızlık ve emre itaatsizlik suçlarından dolayı disiplin cezası verilebilir. Disiplin bozucu diğer fiilleri hakkında ilgili kanun hükümleri uygulanır*” şeklinde düzenleme bulunduğunu görmekteyiz. Bu

⁷² BİLGİN, age, s.28-29.

⁷³ “Hukuka uygunluk denetimine geçmeden önce ön koşul olarak davacıya verilen 1/30 aylıktan kesme cezasının, disiplin amirince hangi mevzuata göre verildiğinin tespiti gerekmektedir. TSK kadrolarında 657 SK’ya göre çalışan sivil memurların işlemiş oldukları disiplin tecavüz ve kabahatlerinden dolayı yetkili disiplin amirlerince AsCK’nun 162 ve 171. maddeleri uyarınca disiplin cezası verilebileceği gibi, fiili 657 SK’nın 125. maddesinde disiplin cezasını gerektiren fiillerden olması halinde disiplin amirlerince bu maddeye göre de disiplin cezaları verilebilmektedir. Davacının amirine karşı görev sırasında söz, hal ve hareket ile saygısızlık ettiği iddia olunmaktadır. Davacının bu davranışı ya disiplin amiri tarafından disiplin tecavüzü veya disiplin kabahati olarak değerlendirilerek AsCK’nun 162 ve 171. maddelerine göre cezalandırılacak veya bu saygısızlık fiili 657 SK’nın 125. maddesinde yazılı disiplin cezasını gerektiren fiil olarak değerlendirilerek 657 SK ve bu Kanuna istinaden çıkarılan yönetmeliğe uygun olarak cezalandırılma yapılacaktır. Bu ayrım çok önemlidir. Zira disiplin cezası AsCK’na göre verilmiş ise verilen ceza 1602 SK’nın 21/3. maddesi uyarınca yargı denetimi dışındadır. Disiplin amirlerinin 657 SK uyarınca verdikleri cezalar ise yargı denetimine tabidir” (AYİM, 2.D.15.11.1995, E.341, K.820, AYİMD, S.10, 1996, s.539-542); “Öte yandan davacının söylediği, ‘hayır istemiyorum, mahkemeye vereceğim, hakkımı alacağım’ şeklindeki sözler, bir irade beyanının açığa vurulması ve dava hakkını kullanacağını bildirilmesi şeklinde olsa dahi, söyleniş tarzının bağırarak ve amir karşısında uygun olmayan tavır ile olması, diğer memurların önünde söylenmesi nedeniyle amire sözle saygısızlık olarak nitelendirilmiş davacıya 657 SK’nın 125. maddesi uyarınca verilen aylıktan kesme cezasının tüm unsurları itibarıyla hukuku uygun olduğu sonucuna varılmıştır” (AYİM, 2.D.13.7.1994, E.850, K.1450, AYİMD, S.9, 1995, s.313-316).

düzenlemeler ile AsCK'nın 3 ve İçHizK'nın 115. maddesindeki düzenleme karşısında disiplin suçunu oluşturan fiil, eğer İçHizK'nın 14. maddesinin asta yüklediği vazifelerden biri veya birkaçının ihlalinden kaynaklanmışsa, öncelikle özel kanun niteliğinde olan AsCK veya 477 SK hükümlerinin uygulanması gerektiğini düşünüyoruz⁷⁴.

Yukarıda TSK'da çalışan Devlet memurlarının emrinde çalıştıkları askeri amirlere karşı ast durumunda oldukları ve İçHizK'nın 14. maddesinin asta yüklediği görevleri yapmadıkları takdirde askerlerin tabi olduğu yaptırımlara tabi olacaklarını belirtmiştik. Acaba İçHizK'nın 14. maddesinin asta yüklediği herhangi bir görevi yapmamaları durumunda fiilleri emre itaatsizlik ve amire saygısızlık suçlarını oluşturmuyorsa ve AsCK'nın 162/1-A maddesinde düzenlenen disiplin tecavüzü kapsamında kalıyorsa, AsCK'ya göre cezalandırılacaklar mıdır?

Bu konuda AYİM, cezalandırmayacağı görüşündedir⁷⁵. Kanaatimizce de, AsCK'nın 3/2 ve 165. maddeleri uyarınca TSK'da çalışan Devlet memurları, disiplin suçları bakımından genel olarak 657 SK'daki düzenlemelere, istisnaen bazı disiplin suçlarını oluşturacak fiilleri ile sınırlı olarak AsCK ve 477 SK'ya tabidirler. Bu durumda örneğin, İçHizK'nın 14. maddesinin son fıkrasındaki; *“itaat hissini tehdit eden her türlü tezahürler, sözler, yazılar ve fiil ve hareketler cezai müeyyidelerle men olurlar”* hükmünden hareketle, emre itaatsizlik ve saygısızlık suçu seviyesine varmayan basit disiplinsizliklerin, disiplin tecavüzü kabul edilerek AsCK'ya göre cezalandırılması gerektiği düşünülebilir. Ancak, AsCK'da 2000 yılında yapılan sınırlayıcı düzenlemeler ve AsCK'nın 165/A-son maddesinin ikinci cümlesinde yer alan *“Disiplin bozucu fiilleri hakkında ilgili Kanun hükümleri uygulanır”* şeklindeki düzenleme karşısında, söz konusu iki disiplin suçunu oluşturmayan disiplinsizliklerin AsCK'ya göre değil, ancak 657 SK'ya göre cezalandırılacaklarını söyleyebiliriz⁷⁶.

TSK'da çalışan Devlet memurları, TSK'nın kadro ve kuruluşlarında çalıştıkları sürece asker kişi sayılırlar. Herhangi bir nedenle işlerine son verildiği, sözleşmeleri feshedildiği veya diğer nedenlerle ilişkileri kesildiğinde bu sıfatları da ortadan kalker.

⁷⁴ Nitekim Danıştay disiplin cezalarında özel düzenlemelerin genel düzenlemelerden önce geleceği, özel kanunda ilgilinin işlediği disiplin suçu hakkında bir düzenleme bulunmasına rağmen, idarece 657 SK hükmünün uygulanması suretiyle tesis edilen işlemin yerinde olmadığına karar vermiştir (D10D, 8.10.1986, E.1985/51, K.1986/1742, KUTLU, agm, s.77).

⁷⁵ AYİM, 2.D. 13.4.2006, E.2004/1483, K.2006/660, AYİMD, S.22, 2007, s.446-456.

⁷⁶ Aksi görüş, BİLGİN'e göre, AsCK'da tanımlanan askeri kabahatleri ve disiplin tecavüzlerini TSK'da çalışan Devlet memurları işleyebilirler. AsCK'nun 165. maddesinde yer alan *“Milli Savunma Bakanlığı ile TSK kadro ve kuruluşunda çalışan devlet memurlarına, sadece amire saygısızlık ve emre itaatsizlik suçlarından dolayı disiplin cezası verilebilir”* hükmü, memurun AsCK'daki disiplin tecavüzü ve askeri kabahatlerden dolayı disiplin yolu ile cezalandırılmasına engel değildir. Çünkü bu maddedeki sınırlama, sadece disiplin suçları ile ilgilidir. Disiplin tecavüzü veya askeri kabahat teşkil eden bir fiil, aynı zamanda 657 SK'da da bir disiplin suçu teşkil ediyor ise, disiplin amiri dilerse, AsCK, dilerse 657 SK hükümlerine göre yetkilerini kullanacaktır (BİLGİN, age, s.27).

1.2.1.5.1.2. Devlet Memurları Kanununa tabi olmaları

TSK’da çalışan Devlet memurların asker kişi sıfatı ancak emrinde çalıştığı askeri amirlere karşı ast olmasından kaynaklanan yükümlülükleri yerine getirmemesi halinde söz konusu olabilecektir. Emrinde çalıştıkları askeri amirleri dışındaki Devlet memuru olan amirlerine veya diğer subay ve astsubaylara yönelik fiillerinde bu kişilerle aralarında astlık-üstlük ilişkisi bulunmadığından bu kişilere yönelik disiplinsizliklerinde ve İçHizK’nın 115. maddesinde belirtilen yükümlülükleri dışındaki disiplinsizliklerinde 657 SK’ya tabidirler⁷⁷.

1.2.1.5.2. İşçiler

TSK kadro ve kuruluşlarında çalışan işçiler, 4857 sayılı İş Kanunu⁷⁸, 2821 sayılı Sendikalar Kanunu⁷⁹ ve 2822 sayılı Toplu İş Sözleşmesi, Grev ve Lokavt Kanunu⁸⁰ hükümlerine tabidirler. Bu nedenle, işçilere, öncelikle kapsamında bulundukları bu mevzuatın disipline ilişkin hükümleri uygulanacaktır⁸¹.

AsCK’nın 3. maddesinde TSK’da çalışan işçiler, askeri şahıslar arasında açıkça sayılmamakla birlikte, bu maddenin 1. fıkrasında geçen “*sivil personel*” kavramı işçileri de kapsamaktadır. Ancak, AsCK’nın 3. maddesinin 1. fıkrası dışındaki diğer tüm maddelerinde (3/2, 23/B, 24, 165 ve 171. maddeye ekli cetvelde) “*Devlet memuru*” kavramı yer almıştır. Bu nedenle işçilere AsCK ve 477 SK’ya göre disiplin cezası verilip verilmeyeceği, verilecekse tüm disiplin suçlarını işleyip işleyemeyecekleri tartışmaya açıktır.

Söz konusu kanuni düzenlemenin lafzından yola çıkan BİLGİN’e göre, AsCK’nın 4451 SK’la değişik 165. maddesinde, TSK’da çalışan Devlet memurlarına, disiplin amirlerince, AsCK’ya göre, sadece “*Amire saygısızlık ve emre itaatsizlik*” suçlarından dolayı disiplin cezası verilebileceği belirtilmiş, işçiler için böyle bir yetki sınırlandırılması getirilmemiştir. Bu yüzden, işçilerin 477 SK’da düzenlenen disiplin suçlarından herhangi birini işlemesi halinde, disiplin amirleri AsCK’daki yetkilerine göre bizzat cezalandırabilecektir. Ayrıca eğer bu fiiller İş Kanunu ve Toplu İş Sözleşmesinde de disiplin suçu olarak öngörülmüş ise, bu Kanun ve Sözleşme hükümlerine göre de işlem yapılabilir⁸².

⁷⁷ TSK’da görevli Devlet memurları, ancak emrinde çalıştıkları askeri amirlerine karşı ast durumunda olup, bu amirlerine karşı hizmetle ilgili asta yüklenen vazifeleri yapmakla yükümlü kılınmışlardır. Askeri amirleri dışında kalan subay ve astsubaylarla aralarında astlık-üstlük ilişkisi bulunmamaktadır. Bu durumda yalnızca askeri amirlerine karşı astlık vazifelerinin ihlalinin kaynaklanan fiilleri hariç, disiplin suçu teşkil eden her türlü fiillerinde haklarında 657 SK’nın ilgili maddeleri gereğince işlem yapılır.

⁷⁸ RG, 10.06.2003, S.25134.

⁷⁹ RG, 07.05.1983, S.18040.

⁸⁰ RG, 07.05.1983, S.18040.

⁸¹ HAFIZOĞULLARI, Ali Rıza; “*Askeri İşçilerin Hukuki Durumları*”, AAD, Y.12, S.46, 1970, s.41.

⁸² BİLGİN, age, s.32.

Askeri Yargıtay ise, değişikliğin yapılaş amacından yola çıkarak; “AsCK’nın 4551 SK’la değişik 3. maddesinin 1. fıkrasında, herhangi bir ayırım gözetilmeksizin TSK’da çalışan ‘sivil personel’ askeri şahıslar arasında sayıldığı halde, maddenin 2. fıkrasında TSK’da çalışan ‘Devlet memurlarının’ asker kişi sıfatlarının, İçHizK’nın 115. maddesinde belirtilen yükümlülükleri ile sınırlı olduğu düzenlenmiştir. Maddenin düzenleniş şekli duraksamalara yol açacak nitelikte olduğundan, açıklığa kavuşturulması zorunluluğu bulunmaktadır. Askeri Yargıtayın, kanun değişikliğinden önceki yerleşik uygulamalarında, İçHizK’nın 115/b ve 14. maddelerindeki düzenlemeler nedeniyle, TSK’da görevli sivil personelin (memur ve işçi), disiplin suçu olarak 477 SK’nın 47 (Amire saygısızlık), 48 (itaatsizlik) ve 49 (Amire bilerek doğru söylememek) maddelerinde yazılı suçları işleyebilecekleri, bunların dışında kalan suçları işleyemeyecekleri kabul edilmiş bulunmaktaydı. AsCK’nın 3. maddesinde 4551 SK’la yapılan değişiklik, mevcut ve yerleşik uygulamayı değiştirmek, TSK’da çalışan Devlet memurları veya işçileri askeri personelin tabi olduğu hükümlere bağlı kılmak veya bu iki statü arasında farklılık yaratmak amacıyla yapılmamıştır. Maddenin 2. fıkrasında Devlet memurları yönünden getirilen sınırlama, İçHizK’nın 115. maddesinin ve bu konudaki Askeri Yargıtay’ın yerleşik uygulamalarının tekrarından ibaret olup, yeni bir durum yaratmamaktadır⁸³. Aksine yorum, TSK’da çalışan işçilerin, maddenin 1. fıkrasında askeri şahıslar arasında sayılmalarına rağmen 2. fıkradaki istisna içine alınmamış olmaları nedeniyle, askeri personelle aynı hükümlere tabi tutulacakları gibi bir sonuca yol açar ki, kanun koyucunun böyle bir sonucu hiç istemediği, tasarının TBMM’deki görüşmelerinden anlaşılmaktadır” şeklinde karar vermiştir⁸⁴.

Kanaatimizce, her iki görüş de hatalıdır. Şöyle ki, AsCK’nın 3. maddesinin 1. fıkrasında kullanılan “sivil personel” kavramı TSK’da çalışan işçileri de kapsamaktadır⁸⁵. Ancak söz konusu fıkra sadece asker kişileri tanımlamıştır. 4551 SK’la değişiklik yapılırken kime hangi disiplin cezalarının verilebileceğini ve disiplin cezalarının ne şekilde yerine getirileceğini

⁸³ Nitekim Tasarının TBMM Genel Kurulunda görüşülmesi sırasında söz olan Milli Savunma Bakanı, “...görüşmekte olduğumuz tasarının, TSK’da görev yapmakta olan 657 SK kapsamındaki görevlilerin, AsCK’nın ‘asker kişi’ başlıklı 3. maddesine dâhil edilmesiyle, Devlet memurlarının sırf askeri suçların faili olabilecekleri konusunda yeterli açıklık olmadığı gibi bir kanaat hâsıl olduğunu tespit etmiş bulunuyoruz. Bu nedenle, TSK bünyesindeki Devlet memurları, sadece İçHizK’nın 115. maddesinde belirtilen sınırlı konularda askeri personel gibi cezalandırılabilirlerdir. Bu konuda münferit de olsa yanlış algılamaları ortadan kaldırmak için, Genel Kurulun dünkü birleşiminde kabul edilmiş bulunan Tasarının 1. maddesinin yeniden görüşülerek, maddeye 2. bir fıkra ilavesini uygun mütalaa ediyoruz.” diyerek 2. fıkranın maddeye ilavesini önermiş ve daha sonra bu öneri aynen yasalaşmıştır (AKSOYLU, Devlet memuru, s.105-106).

⁸⁴ As.Yrgt.Drl.Krl. 27.12.2001, E.118, K.120, **KARDAŞ, Ümit/ÇINGİ, Mehmet**; Açıklamalı, İçtihatlı, Disiplin Mahkemeleri Kuruluşu, Yargılama Usulü ve Disiplin Suç ve Cezaları Hakkında Kanun, İstanbul 2005, (Disiplin), s.73-76.

⁸⁵ Aksi görüş, AKSOYLU’ya göre, AsCK’nın 3. maddesinin 2 ayrı fıkrasında ayrı kavramlar kullanılması nedeniyle TSK’da çalışan işçilerin AsCK’nın 3. maddesinin 1. fıkrasında asker kişi sayıldıkları anlamı çıkarılabilir. Ancak 4551 SK’nın genel gerekçesi ve madde gerekçeleri incelendiğinde, AsCK’nın 3. maddesinde herhangi bir değişikliğin öngörülmediği anlaşılmaktadır (AKSOYLU, Devlet memuru, s.106); Yukarıda belirttiğimiz Askeri Yargıtay kararında da belirtildiği üzere 4551 SK’la değişiklik yapılmadan önce de TSK’da çalışan işçiler asker kişi sayıldığından, maddede değişiklik öngörülmemesi TSK’da çalışan işçilerin asker kişi sayılmadıkları sonucunu doğurmadığı kanaatindeyiz.

düzenleyen maddelerde (23/B, 24, 165 ve 171. maddeye ekli cetvelde) açıkça ve özellikle “Devlet memuru” kavramı kullanılmıştır. 4551 SK’la değişiklik yaparken 3. maddenin 1. fıkrası dışında “sivil personel” kavramını kullanmayan kanun koyucunun bilinçli bir düzenleme yaptığı anlaşılmaktadır. Dolayısıyla kanunsuz suç ve ceza olmaz ilkesi uyarınca disiplin cezası verilebilecek kişiler arasında sayılmayan ve “Devlet memuru” statüsünde olmayan işçilere disiplin amirleri tarafından AsCK’ya göre disiplin cezası verilmesi mümkün değildir. Ancak 477 SK’nın 38 ve 62. maddelerinde “sivil personel” kavramının kullanıldığı ve 7. maddesinde asker kişilerin 477 SK’da düzenlenen disiplin suçlarına disiplin mahkemelerinin bakacağı düzenlendiğinden, İçHizK’nın 115/b ve 14. maddeleri kapsamında sadece 477 SK’da düzenlenen amire saygısızlık, emre itaatsizlik ve bilerek doğru söylememek disiplin suçlarını işleyebileceklerinden bu suçları oluşturan fiilleri hakkında disiplin mahkemesince cezalandırılacaklardır.

Anayasa Mahkemesi 4551 SK’la yapılan bazı değişikliklerin Anayasa’ya aykırılığı iddiasıyla ilgili ilginç tespitler içeren bir kararında, önce TSK’da çalışan işçilerin asker kişi olmadıklarını ve AsCK’ya tabi olmadıklarını belirttikten sonra; “İş Kanunu’na tabi işçiler yönünden, (4551 sayılı) Yasa’nın 3., 4., 32. ve 34. maddelerinde herhangi bir hükme yer verilmemesi nedeniyle bunlar hakkında İçHizK ve Disiplin Mahkemeleri Kanun hükümleri ile iş mevzuatının uygulanacağı açıktır” şeklinde bir sonuca ulaşılmıştır⁸⁶. Ancak aynı düzenleme bulunmasına rağmen, AsCK’ya tabi olmadıklarını belirtip sonra 477 SK’ya tabi olduklarını belirterek çelişkiye düşmüştür. Anayasa Mahkemesi’nin bu kararı TSK’da çalışan işçilere AsCK’ya göre disiplin cezası verilemeyeceği, fakat 477 SK’ya göre disiplin mahkemelerinde yargılanabilecekleri sonucu yönünden görüşümüzü teyit etmektedir.

1.2.1.6. Askeri öğrenci

Askeri öğrenci, subay, astsubay veya uzman jandarma yetiştirilmek üzere çeşitli okullarda öğrenim gören ve resmi bir kıyafet taşıyan öğrencidir. Bütün askeri öğrenciler, subaylara; astsubay hazırlama ve astsubay meslek yüksek okulu öğrencileri ile astsubay naspedilmek üzere temel askerlik eğitime tabi tutulan adaylar, aynı zamanda astsubaylara karşı ast durumunda olup, askeri öğrencilerin, belirtilen hallerin dışında, gerek kendi aralarında gerekse erbaş ve erlere karşı astlık-üstlük ilişkileri yoktur (İçHizK m.113/b).

⁸⁶ Ay.Mah.25.11.2005, E.2000/34, K.2005/91, RG, 8.11.2006, S.26340.

Liselerden yukarı okul, yüksek okul ve üniversitelerde öğrenim gören askeri öğrenciler AsCK uygulaması yönünden askerlik yükümlülüğü altına girmiş kabul edilir ve diğer asker kişiler hakkında uygulanan hükümler bunlar hakkında da aynen uygulanır (İçHizK m.113/a)⁸⁷.

Lise, ortaokul ve eşiti okullarda öğrenim gören askeri öğrenciler, İçHizK'nın 14. maddesinin asta yüklediği görevleri aynen yapmaya mecburdurlar. Aksine hareket edenler diğer askerlerin tabi olduğu cezai müeyyidelere tabidirler (İçHizK m.113/c). Askeri öğrenciler, İçHizK'nın 14. maddesi kapsamı dışında kalan hususlarda kendi okul talimatlarına tabidirler (İçHizK m.114/2).

Bazı yazarlara göre, yukarıda belirtilen hükümler ışığında orta öğretim dengi askeri okullarda okuyan askeri öğrencilerin 477 SK'ya sınırlı olarak tabi tutulacağı sonucu çıktığından, bunlar ancak, resmi elbiseyle işlenen suçlarda ve üstlere karşı işlenen suçlarda 477 SK'ya tabi olabileceklerdir⁸⁸. Kanaatimizce bu görüş hatalıdır. Şöyle ki, AsCK'nın kısa hapis cezalarını düzenleyen 23. maddesinin (D) bendinde, *“Askeri öğrenciler hakkında : (Askeri orta ve lise ile eşiti okullar öğrencileri hariç) dört haftaya kadar oda hapsi cezası verilebilir”* hükmü bulunmaktadır. AsCK'nın disiplin cezalarının çeşitlerini düzenleyen 165. maddesinde de, askeri öğrencilere verilebilecek disiplin cezalarının uyarı, izinsizlik ve oda hapsi olduğu düzenlenmiştir. Dolayısıyla lise, ortaokul ve eşiti okullarda öğrenim gören askeri öğrencilere göz ve oda hapsi cezası verilebilmesi mümkün değildir. 477 SK'nın 7. maddesinde de disiplin suçları; *“Bu Kanunun oda hapsi veya göz hapsi ile cezalandırdığı fiillerdir”* şeklinde tanımlanmıştır. 477 SK'da lise, ortaokul ve eşiti okullarda öğrenim gören askeri öğrencilere oda veya göz hapsi verilebileceği düzenlenmediğinden, 63. maddesindeki atıf nedeniyle AsCK'nın 23 ve 165. maddeleri 477 SK yönünden de geçerlidir. Bu yüzden lise, ortaokul ve eşiti okullarda öğrenim gören askeri öğrencilerin disiplin mahkemelerinde yargılanmaları mümkün değildir. Ancak İçHizK'nın 14. maddesi kapsamındaki disiplinsizlikleri nedeniyle disiplin amirleri tarafından AsCK'nın 23, 165 ve 171. maddeleri kapsamında cezalandırılacaklardır.

MSB'lığı ile sözleşme yapıldığı tarihten itibaren kazanılan askeri öğrenci sıfatı, okuldan mezun olmak veya başarısızlık nedeni ile okuldan ilişiğinin kesilmesi suretiyle sona erer.

⁸⁷ “İçHizK'nın 113. maddesi uyarınca Astsubay Meslek Yüksekokulu öğrencilerinin AsCK'nın uygulanması bakımından asker kişi sayılacağı” (As.Yrgt.4.D.4.12.2007, E.1970, K.1965, AYKD, S.21, 2008, s.17-18); Aynı yönde bkz. As.Yrgt.İBK. 11.12.1953, E.319, K.3671, AYKD, 1997, S.11, s.112.

⁸⁸ EROĞLU, agt, s.63; BİLGİN, age, s.21; KARDAŞ/ÇINGİ, Disiplin, s.68-69.

1.2.1.7. Erbaş ve er⁸⁹

“Er: İhtiyaçları Devlet tarafından deruhte ve temin olunan rütbesiz askerdir. Erbaş: İhtiyaçları Devlet tarafından deruhte ve temin olunan onbaşı ve çavuş rütbelerini haiz askerdir” (İçHizK m.3).

Erbaş ve erler için muvazzaflık hizmeti 1111 sayılı Askerlik Kanunu’nun⁹⁰ 5. maddesine göre, askerlik şubesinden sevk günü başlar. Ancak Uyuşmazlık Mahkemesi⁹¹ ve Askeri Yargıtay⁹², şubesinden sevk edilmiş ve henüz kıtasına katılmamış yükümlülerin asker kişi kabul edilemeyeceği görüşündedir. Askeri Yargıtay, yanlışlıkla askere sevk edilen kişilerin de asker kişi sıfatlarının bulunmadığını kabul etmektedir⁹³.

Asker kişi sıfatı fiili olmaktan çok, hukuki bir vasıftır. Bu sıfat hukuken sona ermedikçe askerlik hizmetinin fiilen yerine getirilmemesinin önemi yoktur⁹⁴. Bu nedenle terhis mahiyetinde izne gönderilen kişilerin asker kişi sıfatları terhis tarihine kadar devam etmektedir⁹⁵. Yine firar veya hava değişiminde olursa bile asker kişi sıfatı devam etmektedir⁹⁶.

Erbaş ve erler terhislerine veya diğer bir suretle ordu ile ilişkilerinin kesilmesine kadar asker kişi sıfatını muhafaza ederler.

1.2.1.8. Yedek asker kişi

1111 SK’nın 7. maddesine göre, muvazzaflık döneminin sona ermesinden askerlik çağının sonuna kadar olan dönem “yedeklik dönemi” sayılmaktadır. Askerlik çağının sonu ise 41 yaştır. Yedeklik döneminde kişinin asker kişi sayılmasına imkân yoktur⁹⁷.

⁸⁹ “Bu Kanunun yürürlüğe girmesinden önce muhtelif kanunlarda geçen ‘erat’ tabiri ‘erbaş ve er’ olarak değiştirilmiştir” (İçHizK m.118).

⁹⁰ RG, 17.07.1927, S.635.

⁹¹ Uy.Mah. 14.03.1997, E.7, K.6, RG, 09.04.1997, S.22959.

⁹² “Askerlik şubesinden sevk edilen yükümlünün yolda geçireceği süreden dolayı mağduriyetine sebep verilmemesi gibi münhasıran idari bir amaçla kabul edildiği anlaşıldığından, lehe yapılan böyle bir kanun değişikliğinin suç ve ceza yönünden askerlik yükümlüleri aleyhine bir durum yaratacağı düşünülemez. Açıklanan nedenlerle suç ve ceza yönünden asker kişi sayılamayacağı” (As.Yrgt. İBK. 20.06.1975, E.6, K.4, AYKD, 1997, S.11, s.275).

⁹³ As.Yrgt.1.D.03.04.1950, E.118, K.563, **LÜLECI, Turgut/ÖZBAKAN, Hulusi**; Askeri Yargı ile İlgili Kanunlar ve İçtihatlar, MSB’lığı Yayını, Ankara 1973, C.II, s.508; As.Yrgt.3.D.13.11.1984, E.428, K.411, **ÖZBAKAN, Hulusi**; Askeri Ceza Kanunu, Ankara 1990, (AsCK), s.155.

⁹⁴ **ERMAN**, age, s.82.

⁹⁵ As.Yrgt.3.D.03.04.1990, E.217, K.202, yayınlanmamıştır.

⁹⁶ As.Yrgt.2.D.14.07.1966, E.550, K.693, **ÖZBAKAN, Hulusi**; Askeri Mahkemeler Kuruluşu ve Yargılama Usulü Kanunu, C II, Ankara, 1989, (AsYUK), C.2, s.557.

⁹⁷ **ERMAN**, age, s.59; **KARDAŞ/ÇINGİ**, age, s.63.

Muvazzaflık hizmeti terhis, istifa, emekliye sevk gibi nedenlerden biriyle sona erince kişi yedeklik dönemine girer. AsCK'nın 4. maddesi⁹⁸ uyarınca yedeklik döneminde bulunan bir kimse yeniden silâh altına alındığı takdirde silâh altında bulunduğu sürece asker kişi sayılır⁹⁹.

1.2.2. Disiplin Cezası Verebilecek Kişi veya Kurullar¹⁰⁰

Disiplin hukukunda kişilerin hak ve özgürlüklerini güvence altına almak için geliştirilen önlemlerden birisi de ceza vermeye yetkili kişi veya kurulların yetkisinin belirlenmesidir¹⁰¹. TSK'da disiplin suçlarının ağırlığına ve disiplin cezası verilebilecek kişinin statüsüne göre yetkili kişi veya kurullar belirlenmiştir¹⁰². Ancak bu belirleme yapılırken, askerlik hizmetinin özelliği nedeniyle, sivil kurumların aksine, disiplin amirlerinin verebilecekleri cezalar nicelik ve nitelik itibarıyla geniş tutulmuştur¹⁰³.

1.2.2.1. Disiplin amirleri

Disiplin amiri, disiplin cezası vermeye yetkili amire denir¹⁰⁴. İlgili mevzuatında özel bir düzenleme yoksa¹⁰⁵, onbaşıdan itibaren bütün amirler emri altındaki kişilere disiplin cezası

⁹⁸ “İhtiyat askeri şahıslar askeri hizmetlerde bulundukları müddetçe bu kanun hükümlerine tabidirler” (AsCK m.4).

⁹⁹ Nitekim Askeri Yargıtay, tatbikata çağrılan emekli astsubayın bu tatbikata katılmakla yine astsubaylık sıfat ve rütbesini haiz olduğuna karar vermiştir (As.Yrgt.3.D. 16.01.1990, E.49, K.41, yayınlanmamıştır).

¹⁰⁰ İlerde ayrıntılı olarak açıklanacağı üzere disiplin mahkemeleri işlevsel bakımdan yargı organı (mahkeme) olmadıklarından disiplin mahkemelerini de disiplin kurulları içinde inceleyeceğiz.

¹⁰¹ **YILDIRIM, Ramazan;** İdare Hukuku Dersleri I, Konya 2005, s.218.

¹⁰² 357 SK'ya tabi askeri hâkimlerin 477 SK'da düzenlenen disiplin suçlarında soruşturma MSB tarafından görevlendirilen askeri adalet müfettişlerince yapılır. MSB hazırlık soruşturması açılmasına izin verdiği takdirde evrak gereği için ilgilinin görevli bulunduğu yere en yakın askeri mahkemenin savcısına gönderilir. Askeri savcı, 477 SK'da düzenlenen disiplin suçundan dolayı 353 SK hükümlerine göre gerekli işlemi yapar. 477 SK'nın 2. Kısımında yer alan disiplin suç ve cezalarına ait hükümler askeri mahkemeler tarafından da uygulanır. Askeri adalet müfettişince yapılan soruşturma hazırlık soruşturması olarak kabul edilebilir (357 SK m.26). Bu maddedeki düzenlemeden de anlaşılacağı üzere, askeri hâkimlerin 477 SK'da düzenlenen disiplin suçlarını işlemeleri halinde 477 SK'da düzenlenen usulün dışında bir soruşturma ve yargılama yapılmaktadır. Soruşturma askeri adalet müfettişlerince yapılmakta, MSB tarafından soruşturma izni verilmekte, askeri savcı tarafından iddianame düzenlenmekte, disiplin suçundan dolayı yargılama da askeri mahkeme tarafından 353 SK ve CMK hükümlerine göre yapılmakta, dolayısıyla verilen karar Askeri Yargıtay'da temyiz incelemesinden geçmektedir. Bu durumda askeri hâkimlerin 477 SK'da düzenlenen suçları işlemeleri halinde haklarında disiplin kovuşturması değil adli kovuşturma yapıldığı, askeri mahkeme tarafından yargılama sonunda verilen cezanın niteliğinin bir disiplin cezası olmayıp adli ceza olduğu ortaya çıkmaktadır. Uygulaması olmayan bu özel ve farklı düzenlemeyi çalışmamızda ayrıca incelemedik.

¹⁰³ **YÜCEER**, age, s.14.

¹⁰⁴ “Yüzbaşı kadrosuna vekâleten atanmış da olsa bir astsubayın 657 SK'nın 125. maddesine göre memur statüsündeki personele disiplin cezası verme yetkisi bulunmadığından” (AYİM, 3.D.7.7.2005, E.41, K.919, AYİMD, S.21, 2006, s.343-346).

¹⁰⁵ “AsCK'nın 165 ve müteakip maddeleri ile Silahlı Kuvvetler Askeri Liseler Yönetmeliği ve Orta Dereceli Deniz Okulları Disiplin Yönergesinin ilgili hükümlerine bakıldığında, askeri şahısların işledikleri disiplin suçlarına ancak yetkili disiplin amirleri tarafından disiplin cezaları verilebilir. Özel mevzuatında disiplin cezası vermeye yetkili disiplin amiri olarak gösterilmeyen kişiler, kadro bağlantısı içinde olsalar dahi, disiplin suçu işleyen asker kişilere disiplin cezası veremezler. Sınıf Amiri, Silahlı Kuvvetler Askeri Liseler Yönetmeliği ve Orta Dereceli Deniz Okulları Disiplin Yönergesinde, Deniz Lisesi öğrencilerinin işleyeceği disiplin suçları yönünden ceza vermeye yetkili amirler arasında sayılmamıştır. Disiplin amiri olmayan amir

vermeye yetkilidir (AsCK m.168/1). Disiplin amirinin ceza verme yetkisini incelemekten, amir ve üst kavramlarını ve amirlik çeşitlerini açıklamak uygun olacaktır¹⁰⁶.

1.2.2.1.1. Amir ve üst kavramları

“*Amir*”; makam ve memuriyet itibarıyla emretmek yetkisine sahip kimsedir. Bunun emri altındakilere “*maiyet*”¹⁰⁷ denir (İçHizK m.9).

Amir, emir verme kudretinin kapsamından olan bazı yetkilerle (verdiği emri takip, nezaret, emrin sonucunu takdir, kontrol ve denetleme, sicil ve ceza verme vb.) donatılmıştır¹⁰⁸. Ancak bu yetkilerin kullanılmasıyla hiyerarşik düzenin sağlıklı biçimde devamı sağlanır¹⁰⁹.

“*Üst*” kavramı, rütbe veya kıdem büyüklüğünü göstermektedir. Dolayısıyla “*ast*”, üstün rütbece veya kıdemce aşağısında bulunan kimsedir (İçHizK m.10). Üstlerin disiplin ceza verme yetkileri yoktur. Bir astın disiplini bozan bir hareketine rastlayan üst, failin disiplin cezası ile cezalandırılmasını ancak disiplin amirinden isteyebilir. Üstler disipline aykırı durumlarda AsCK’nın 169. maddesi¹¹⁰ gereğince astı geçici olarak tutuklama¹¹¹ yetkisine sahip olsalar bile, bu kişilerin cezalandırılmasını ancak disiplin amirinden talep edebilir.

1.2.2.1.2. Amirlik çeşitleri

TSK’da amirlik çeşitli görev ve durumlarda ortaya çıkabilmektedir¹¹². Belli bir kadroya atanma dışında yapılan görev veya işlenen bir suç bazı üstlere amir statüsü kazandırabilmektedir. Şimdi kısaca bunları inceleyelim.

1.2.2.1.2.1. Kadroya atanma veya vekâlet

Belirli kadrolu hizmet birimine amir olma, kadroya tayin edilmek suretiyle veya vekil bırakılmak suretiyle olabilir (İçHizY m.34/1).

tarafından davacıya işlediği disiplin suçları nedeniyle ceza verilmesi, yetki yönünden kanuna karşı ağır sakatlık hali oluşturur” (AYİM, 2.D.25.10.1995, E.763, K.736, AYİMD, S.10, 1996, s.492-496).

¹⁰⁶ BİLGİN, age, s.40.

¹⁰⁷ “*Maiyet*” ile “*ast*” kavramları aynı anlama gelmemektedir. Her ast mutlaka maiyet olmayacağı gibi, bazen, maiyet rütbe veya kıdemce amirinden yüksek olabilir. Örneğin, şube müdürlüğüne kurmay subay atanması gereken karargâhlarda şube müdürü yarbay rütbesinde bir kurmay subay olurken, emrinde albay rütbesinde bir subay olabilmektedir. Bu takdirde, İçHizY’nin 15. maddesi uyarınca, amir, kendisinden rütbe ve kıdemce üst olan maiyetine layık olduğu saygıyı göstermeye mecbur olduğu gibi, rütbe ve kıdemce yüksek olan bir maiyet de kendisinin astı olan amirin verdiği emirleri yapmaya mecburdur.

¹⁰⁸ ONAR, age, C.II, s.600-604.

¹⁰⁹ YÜCEER, age, s.13-14.

¹¹⁰ “168. madde hükümlerini bozmamak şartıyla, her mafevk emir altında olmayanları da disiplinin temini için muvakkat olarak tevkif etmeğe veya ettirmeğe salahiyetlidir. Ancak bu tevkif keyfiyeti gün ve saatiyle derhal mevkufun disiplin amirine bildirilmelidir” (AsCK m.169).

¹¹¹ Disiplinin temini için geçici tutuklama yetkisi Üçüncü Bölümde ayrıntılı olarak incelenecektir.

¹¹² YÜCEER, age, s.15.

1.2.2.1.2.2. Suçların işlenmesi sırasında

Amirlik bazı suçların işlenmesi sırasında da doğabilir. Şöyle ki, İçHizK'nın 23. maddesi uyarınca fesat ve isyan halinde her üst, emir ve komuta işini üzerine almakla görevlidir. Böyle durumlar oluştuğunda emir ve komuta işini devralan üst, amir konumuna geçmektedir. Yine İçHizK'nın 24. maddesi uyarınca, disipline aykırı gördüğü her hale müdahaleye ve emir vermeye her üst yetkilidir. Böyle durumlarda müdahalenin yapılması ve emir verilmesiyle ast ile üst arasında hizmet ilişkisi doğduğundan, üst amir konumuna geçmektedir¹¹³. Belirtilen durumlarda, suçların işlenmesi sırasında oluşan amirlik, disiplin amirliği olmadığından, bu kişilerin astlarına disiplin cezası verme yetkileri yoktur.

1.2.2.1.2.3. Yapılan görev süresince

Amirlik yapılan görev süresince ve görev nedeniyle de oluşabilmektedir. Nöbetçi ve devriye görevini yapan kişi (AsCK m.106)¹¹⁴, askeri inzibat görevini yapan erbaş ve erler (İçHizK m.92/1), bölük nöbetçi çavuşu (İçHizY m.399) ve bölük nöbetçi onbaşısı (İçHizY m.396) bu görevlerini yaptıkları sırada diğer erbaş ve erlere karşı amir yetkisine sahiptir¹¹⁵. Aynı şekilde, kışlalarda mesainin bitmesinden yeni mesai başlayana kadar nöbetçi amiri kışladaki tüm nöbetçi subay, astsubay, sivil personel ile erbaş ve erlerin amiridir (İçHizY m.411/2). Yapılan görev nedeniyle amirlik de, disiplin amirliği doğurmamaktadır.

1.2.2.1.2.4. Garnizon komutanı

İçHizK'nın 47/1. maddesi uyarınca, garnizon komutanı, garnizondaki tüm birlik ve kurumların disiplin amiridir. Dolayısıyla garnizon komutanı, kendi kuruluşunda olmayan birlik personeline doğrudan disiplin cezası verebilecektir¹¹⁶.

1.2.2.1.2.5. Kışla komutanı

İçHizK'nın 52/2. maddesi uyarınca, birçok birlik ve kurumun bulunduğu kışlalarda kışla komutanı, en yüksek rütbeli komutandır. Kışla içinde emniyet ve disiplini sağlamak için kendisine hiyerarşik biçimde bağlı olmayan birlik ve kurum personeline de emir verebilir. Ancak kışla komutanlığının disiplin amirliği yetkisi bulunmamaktadır¹¹⁷.

¹¹³ As.Yrgt.4.D.22.12.1970, E.623, K.621, YÜCEER, age, s.18.

¹¹⁴ Nitekim Askeri Yargıtay, garaj nöbetçisinin emrine rağmen araç çıkaran kişinin fiilinin emre itaatsizlik oluşturacağını kabul etmiştir (As.Yrgt.Drl.Krl.30.4.1971, E.29, K.28, YÜCEER, age, s.18).

¹¹⁵ “Nöbetçi onbaşılık nöbetini tutan mağdurun görev ve yetki sınırlarını aşarak söylediği sözlerle, nöbet hizmetinin yürütülmesini sağlamak için AsCK'nun 13/2 ve İçHizK'nun 9. maddelerinden kaynaklanan itibari amirlik statüsünden yararlanamayacağı” (As.Yrgt.Drl.Krl. 8.2.2007, E.7, K.6, AYKD, S.21, 2008, s.19-21).

¹¹⁶ ÇULHA, age, s.8.

¹¹⁷ YÜCEER, age, s.23.

1.2.2.1.2.6. Milli Savunma Bakanı

Askeri hâkimlerin görevlerinden dolayı veya görevleri sırasında işledikleri suçlar veya sıfat ve görevlerinin gereklerine uymayan hal veya fiilleri şikâyet ve ihbar edilir veya öğrenilirse soruşturma izni verilmesine gerek olup olmadığının tespiti için MSB tarafından ilgili şahıstan kıdemli bir askeri adalet müfettişi görevlendirilir (357 SK m.23). MSB, soruşturma yapan müfettiş tarafından düzenlenen ve düşüncesini de kapsayan evrakı inceler. Elde edilen sonuca göre hazırlık soruşturması yapılması için izin verilmesine veya disiplin cezası tayinine yahut evrakın işleminden kaldırılmasına karar verir (357 SK m.25). Belirtilen düzenleme nedeniyle TSK’da görevli tüm askeri hâkimlerin disiplin amiri sadece MSB’dır.

1.2.2.1.3. Disiplin amirinin yetkileri

İçHizK’nın 13. maddesinin 3. fıkrasında; *“Disiplinin muhafazası ve idamesi için hususi kanunlarla cezai ve hususi kanun ve nizamlarla idari tedbirler”* alınacağı öngörülmüştür. 14. maddesinin son fıkrası da; *“itaat hissini tehdit eden her türlü tezahür, sözler, yazılar ve fiili hareketler cezai müeyyidelerle men olunur”* hükmünü haizdir. Ayrıca 18. maddesine göre; *“Amir, maiyetine disiplini bozan fiil ve hareketlerden dolayı disiplin cezaları verir. Disiplin cezalarının mahiyeti ve verilmesi usulü hususi kanundaki hallere göre tayin ve tespit olunur”*.

İçHizY’nin 3. maddesine göre; *“Disiplinin azıcık dahi bozulduğunu veya gevşediğini sezen her amir bunun maddi ve manevi nedenlerini araştırarak gidermeye ve disiplinin korunması için icabında kanun ve nizamlar dairesinde her türlü tedbirleri almaya ve yetkilerini tamamıyla kullanarak disiplini sağlamaya mecburdur”*.

Yukarıda sayılan görevlerin gereği olarak ve askeri disiplinin temini için, disiplin amirine disiplin yoluyla maiyetini cezalandırabilme yetkisi tanınmıştır¹¹⁸. Daha önce askerlik hizmetinde disiplinin önemine değinmiştik. Askeri yargının, bu amacın gerçekleşmesine büyük yardımı olacağından şüphe edilemez. Ancak yargı yolu daima uzunca süren bir yoldur. Buna karşılık disiplini bozan pek çok davranışın, çevreye kötü örnek olmadan, geciktirilmeksizin bastırılması ve cezalandırılması gerekir. İşin yargılama usullerinin uygulanmasıyla geçirilecek zamana tahammülü olmayabilir. Disiplin amirlerinin cezalandırma yetkileri işte böyle bir zorunluluğun sonucudur¹¹⁹.

Kural olarak her amir emri altındaki kişilere disiplin cezası vermek yetkisine sahip olup (AsCK m.168/1), cezayı en yakın disiplin amiri verir (AsCK m.170). Bu şekilde suçlunun en

¹¹⁸ ÇELEN, Orhan; En Son İçtihatlı, Açıklamalı Askeri Ceza Kanunu, Ankara, 2001, (Askeri), s.679.

¹¹⁹ Ay.Mah. 28.6.1966, E.1963/132, K.1966/29, RG, 27.6.1967, S.12632.

yakın disiplin amirinin otoritesi korunmak istenilmiştir¹²⁰. En yakın disiplin amiri; emir ve komuta bakımından faile en yakın rütbeli kişidir. Örneğin, bir bölük komutanının en yakın disiplin amiri tabur komutanıdır.

İşlenen fiile verilmesi gereken disiplin cezasının, tür veya miktar itibarıyla en yakın disiplin amirinin yetkisini aşması mümkündür. Disiplin amiri, failin disiplin cezası ile cezalandırılmasını isteyip de verilmesi gereken cezanın tür veya miktarını kendi yetkisinden yüksek bulursa, durumu bir derece üstüne arz eder. Bu takdirde ceza verme yetkisi üst disiplin amirine aittir (AsCK m.178).

Fiil gözü önünde olmuş ise, fiil resmi vakar ve makamına karşı yapılmış ise, karar vermek veyahut cezanın derecesini belirlemek için kendisine arz edilmiş ise, fiil emri altında bulunan çeşitli kitalara mensup birden çok şahıs tarafından yapılmış ise, fiil küçük üst tarafından haber alınmasına rağmen cezasız bırakılmış ise, ceza görecektir olan şahsın en yakın disiplin amiri bulunmaz ise daha yüksek disiplin amiri de, doğrudan doğruya disiplin cezası verebilir (AsCK m.170).

İlgili mevzuatında özel bir düzenleme yoksa¹²¹ disiplin amirlerinin ceza verme yetkileri AsCK'nın 171. maddesine bağlı cetvelde gösterilmiştir¹²². AsCK'da disiplin cezası verme konusunda 3 tür sınırlama bulunmaktadır. Bunlar; AsCK'nın 165. maddesinde belirtilen disiplin cezalarından birisinin verilebileceği, disiplin cezası verecek kişinin rütbesine uygun cezaları verilebileceği ve disiplin cezası verilebilecek kişinin statüsüne uygun ceza verilebileceğidir. Örneğin binbaşı rütbesinde bir disiplin amiri, emrinde çalışan Devlet memuruna izinsizlik cezası verememekte, ancak uzman erbaşa izinsizlik cezası verebilmekte;

¹²⁰ ÇOKER, Fahri; “Askerlikte Disiplin, Korunması Çareleri ve Mevzuat”, AAD, Y.2, S.5, 1956, s.321.

¹²¹ “Davacıya 657 SK uyarınca disiplin amiri olan şube müdürü tarafından disiplin cezası verilmiştir. TSK'da görevli Devlet memurlarına 657 SK uyarınca disiplin cezası verildiği takdirde AsCK'nun 171. maddesinde belirtilen rütbelerin ceza verme yetkilerinin göz önüne alınması gerekmez. AsCK uyarınca ceza tertip edildiği takdirde bu Kanunda yer alan cetvelde belirtilen rütbelerin ceza yetkilerinin dikkate alınması gerekir” (AYİM, 3.D.2.11.2006, E.2005/1371, K.2006/1410, AYİMD, S.22, 2007, s.456-457); “3466 SK'nın 'Yönetmelikler' başlıklı 32. maddesinde, uzman jandarmalarda aranacak nitelikler, müracaat şekli, sınav, eğitim öğretim süresi ile tabi olacakları hususların Uzman Jandarma Okulu Yönetmeliğinde gösterileceği belirtilmiştir. Bu hükme istinaden çıkarılan Yönetmeliğin 24. maddesinde adaylara verilebilecek cezalar sayılmış, 25, 26, 27, 28 ve 29. maddelerinde bu cezalar karşılığında kırılacak disiplin notlarının miktarı, 30. maddesinde her adaya okula girişinde 40 disiplin notu verileceği, disiplin notunun tamamını kaybedenlerin disiplin kuruluna sevk edileceği, 31. maddesinde ise disiplin kurulunun işleyişi, görevleri, alacağı kararlar, vereceği cezalar ile ilgili hususların Uzman Jandarma Okulu Yönergesinde düzenleneceği açıklanmıştır. Yönetmeliğin 31. maddesine göre hazırlanan Yönergenin 6. Bölüm 1. maddesinde ceza vermeye yetkili amirlerin bir defada adaylara verilebilecekleri cezalar sayılmış, bölük komutanının bir defada 3 ihtar ve 2 gün izinsizlik cezası verilebileceği hükme bağlanmıştır. Öğrenci bölük komutanının cezalandırma yetkisini aşarak verdiği cezaların karşılığı disiplin notları kırılmak suretiyle disiplin notunun tamamını kaybettiği gerekçesiyle davacının disiplin kurulu kararıyla Uzman Jandarma Okulundan çıkarılması hukuka aykırıdır” (AYİM, 2.D.3.5.1995, E.1629, K.337, AYİMD, S.10, 1996, s.489-491).

¹²² AsCK'nun 171. maddesine bağlı cetvel 26.03.2000 tarihli ve 24001 sayılı RG'de yayımlanan 4551 SK'la değiştirilmiş ve güncelleştirilmiştir.

Devlet memuruna oda hapsi cezasını 7 güne kadar verebilmekte, ancak erbaş ve ere 14 güne kadar verebilmekte; yüzbaşı rütbesinde bir disiplin amiri ise, emrinde çalışan Devlet memuruna oda hapsi cezasını 5 güne kadar verebilmektedir.

Disiplin amirinin ölüm, istifa, emeklilik, atanma, görevden alınma gibi “*sürekli*” veya izin, hastalık, görevlendirilme gibi “*geçici*” olarak görevi başında bulunmaması durumunda kendisi veya yerine atanan görevine başlayıncaya kadar kamu hizmetlerinin sürekliliği¹²³ gereği vekil görevlendirilmesi gerekmektedir. Vekil olarak görevlendirilen disiplin amiri ise, vekâlet ettiği kadroda gösterilen rütbenin ceza verme yetkisine sahiptir (AsCK m.172). AsCK’nın 172. maddesi 171. maddenin bir istisnasıdır. Şöyle ki, vekâlet edenin rütbesi kadroda o makam için gösterilen rütbeden daha aşağı olsa bile, kadroda gösterilen rütbenin ceza verme yetkisine sahip olur. Örneğin, tabur komutanı kadrosu binbaşı olduğundan, bu makamı vekâleten bir yüzbaşı idare etse dahi, o yüzbaşı 171. madde gereğince bir binbaşının sahip olduğu daha yüksek ceza verme yetkisine sahip olur. AsCK’nın 172. maddesi, hukukun temel ilkelerinden olan “*vekil asıl gibidir*” ilkesinin kanunlaşmış halidir¹²⁴.

AsCK’nın 171. maddesine bağlı cetvele göre, albaylar, yarbaylara; Tuğgeneral ve Tümgeneral, albaylara; MSB, Orgeneral ile Korgeneral; Tuğgeneral ile daha üst rütbelilere ancak uyarı cezası verebilirler. Bu düzenleme nedeniyle albaylar, albaylara¹²⁵; Tümgeneraller, Tuğgenerallere ceza verememektedir.

1.2.2.2. Disiplin kurulları

TSK’da personelin statülerine göre değişik disiplin kurulları bulunmaktadır.

1.2.2.2.1. Devlet Memurları Kanununa göre

TSK’da çalışan Devlet memurlarına, İçHizK’nın 115. maddesi kapsamı dışında kalan fiillerinde 657 SK’nın 125. maddesinde düzenlenen uyarma, kınama, aylıktan kesme, kademe ilerlemesinin durdurulması ve Devlet memurluğundan çıkarma cezaları verilebilmektedir. Bu cezaların verilmesinde 657 SK’nın 124 ile 136. maddelerinde yazılı şart ve usule uyulmak gerekecektir¹²⁶. Bu cezalardan kademe ilerlemesinin durdurulması ve Devlet memurluğundan çıkarma cezaları disiplin kurulları tarafından verilmektedir.

¹²³ AKYILMAZ, age, s.119.

¹²⁴ YILDIRIM, agm, s.111.

¹²⁵ “AsCK’nın 171. maddesine bağlı cetvele göre albayların albaylara uyarı cezası verme yetkileri bulunmadığından” (AYİM, 2.D.20.11.2002, E.256, K.883, AYİMD, S.18, 2003, s.915-919).

¹²⁶ SÖNMEZ, agt, s.92.

657 SK'nın 134. maddesinin 1. fıkrasında; *“Disiplin soruşturma işlerinde kanunlarla verilen görevleri yapmak üzere Kurum merkezinde bir Yüksek Disiplin Kurulu ile her ilde, bölge esasına göre çalışan kuruluşlarda bölge merkezinde ve kurum merkezinde birer Disiplin Kurulu bulunur”* hükmü öngörülmüş, maddenin 2. fıkrasında da; *“Bu kurulların kuruluş, üyelerinin görev süresi, görüşme ve karar usulü, hangi memurlar hakkında karar verebilecekleri ve disiplin amirlerinin tayin ve tespitiinde uygulanacak esaslar ile bunların yetki ve sorumlulukları gibi hususlar Bakanlar Kurulunca çıkarılacak yönetmelikle düzenlenir”* hükmüne yer verilmiştir. 657 SK'nın 134/2. maddesinde öngörülen hususlar, Bakanlar Kurulu kararıyla kabul edilen Disiplin Kurulları ve Disiplin Amirleri Hakkında Yönetmelik¹²⁷ ile düzenlenmiştir. Söz konusu Yönetmeliğin 2. maddesinde *“TSK’da çalışan Devlet memurların disiplin işlerinde 657 SK’nın 233. maddesi hükümlerine göre hareket edileceği”* belirtilmiştir.

Disiplin kurullarının oluşumları ve görevleriyle ilgili hususlar DY’de düzenlenmiştir. DY’nin 4. maddesinde, Başbakanlık ile Bakanlıkların ve bunlara bağlı Müsteşarlık, Genel Müdürlük ve Başkanlıkların kurum merkezindeki disiplin ve yüksek disiplin kurullarının kuruluşlarında uyulması gereken esasların neler olduğu tespit edilmiştir. Maddenin 1. fıkrasının (a) bendinde, kurulların başkan ve üyelerinin, Başbakanlık ve Bakanlıklarda Müsteşarlar, bunlara bağlı kurumlarda kurumların başında bulunan müsteşar, genel müdür ve başkanların teklifi ve ilgili bakanın onayı ile görevlendirilecekleri; (b) bendinde de, kurulların bir başkan ve 4 üye olmak üzere 5 kişiden oluşacağı öngörülmüştür¹²⁸.

Söz konusu fıkranın (c) bendiyle, disiplin kurullarının başkanlıklarına (a) bendinde sayılan memurların, üyeliklerine ise Kurumların üstlendikleri ana görevlerle doğrudan ilgili birim veya birimler ile hukuk, personel, teftiş ve tetkik hizmetlerini yürüten birimlerin başında bulunan memurların en yakın yardımcıları arasından görevlendirme yapılacağı belirtilmiş; (d) bendiyle de, yüksek disiplin kurullarının başkanlıklarında (a) bendinde sayılan memurların, üyeliklerinde ise (c) bendinde sayılan hizmet birimlerinin başında bulunan memurların görevlendirilmesi öngörülmüştür. Yönetmeliği’nin 7. maddesi ile de, kurulların başkan ve üyelerinin görevlendirilme süresinin 2 yıl olduğu, süresi dolanların yeniden aynı süre ile görevlendirilmelerinin mümkün olduğu belirtilmiştir¹²⁹.

¹²⁷ RG, 24.10.1982, S.17848.

¹²⁸ TSKDY’nin 4. maddesinde yüksek disiplin kurulunun, MSB’lığı bünyesinde MSB’lığı Müsteşarı, Genelkurmay Personel Başkanı, Kara, Deniz ve Hava Kuvvetleri Personel Başkanları, MSB’lığı Personel Daire Başkanı, MSB’lığı Askeri Adalet İşleri Başkanı, MSB’lığı Başhukuk Müşaviri ve Genelkurmay Adli Müşaviri’nden oluşacağı düzenlenmiştir. Disiplin Kurullarının üye sayısı ise, kurulduğu Komutanlığa göre değişmektedir. Mesela Jandarma Genel Komutanlığı Disiplin Kurulu 6 kişiden, Sahil Güvenlik Komutanlığı Disiplin kurulu ise 4 üyeden oluşmaktadır.

¹²⁹ TSKDY’de kurullarda görev yapacaklar makam olarak sayıldığından, bu birimlerde görev yapan personelin o görevde kaldığı sürece kurullardaki üyeliği devam edecektir.

657 SK'nın 134. maddesine ve DY'ne dayanılarak TSK'da Görevli Devlet Memurları Disiplin Kurulları ve Disiplin Amirleri Yönetmeliği ile Jandarma Genel Komutanlığı ve Sahil Güvenlik Komutanlığında Görevli Sivil Devlet Memurları Disiplin Kurulları ve Disiplin Amirleri Yönetmeliği çıkarılmıştır¹³⁰.

Bu düzenlemeler esas alınarak hazırlanan TSKDY ile yüksek disiplin kurulu ve disiplin kurullarının kuruluş, üyelerinin görev süresi, görüşme ve karar usulü ile hangi memurlar hakkında karar verebilecekleri belirlenmiştir. Yönetmeliğin 3. maddesinde, MSB'lığında yüksek disiplin kurulu, MSB'lığı, Genelkurmay Başkanlığı ve Kuvvet Komutanlıklarında birer disiplin kurulu kurulacağı; 4. maddesinde, yüksek disiplin kurulunun kimlerden oluşacağı; 21. maddede, haklarında aylıktan kesme veya daha ağır disiplin cezası uygulanmış olanların, bu cezaları 657 SK'nın 133. maddesinde belirtildiği şekilde sicillerinden silinmiş olsa bile kurullarda görevlendirilemeyecekleri¹³¹; 22. maddede de, kurulların başkan ve üyelerinin, kendilerine, eşlerine, ikinci dereceye kadar kan ve sıhrî hısımlarına, disiplin cezası verilmesini teklif ettikleri¹³², disiplin soruşturmasını yaptıkları veya atanmasına yetkili oldukları memurlara ait işlerle ilgili olan Kurul toplantılarına katılamayacakları hükme bağlanmıştır.

Benzer şekilde JY'nin 3. maddesinde, Jandarma Genel Komutanlığı ve Sahil Güvenlik Komutanlığında kurulacak birer disiplin kurulunun kimlerden oluşacağı düzenlenmiş, yüksek disiplin kurulu hususunda İçişleri Bakanlığı Disiplin Kurulları ve Disiplin Amirleri Yönetmeliği hükümlerinin uygulanacağı belirtilmiş; 18 ve 19. maddelerinde, kurullarda görevlendirilemeyecek ve kurul toplantılarına katılamayacaklar hükme bağlanmıştır.

1.2.2.2.2. Disiplin Mahkemeleri Kanununa göre

477 SK'da düzenlen disiplin suçlarıyla ilgili yargılama yapmak üzere tugay ve daha büyük kıta, karargâh ve askeri kurumlar ile MSB'lığı Müsteşarlığı teşkilatında disiplin

¹³⁰ RG, 4.4.1983, S.18008.

¹³¹ Disiplin cezalarının belirli süreler sonunda sicilden silinmesini öngören 657 SK'nın 133. maddesinin, disiplin kurulu üyelikleri bakımından DY ile işlemeze hale getirilmesinin, normlar hiyerarşisine aykırı olduğu gerekçesiyle eleştirilmektedir (**SANCAKDAR**, age, s.283). Ancak disiplin kurulu üyeliği yapacak kişilerin tarafsızlıklarının ve güvenilirliklerinin sağlanabilmesi için, adli sicilden silinse dahi disiplin cezası almamış olmalarının aranması daha uygun bir yöntemdir.

¹³² Disiplin kurulları yarı yargısal usullerle çalışırlar. Karar verirken, bağımsız ve tarafsız olmaları için, toplanıp karar vermeden önce, üyelerinin görüş açıklamaları gerekli ve zorunludur. Bu zorunluluğu sağlamanın bir yolu da soruşturma yapmakla görevlendirilenlerin bu kurullarda görev yapmamalarıdır. *“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 kanaatini de belirtir şekilde hazırladığı soruşturma raporunun, disiplin kuruluna intikalinden sonra, kurula katılarak oy kullanması disiplin hukukunda kabul edilmemektedir”* (DİDDGK, 23.10.1992, E.1992/316, K.1992/164, DD, S.87, s.1029); *“Soruşturmacıların da katılmasıyla oluşturulan disiplin kurulu kararlarının hukuka uyarlık taşımadığı”* (D8D, 19.12.2006, E.1118, K.5246, DBİM).

mahkemeleri kurulmuştur. Bu mahkemelerin işlevini anlamak için önce disiplin mahkemesinde yapılan yargılamada etkileri olan süjeleri inceleyelim.

1.2.2.2.1. Disiplin mahkemesinin süjeleri

477 SK'da düzenlenen disiplin suçlarının disiplin mahkemelerinde kovuşturulmasında üç önemli süje etkin rol oynamaktadır. Bunlar; “*disiplin subayı*”, “*teşkilatında disiplin mahkemesi kurulan komutan*” ve “*disiplin mahkeme başkan ve üyeleri*”dir. Disiplin kovuşturmasındaki etkileri nedeniyle bu süjelerin yetki ve görevlerinin ayrı ayrı incelenmesi sonucunda disiplin kovuşturmasının da özellikleri ortaya çıkacaktır.

a. Disiplin subayı

Disiplin subaylığı 1964 yılında 477 SK'nın yürürlüğe girmesiyle oluşturulmuş bir görevdir. Disiplin subayı disiplin soruşturmasının önemli bir unsurudur¹³³. Zira teşkilatında disiplin mahkemesi kurulan komutanın bir disiplin suçu işleyen asker kişi hakkında vereceği disiplin hazırlık soruşturması açılması emri üzerine fail hakkındaki disiplin soruşturması disiplin subayı tarafından yapılır (477 SK m.14/4).

Kural olarak disiplin subayının askeri hâkim sınıfından bir subay olması gerekir. Ancak bulunmaması durumunda bu görev normal subaylar tarafından yürütülür. Statü, nitelik ve yetkileri farklı olduğundan ayrı ayrı incelemek uygun olacaktır.

aa. Askeri hâkim sınıfından bir subay olması

“*Teşkilatında disiplin mahkemesi kurulan komutanlıklar veya askeri kurum amirlikleri ile MSB’lığı Müsteşarlığında; yardımcılığı kaldırılan askeri hâkim sınıfına mensup subaylar arasından atanmış bir disiplin subayı bulunur. Askeri hâkim sınıfına mensup disiplin subayları, komutanlık ve askeri kurum amirliklerinin aynı zamanda hukuk müşaviridirler*” (477 SK m.6).

Anayasa’nın 145/4. maddesi uyarınca, statü ve özlük hakları hâkim teminatına göre kanunla (357 SK) düzenlenen askeri hâkimler, üçlü kararname ile adli müşavir (disiplin subayı) olarak atanırlar ve bu görevde geçen hizmet süreleri hâkimlik hizmetinden sayılır (357 SK m.39).

Hâkimlik, savcılık ve idari görevler atanma suretiyle yapılabileceğinden, bir askeri mahkemede görevli hâkim veya savcının geçici görevlendirmeye disiplin subaylığını yürütmesi mümkün değildir. Ancak 477 SK’nın 6/2. maddesine göre, refakatinde adli müşavir

¹³³ ASLAN, Muzaffer Yasin; Askeri Yargıda Savcılık, Ankara 1998, s.87.

bulunan kıta komutanlığı veya askeri kurum amirliği teşkilatında kurulan disiplin mahkemelerinde, disiplin subaylığı görevinin adli müşavir veya yardımcıları tarafından yapılması kanuni bir zorunluluk olduğundan bunlar için ayrıca kararname çıkartılmaz¹³⁴.

Teşkilatında disiplin mahkemesi kurulan komutan, subay ve astsubaylar dışındaki asker kişilerin davalarında; disiplin mahkemesini toplama yetkisi (477 SK. m.17/2), açılan disiplin hazırlık soruşturması sonunda bir karar verme yetkisi (477 SK m.15/2) ve disiplin mahkemeleri tarafından verilen hükümlere karşı itiraz yetkisi (477 SK m.30/2) konusunda askeri hâkim sınıfına mensup disiplin subaylarına yazılı yetki verilebilmektedir.

bb. Askeri hâkim sınıfı dışından bir subay olması

“Askeri hâkim sınıfına mensup subaylar arasından atanmış olan disiplin subayının veya bu görevi yapan adli müşavir veya yardımcısının bulunmaması yahut görevini yapmasını engelleyici nedenlerin var olması halinde disiplin subaylığı görevini diğer bir sınıf subayı yapabilir. Bu hallerde disiplin subayı, teşkilatında disiplin mahkemesi kurulan komutan veya askeri kurum amiri ile MSB’lığı Müsteşarı tarafından kıtada an az bir yıl hizmet görmüş olan ve taksirli suçlar dışında bir cürüm ile hükümlü bulunmayan teğmen ile binbaşı rütbesindeki subaylar arasından seçilir” (477 SK m.6/3).

Askeri hâkim sınıfından atanmış bir disiplin subayı yoksa veya görevini yapmasını engelleyici nedenlerin (mesela izin, istirahat vb.) bulunması halinde herhangi bir sınıftan subay, teşkilatında disiplin mahkemesi kurulan kıta komutanı tarafından idari bir emirle disiplin subayı olarak görevlendirilir. Bu şekilde görevlendirilecek subayın teğmen, üsteğmen, yüzbaşı veya binbaşı rütbesinde olması şarttır. Asteğmen rütbesindeki bir yedek subayın disiplin subayı olması mümkün olmadığı gibi, yarbay ve albay rütbelerindeki subaylar da bu göreve seçilemezler. Aksi halde mahkeme kanuna uygun kurulmamış olur¹³⁵.

477 SK’nın 6. maddesindeki düzenlemeden de anlaşılacağı üzere, disiplin subayı olarak bir sınıf subayının görevlendirilmesi istisnai olarak öngörülmüştür¹³⁶. Fakat uygulamada

¹³⁴ ÖZBAKAN, Disiplin, s.45.

¹³⁵ “Albay rütbesinde bir disiplin subayının katılımıyla teşekkül eden mahkeme kanun dairesinde kurulmamış olur” (As.Yrgt.4.D.4.7.1972, E.230, K.249, ÖZBAKAN, Disiplin, s.46).

¹³⁶ “Disiplin subayı ve niteliği” başlığını taşıyan 477 SK’nın 6. maddesi hakkında Senato Geçici Komisyonunun mütalaasında; “Bu tasarıda disiplin mahkemelerinin görev ve yetkisine giren suçlar ile ilgili soruşturmayı yapacak olan kişiye ‘disiplin subayı’ denmiştir. Bu terim mülga 1631 sayılı Askeri Muhakeme Usulü Kanununda kullanılan ve adli amir terimine mütenazır olan adli subay karşılığıdır. Tasarıda disiplin mahkemesi ismine uygunluk sağlamak için ‘adli subay’ yerine ‘disiplin subayı’ kavramı kullanılmıştır. Bu göreve prensip olarak askeri savcı hizmetinden bir askeri savcı veya yardımcısı verilecektir. Atanması askeri savcı olarak değil, disiplin subayı olarak yapılacaktır. Zira askeri savcı yalnız askeri mahkemelerde bulunmaktadır. Disiplin mahkemelerinde kamu davasını takip edecek olanlar nezdinde disiplin mahkemesi

disiplin subaylığı genellikle “*sınıf subayları*” tarafından yerine getirilmektedir. Bu durum kanunun amacına uygun değildir. Zira disiplin subayları, disiplin mahkemelerinde ceza mahkemelerinde bulunan savcının görevlerini yapmaktadırlar¹³⁷.

b. Teşkilatında disiplin mahkemesi kurulan komutan

Disiplin amirinin maiyetinden birinin 477 SK’da düzenlenen bir disiplin suçu işlediğini öğrendikten sonra cezalandırma takdir hakkını kullanmayıp hazırladığı suç dosyasını teşkilatında disiplin mahkemesi kurulan komutanlığa göndermesi üzerine, söz konusu komutan disiplin kovuşturmasının bir süjesi haline gelir.

477 SK’da, teşkilatında disiplin mahkemesi kurulan komutana birçok görevler yüklediği gibi, onu bazı yetkilerle de donatmıştır¹³⁸. Bu görev ve yetkileri;

- Disiplin mahkemesi başkan ve üyeleri ile bunların yedeklerini her yıl Aralık ayında subay ve astsubaylar arasından değiştirilmemek üzere 1 yıl için seçmek (477 SK m.3),

- Askeri hâkim sınıfına mensup subay atanmamış veya görevini yapmasını engelleyici nedenler varsa disiplin subayını seçmek (477 SK m.6),

- Disiplin hazırlık soruşturmasının başlatılmasını emretmek (477 SK m.14/2),

- Disiplin hazırlık soruşturması sonunda görevsizlik, yetkisizlik, takipsizlik kararları vermek, dava açılmasını gerektirir yeterli delil varsa bir iddianame ile disiplin mahkemesinde dava açmak (477 SK m.15),

- Disiplin mahkemesinin toplanması için emir vermek (477 SK m.17) ¹³⁹,

- Seferberlik ve savaşta duruşmanın tatiline karar verilmesini istemek (477 SK m.27),

- Disiplin mahkemesinin kararlarına itiraz etmek (477 SK m.30),

- Disiplin mahkemesince verilen kararın yerine getirilmesini sağlamak (477 SK m.37),

- Disiplin mahkemesince verilen cezanın infazını ertelemek (477 SK m.38) olarak sayabiliriz.

kurulan komutan ve onun yardımcısı durumunda bulunan disiplin subaydır” denilmektedir (**KERSE, Ahmet**; Askeri Yargı Mevzuatı, C.II, İstanbul 1965, s.55).

¹³⁷ **EROĞLU**, agt, s.27; **KOÇYİĞİT**, agt, s.159.

¹³⁸ Ayrıntılı bilgi için bkz. **EROĞLU**, agt, s.29-31.

¹³⁹ Teşkilatında disiplin mahkemesi kurulan komutanın bu yetkisi, Anayasa mahkemesi tarafından Anayasa’ya aykırı bulunmamıştır (Ay.Mah.04.06.1970, E.6, K.29, RG, 31.5.1971, S.13851).

Komutan, sahip olduğu yetkilerle adeta teşkilatında kurulmuş bulunan mahkemenin sahibi gibidir. Disiplin mahkemesi de, komutanın elinin altındaki askeri disiplin ve komutanlık otoritesini sağlayıp, sağlamlaştırmakta kullanılan bir mekanizma konumundadır¹⁴⁰.

c. Disiplin mahkemesi başkan ve üyeleri

Disiplin mahkemesi, biri başkan ikisi üye olmak üzere üç subaydan kurulur. Astsubay, erbaş ve erlerin yargılanmalarında, üyelerden biri astsubaylardan seçilir (477 SK m.2). Bundan maksat, bu kişilerin yargılanmalarında bunların durumlarını yakından tanıyan bir üyenin (astsubayın) mahkeme kuruluna girmesini ve gerektiğinde kurulu aydınlatmasını sağlamaktır.

Başkan ve üyeler ile yedekleri, teşkilatında disiplin mahkemesi kurulan komutan tarafından her yılın Aralık ayında bu mahkemenin yetkisine giren birliklerdeki subay ve astsubaylar arasından kıtaya veya askeri kuruma katılış sırasına göre ve değiştirilmemek üzere bir yıl için seçilirler. Başkan ve üyeleri ile yedeklerin görevlerini yapmalarına sürekli engeller çıktığında yerlerine başkaları seçilebilir (477 SK m.3).

Başkan ve üyelerin en az bir yıl kıta veya askeri kurumlarda hizmet görmüş olmaları, taksirli suçlar dışında bir cürüm ile hükümlü bulunmamaları, sanığın astı olmamaları ve başkanın en az yüzbaşı rütbesinde bulunması şarttır (477 SK m.4). Disiplin mahkemesinin usule uygun oluşturulmaması halinde, verilen karar kanuna mutlak aykırı sayılır¹⁴¹.

1.2.2.2.2. Disiplin mahkemesinin işlevi

477 SK'da düzenlen disiplin suçlarıyla ilgili yargılama yapmak üzere, tugay ve daha büyük (Deniz ve Hava Kuvvetleri ile Jandarma Genel ve Sahil Güvenlik Komutanlığında eşiti) kıta, karargâh ve askeri kurumlar ile MSB'lığı Müsteşarlığı teşkilatında disiplin mahkemesi kurulmuştur. Genelkurmay Başkanlığınca, diğer komutanlıklar, karargâhlar veya askeri kurum amirlikleri teşkilatında da disiplin mahkemesi kurulabilir. Aynı garnizonda birden çok birlik varsa tek disiplin mahkemesi kurulması ile yetinilebilir (477 SK m.1).

¹⁴⁰ EROĞLU, agt, s.31.

¹⁴¹ “Sanık astsubay hakkındaki davada kurula, bir astsubay alınmadan, üç subaydan oluşan heyetle duruşma yapılarak hüküm verilmesi kanuna aykırıdır” (As.Yrgt.1.D. 3.5.1971, E.181, K.179, ÖZBAKAN, Disiplin, s.40); “Uzman çavuş rütbesini taşıyan sanığın hakkında yargılama yapıp hüküm kuran disiplin mahkemesi heyetinin 3 subaydan oluşturulması kanuna mutlak aykırılık teşkil etmektedir” (As.Yrgt.3.D. 6.2.2007, E.268, K.260, AYKD, S.21, 2008, s.701-703).

Anayasa'nın 145. maddesinde, askeri yargının, askeri mahkemeler ve disiplin mahkemeleri tarafından yürütüleceği belirtilmiştir¹⁴². Disiplin mahkemeleri, “*bozulan disiplinin en kısa zamanda iadesi*” gibi bir amaçla kurulmuştur¹⁴³.

Hazırlık soruşturmasının başlamasının komutanın emrine bağlı olması, disiplin subayının suçüstü durumlarında bile kendiliğinden harekete geçememesi, mahkeme heyetini Komutanın belirlemesi, hazırlık soruşturması sonunda dava açılıp açılmamasına komutanın karar vermesi, mahkemeyi komutanın toplaması, mahkeme kararlarına karşı temyiz yolunun bulunmaması, mahkeme heyetinde görevli subayların hukuki bilgi ve teminatlarının olmaması gibi hususlar göz önüne alındığında disiplin mahkemelerinin bağımsızlık ve tarafsızlıklarının bulunmadığı, böyle yargılama yapan organın da “*mahkeme*” sayılamayacağı açıktır. Disiplin mahkemelerinin isimleri “*mahkeme*” olsa da, sadece 477 SK'da düzenlenen disiplin suçlarında disiplin kovuşturması yapma ve cezalandırma yetkisine sahip bir kamusal makam (disiplin kurulu) olduğunu söyleyebiliriz¹⁴⁴.

1.2.2.2.3. Askeri Yargıtay ve AYİM Kanunlarına göre

Askeri Yargıtay Başkanı, Başsavcısı, İkinci Başkanı, daire başkanları ve üyelerinin hâkimlik ve askerlik vakar ve onuruna dokunan, şahsi haysiyet ve itibarını kıran veya görev gereklerine uymayan davranışlarından dolayı haklarında disiplin kovuşturması yapan yüksek disiplin kurulu, bu kişilere uyarma, kınama veya meslekten çekilmeye davet disiplin cezaları verebilir (1600 SK m.34). Benzer düzenleme 1602 SK'da da bulunmaktadır.

1600 SK'nın 9. maddesinde, Askeri Yargıtay'da görev yapan başkan ve üyelerin disiplin suçlarında karar verecek olan yüksek disiplin kurulunun, Askeri Yargıtay Başkanı, Başsavcısı, İkinci Başkanı ve daire başkanlarından oluşacağı düzenlenmiştir. 1602 SK'nın 18. maddesinde

¹⁴² 1961 Anayasası'nın 138. maddesinde, askeri mahkemelerden ayrı olarak, disiplin mahkemelerinin de öngörülmesi, Temsilciler Meclisinin hazırladığı tasarının Milli Birlik Komitesince değiştirilmesinden sonra gerçekleşmiştir. Askeri mahkemelerde üyelerin çoğunun hâkimlik niteliğine sahip olmaları hakkındaki düzenleme uzun tartışmalardan sonra Temsilciler Meclisinde kabul edilince, Milli Birlik Komitesi sadece asker kişileri yargılamak ve yalnız askerlerden kurulu olmak üzere disiplin mahkemelerinin kurulmasını uygun bulmuş ve teklifin Temsilciler Meclisinde kabul edilmesi üzerine 138. madde değiştirilmiştir (ERMAN, age, s.334); Ayrıntılı bilgi için bkz. KERSE, age, C.I, s.6-25.

¹⁴³ Disiplin mahkemelerinin kuruluş amacı 477 SK'nın genel gerekçesinde şu sözlerle açıklanmaktadır; “*Askerliğin temeli olan disiplinin sağlanması ve korunması askeri yargının başlıca görev ve gayesidir. Bu görev halen askeri mahkemeler ile disiplin cezası vermek yetkisini haiz disiplin amirlerince sağlanmaktadır. Ancak askeri mahkemelerin yetkisine dâhil bulunan ve disiplini çok yakından ilgilendiren bazı suçların soruşturma ve yargılanmaları kısa zamanda bitirilememektedir. Hâlbuki suç teşkil eden bir fiilin işlenmesi ile bozulan disiplinin mümkün olan en kısa zamanda iadesi; askerliğin niteliği ve kamu güvenliğini çok yakından ilgilendirmesi yönünden, adi suçlar sebebiyle bozulan sosyal nizamın iadesinden çok daha önemlidir. Bu nedenle disiplin suçlarına bakacak ve disiplin işleri ile çok daha yakın ilgileri bulunan askerlerden teşekkül edecek disiplin mahkemeleri kurulması gerekli görülmüştür*” (KERSE, age, C.I, s.2; ÖZBAKAN, Disiplin, s.13).

¹⁴⁴ YILDIRIM, agm, s.111.

de, AYİM’de görev yapan Başkan ve üyelerin disiplin suçlarında karar verecek olan yüksek disiplin kurulunun; Başkan, Başsavcı, daire başkanları ve mahkemenin en kıdemli bir üyesinden oluşacağı düzenlenmiştir.

1.2.2.2.4. Öğrenci mevzuatına göre

Askeri öğrenciler için 4566 sayılı Harp Okulları Kanunu, 2955 sayılı Gülhane Askeri Tıp Akademisi Kanunu, 4752 sayılı Astsubay Meslek Yüksek Okulları Kanunu’nun ilgili maddelerinde düzenlenen okulla ilişkin kesilmesi cezasının disiplin kurullarınca verilebileceği belirtilmiştir. Okul disiplin kurulları genellikle, Okul Komutanı, Öğretim Başkanı, Tabur Komutanı, Bölük Komutanı ve Disiplin Subayı gibi görevlilerden oluşmaktadır.

1.3. DİSİPLİN SUÇLARININ TANIMI VE DÜZENLENİŞ ŞEKLİ

Disiplin suçunu tanımlamadan önce suç kavramını açıklayalım.

1.3.1. Suç Kavramı

Hukuka aykırılık, genel olarak, hukuk kurallarıyla çatışma içinde olmayı, hukuk düzenini ihlal etmeyi ifade eder. Hukuka aykırı fiillerin önemli bir kısmını ceza hukukuna göre suç sayılan fiiller oluşturur. Ancak, hukuka aykırılık, suç kavramını aşan daha kapsamlı bir içeriğe sahiptir. İdari yaptırım gerektiren fiiller de, haksız fiiller gibi ceza hukukuna göre suç oluşturmamakla birlikte hukuka aykırı nitelik taşırlar¹⁴⁵.

Ceza hukuku açısından suç oluşturmayan, ancak hukuka aykırı nitelik taşıyan fiiller içinde, özellikleri itibarıyla suçlara en fazla yakınlık gösteren grup disiplin suçlarıdır¹⁴⁶. Bu nedenle ceza ve ceza usul hukukunun birçok müessesesi yargısal içtihat yoluyla disiplin suç ve cezaları alanında da uygulanmaktadır¹⁴⁷.

Ceza hukukunda “suç” kavramının yasal bir tanımı bulunmamaktadır. Sözlük manası; isim olarak, törelere, ahlak kurallarına aykırı davranış, hukuki olarak ise, yasalara aykırı davranış, cürümdür¹⁴⁸. Hukuki olarak, “*hukuk düzeninin, sonucunu bir cezaya bağladığı fiiller*” veya “*ahlak düzenini ağır bir şekilde bozduğu için Devletin hoş görmediği bir fiil*” şeklinde basit tanımları da vardır¹⁴⁹.

¹⁴⁵ ALACAKAPTAN, Uğur; Suçun Unsurları, Ankara 1973, s.11. Hukuka aykırı fiillerin bu şekilde tasnifi kesin bir nitelik taşımamaktadır. Ceza hukukuna göre suç oluşturan bir fiilin aynı zamanda disiplin suçu ya da haksız fiil oluşturmaması da mümkündür. Bu tür durumlarda ceza kovuşturması ile disiplin kovuşturması arasında ortaya çıkacak ilişki Üçüncü Bölümde ele alınacaktır.

¹⁴⁶ SAĞLAM, agt, s.5.

¹⁴⁷ GÖZÜBÜYÜK, A.Şeref/TAN, Turgut; İdare Hukuku, Genel Esaslar, C.I, Ankara 2004, s.926.

¹⁴⁸ TÜRKÇE SÖZLÜK, s.1815.

¹⁴⁹ KOÇYİĞİT, agt, s.5.

Suç, toplumsal düzenin devamı açısından korunması gereken hukuki değerlerin açık ve bilinçli bir ihlali veya en azından bu değerleri korumaya yönelik kurallara özensizlik niteliği taşıyan insan davranışlarıdır. Böylece, ancak haksızlık teşkil eden insan davranışları, kanunlarda suç olarak tanımlanabilir¹⁵⁰

Basit bir şekilde kanunun cezalandırdığı fiil olarak da tanımlanan¹⁵¹ “suç” kavramı, bazı yazarlarca¹⁵² suçun unsurlarını de içerecek şekilde şöyle tanımlamaktadır; “Suç, sorumlu bir kimse tarafından, müspet veya menfi bir hareketle meydana getirilen, ceza tehdidi taşıyan bir kanunda yazılmış tarife uygun ve hukuka aykırı olan bir fiildir”.

1.3.2. Disiplin Suçunun Tanımı

Genel anlamda suç oluşturmayan bazı davranışlar, ceza hukukunda uygulanan yaptırımlara benzer bir yaptırımla karşılaşırlar. Ancak bu yaptırımlar kişi bakımından adli cezaların sonuçlarını doğurmaz. Disiplin suçları da bu tür yaptırımları gerektiren hukuka aykırı fiillerdendir.

Sözlükte disiplin suçu; bir kimsenin eğitim ve iş hayatında disiplin yönetmeliğine aykırı davranışı olarak ifade edilmektedir¹⁵³. Doktrinde ise, Devletten daha küçük sosyal grupların düzenini sağlayan, grup içi disiplini gerçekleştiren normlardan sapıcı davranışlar¹⁵⁴; belirli bir statü içindeki kişilerin bu statüyü düzenleyen kurallara uymamalarından doğan olumsuz durumlar¹⁵⁵, belli bir örgüt içinde bulunan kişilerin, o örgütün iç düzenine aykırı fiilleri¹⁵⁶ şeklinde tanımları yapılmıştır. Disiplin suçu, genellikle bir kişinin kendi rızasıyla tabi olduğu belirli bir topluluğa karşı olan özel bir bağlılık yükümüne karşı gelmesi halinde ortaya çıkar¹⁵⁷.

Bilindiği gibi, kamu görevlileriyle idare arasında da özel bir ilişki vardır. Bu özel ilişki veya statü durumunun sonucu olarak, idare disiplin suçu işleyen kamu görevlisine yaptırım uygulama yetkisine sahiptir. Bu yetki genel anlamda idarenin disiplini sağlama yetkisidir¹⁵⁸. Disiplin suçu olarak adlandırılan suçlar, bu statünün gerektirdiği ödev ve yükümlülükleri

¹⁵⁰ ÖZGENÇ, İzzet; Türk Ceza Kanunu Gazi Şerhi, 3. Bası, Ankara 2006 (Şerh), s.66.

¹⁵¹ YÜCE, Turhan Tufan; Ceza Hukukunun Temel Kavramları, Ankara 1985, s.19.

¹⁵² DÖNMEZER, Sulhi/ERMAN, Sahir; Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku, Genel Kısım, C.I, 14. Bası, İstanbul 1997, s.311.

¹⁵³ TÜRKÇE SÖZLÜK, s.539 (madde: Disiplin suçu).

¹⁵⁴ İÇEL, Kayıhan/DONAY, Süheyl; Ceza Hukuku Genel Kısım, 1. Kitap, 3. Bası, İstanbul 1999, s.3.

¹⁵⁵ DİLEK, Muzaffer; “Memur Disiplin Hukukunun ve Disiplin Soruşturmasının Temel Esasları”, TİD, S.424, Haziran 1999, s.27.

¹⁵⁶ MAHMUTOĞLU, Fatih Selami; Kabahatleri Suç Olmaktan Çıkarma Eğilimi ve İdari Para Cezası, İstanbul 1995, s.134; YILDIRIM, Ramazan; “Disiplin Hukukunda Temel Hak Ve Özgürlüklerin Korunma Yöntemleri”, Polis Dergisi, Y.9, S.36, 2003, (Disiplin), s.206.

¹⁵⁷ ASLAN, age, s.27; EROĞLU, agt, s.9.

¹⁵⁸ ÖZAY, İl Han; İdari Yaptırımlar, İstanbul 1985, s.43; YILDIRIM, age, s.211; ASLAN, age, s.26.

yapmamak biçiminde ortaya çıkarlar. Bu yönüyle disiplin suçları, kamu görevlisinin içinde bulunduğu idareye taahhüt ettiği özel bağlılık yükümlülüğüne uymaması ve o idari birimin içinde kabul edilmiş olan düzen kurallarına aykırı davranışlarıdır¹⁵⁹.

Mevzuat hükümlerine baktığımızda, disiplin suçunun, 477 SK'nın 41. maddesinde; *“Bu kanunun oda hapsi veya göz hapsi ile cezalandırdığı fiil”* şeklinde tanımlandığını görürüz. 657 SK'nın 124/2. maddesinde de; *“Kanunların, tüzüklerin ve yönetmeliklerin Devlet memuru olarak emrettiği ödevleri yurt içinde veya dışında yerine getirmeyenlere, uyulmasını zorunlu kıldığı hususları yapmayanlara, yasakladığı işleri yapanlara disiplin ceza(sı) .. verilir”* şeklinde disiplin suçu teşkil edebilecek hal ve hareketlerin ne tür durumlardan kaynaklanabileceği genel olarak belirtilmiştir.

Disiplin suçlarının belirlenmesi konusunda mevzuatımızda bir yeknesaklık bulunmamaktadır. Bazı mevzuat hükümlerinde yer alan ve kıyas yoluyla yeni disiplin suçu yaratılmasına imkân tanıyan torba suç kurallarıyla, hem farklı uygulamalara yol açılmış, hem de güvencesiz bir durum ortaya çıkarılmıştır¹⁶⁰. Bu durumun sakıncalarına ve kanunilik ilkesi açısından değerlendirilmesine İkinci Bölümde geniş olarak yer verilecektir. Şimdi tarihi süreci de dikkate alarak askeri disiplin mevzuatımızda disiplin suçlarının düzenleniş şeklini ortaya koymaya çalışalım.

1.3.3. Disiplin Suçlarının Düzenleniş Şekli

TSK'da disiplin suçlarının düzenleniş şeklini, AsCK, 477 SK, 657 SK, 357 SK, 1600 SK ve 1602 SK yönünden ayrı ayrı ele almak gerekmektedir.

1.3.3.1. Askeri Ceza Kanununda düzenlenen disiplin suçları

AsCK'da, disiplin cezalarını gerektiren fiiller, *“disiplin kabahatleri”* ve *“disiplin tecavüzleri”* olmak üzere iki grupta toplanmıştır.

1.3.3.1.1. Disiplin tecavüzleri

AsCK'nın 162. maddesinde, disiplin tecavüzü; *“askeri terbiyeyi bozan ve hiçbir ceza kanununun maddelerine uymayan fiiller ve tekasüller”*¹⁶¹ şeklinde tanımlanmıştır. 477 SK yürürlüğe girmeden önce askeri disiplin suçlarının tümü AsCK'da düzenlendiğinden, disiplin

¹⁵⁹ DÖNMEZER/ERMAN, age, C.I, s.340; YILDIRIM, age, s.212; SOYASLAN, Doğan; Yürütme Organının Suç ve Ceza Koyma Yetkisi, İstanbul 1990, s.113; AKYILMAZ, age, s.384.

¹⁶⁰ SAĞLAM, agt, s.8.

¹⁶¹ Tekasül; göreve karşı gevşek davranma, görevin gereklerini yapmada üşengeçlik gösterme (ÖZBAKAN, Hulusi; Silahlı Kuvvetler Hukuk Rehberi, Ankara 1989, (Rehber), s.273).

tecavüzünün tanımı yapılırken, “*ceza kanunlarında düzenlenmeyen fiiller*” olduğu belirtilmiştir. 477 SK’da da disiplin suçları düzenlendiğinden, disiplin tecavüzünü; “*hiçbir ceza kanununda ve 477 SK’da düzenlenmeyen fiil ve tekasüller*” olarak tanımlamak daha uygun olacaktır.

Hiçbir kanunda suç olarak tanımlanmamakla beraber, askeri terbiye ve disiplini bozan fiil ve savsaklamalar, disiplin tecavüzleridir¹⁶². Örneğin, kılık-kıyafetin bozuk olması, mesaiye geç gelmek, basit saygısızlık, birliğinden izinsiz ayrılmakta iken yakalanmak, haklı olan şikâyetini belirli usul ve yollara uymayarak yapmak, kıyafet kararnamesine aykırı giyinmek, göreve geç gelmek, selamlamada kusur, temizlik ve düzen kurallarına uymamak, emirleri hoşnutsuzlukla karşılamak gibi davranışlar birer disiplin tecavüzüdür¹⁶³.

AsCK’nın 162/1-A. maddesindeki düzenleme nedeniyle “*disiplin tecavüzü*” adı altında sınırları ve unsurları belli olmayan bir disiplin suç kategorisi yaratılmıştır¹⁶⁴. Hangi fiillerin disiplin tecavüzü oldukları ve bunların sayıları belli değildir. Bu konudaki tek ölçüt; fiilin askeri terbiyeyi bozması ve hiçbir yaptırım içeren kanun maddelerine uymamasıdır. Disiplin amirleri, mahiyetinin herhangi bir hareketini askeri terbiyeyi ve disiplini bozduğu gerekçesiyle disiplin tecavüzü olarak nitelendirip cezalandırabilmektedir.

1.3.3.1.2. Disiplin kabahatleri

AsCK’nın 162/1. maddesinde; “*AsCK’nın 18. maddesinde yazılı olan fiillerin hafif halleri*”nin disiplin kabahati olduğu belirtilmiştir. Bu nedenle önce askeri kabahatlerle farkını ortaya koymak gerekir.

1.3.3.1.2.1. Askeri kabahat - disiplin kabahati ayrımı

765 sayılı TCK’nun 1. maddesinde suçlar, cürüm ve kabahat olarak ikiye ayrılmıştı. Bu doğrultuda AsCK’nın 1. maddesinin 2. fıkrasında da, “*askeri suçlar*”¹⁶⁵; “*askeri cürüm*” ve “*askeri kabahat*” olarak ikiye ayrılmıştır¹⁶⁶.

¹⁶² YILDIRIM, agm, s.85.

¹⁶³ ÖZBAKAN, Disiplin, s.121; POLATCAN, age, s.414; EROĞLU, agt, s.43.

¹⁶⁴ EROĞLU, agt, s.43.

¹⁶⁵ Askeri suçlar; unsurlarının ve cezalarının tamamı AsCK’da yazılı olan suçlar, unsurları kısmen AsCK’da gösterilen suçlar ve TCK’na atıf sureti ile askeri suç haline getirilen suçlardır (As.Yrgt.İBK.20.06.1975, E.6, K.4, AYKD, 1997, s.275-281; Uy.Mah. 05.12.1997, E.43, K.57, RG, 27.01.1998, S.23243). Bunlardan, sadece asker kişiler tarafından askeri bir hizmet veya görevin ihlali sureti ile işlenip de bu sıfatı sahip olmayan kimseler tarafından işlenmesi mümkün olmayan ve genel ceza yasasında kısmen ya da tamamen öngörülmemiş suçlar sırf askeri suçtur (ERMAN, age, s.151).

¹⁶⁶ AsCK’nın 1. maddesinde askeri suçlar, askeri cürümler ve kabahatler olarak ikiye ayrıldığı halde, bazı yazarlar (ERMAN, age, s.142; ÇELEN, Askeri, s.19-23; ÖZBAKAN, AsCK, s.16,17; POLATCAN, age, s.248-250; KARDAS/ÇINGİ, age, s.1-2; SÖNMEZ, agt, s.13-24; BİLGİN, age, s.12) tarafından disiplin suç-askeri suç ayrımı gözardı edilerek askeri suçların; “*askeri cürüm*”, “*askeri kabahat*” ve “*disiplin suç*” olarak üçe ayrıldığı belirtilmektedir.

AsCK'nun 1. maddesinin 2.fıkrasına göre; “1) Bu Kanunun ölüm¹⁶⁷, ağır hapis¹⁶⁸ ve hapis cezalarıyla cezalandırdığı suçlar askeri cürümlerdir. 2) Bu Kanunun kısa hapis¹⁶⁹ cezasıyla cezalandırdığı suçlar askeri kabahatlerdir”.

AsCK'nın 1. maddesi, Kanunun kısa hapisle cezalandırdığı suçların askeri kabahat olduğunu belirtmiş, 18. maddesinin 2. fıkrasında da askeri kabahatlerin disiplin amirleri tarafından disiplin cezasıyla cezalandırılabilceği belirtilmiştir. AsCK'nın 162/1. maddesinde “AsCK'nın 18. maddesinde yazılı olan fiillerin hafif halleri”nin disiplin kabahati olduğu belirtilmiştir. Askeri kabahatler, AsCK'nın 1. Kısmında “Askeri suçlar ve kabahatler ve cezalar” başlığı altında, disiplin kabahatleri ise 2. Kısmında “disiplin cezaları” başlığı altında düzenlenmiştir. Belirtilen düzenlemeler karşısında “askeri kabahat” ile “disiplin kabahati”nin aynı anlama gelmedikleri anlaşılmaktadır¹⁷⁰.

Disiplin kabahatleri, AsCK'nın 18. maddesinde yazılı askeri kabahatlerden ibaret olup, işleniş tarz ve şekilleri veya meydana getirdikleri sonuçlar bakımından nispeten hafif sayılabilecek fiillerdir. Askeri disiplin suçlarının tümü, 477 SK'nın yürürlüğe girmesine kadar AsCK'da düzenleniyordu. 1961 Anayasası'nın 138. maddesinde askeri yargının, askeri mahkemeler ve disiplin mahkemeleri tarafından yürütüleceği hükmü düzenlendikten sonra, AsCK'da yer alan askeri kabahatlerin çoğu 477 SK tarafından düzenlenerek “disiplin suçu” haline getirilmiş ve bu şekilde disiplin suçu haline getirilen askeri kabahatler hakkında AsCK'da yer alan hükümler kısmen veya tamamen ilga edilmiştir. Bugün için AsCK'da düzenlenen askeri kabahatlerin alanı oldukça daralmıştır. Bunun sonucu olarak da AsCK'nın uygulanmasında artık disiplin kabahatlerinin de uygulama yerinin kalmadığını söyleyebiliriz¹⁷¹.

Disiplin kabahatleri, askeri kabahatlerin hafif halleri olduğundan şimdi yürürlükteki askeri kabahatleri inceleyelim.

1.3.3.1.2.2. Yürürlükteki askeri kabahatler

AsCK'nın 18. maddesinde askeri kabahatler; “A: 82, 96 ve 136 ncı maddelerin 1 numaralı ve 93, 116, 117 ve 150 nci maddelerin 2 numaralı fıkralarında, B:68, 83, 86, 108, 130, 137 ve 145 inci maddelerde yazılı kısa hapis cezaları” şeklinde belirlemiştir.

¹⁶⁷ Ölüm cezası, 2004 tarihli 5170 SK'la Anayasa'nın 38. maddesinde yapılan değişiklik sonucu tamamen kaldırılmıştır. Ancak henüz AsCK'da değişikliğe gidilmediğinden ölüm cezası madde metinlerinde muhafaza edilmekle birlikte her hangi bir uygulama kabiliyeti kalmamıştır.

¹⁶⁸ Ağır hapis cezası, 2004 tarihli 5252 SK'la hapis cezasına dönüştürülmüştür (RG, 13.10.2004, S.25642).

¹⁶⁹ Kısa hapis cezaları iki türdür; 1. Göz hapsi, 2. Oda Hapsi (AsCK m.23/A).

¹⁷⁰ “Askeri kabahatler, AsCK'nın 49. maddesi gereğince TCK'daki kabahat zamanaşımına tabi olduğundan, AsCK'nın 179. maddesinde yazılı olan disiplin kabahatlerine ait zamanaşımının bu suçlarda uygulanması mümkün değildir” (As.Yrgt.2.D. 19.1.1956, E.1955/3571, K.1956/217, ÖZBAKAN, AsCK, s.428).

¹⁷¹ ÖZBAKAN, AsCK, s.404.

AsCK'nın 18. maddesinin (A) bendinde yazılı askeri kabahat olan suçlardan, amire veya üste saygısızlık (82/1), hoşnutsuzluk yaratmak (96/1), nöbet talimatına aykırı hareket (136/1-B) ve asarı gizlenemeyen sarhoşluk, yasak yerlere girme ve kumar oynamak (150/2) suçları ile (B) bendinde yazılı olanlardan kısa süreli kaçma veya izin tecavüzü (68), bilerek doğruyu söylememek (83), emre itaatsizlik (86), hizmetle ilgisi olmayan emir vermek, astından hediye istemek veya borç almak (108), hizmete mahsus eşyanın harap olmasına neden olmak veya kaybetmek (130) ve astını gözetim görevinde ihmal ve kusurlu davranmak (145) suçlarında kısa hapis cezasını gerektirenler 477 SK tarafından ictibas edilmekle, “*disiplin suçu*” olarak yeniden düzenlenmişler ve AsCK yönünden uygulanma imkânları kalmamıştır¹⁷². Bu yüzden 68, 82 ve 130. maddeler 22.03.2000 tarihli 4551 SK'la değiştirilerek, bu maddelerde yazılı suçlardan dolayı kısa hapis cezası verilebilmesi imkânı kaldırılmıştır. Aynı Kanunla AsCK'nın 83 ve 86. maddeleri de yürürlükten kaldırılmıştır.

Kanaatimizce, AsCK'nın 18. maddesinin (A) bendinde yazılı suçlardan, 93/2, 117/2, 145 ve 150/2. maddelerde yazılı olan fiillerin hafif halleri ile (B) bendinde yazılı olanlardan 137. maddede yazılı kısa hapis cezasını gerektiren fiiller halen askeri kabahat niteliğini korumaktadır¹⁷³. Şimdi yürürlükte olan ve uygulaması da pek bulunmayan askeri kabahatleri ayrıntıya girmeden kısaca inceleyelim.

a. Neticesiz tahrik

AsCK'nın 93/1. maddesine göre, askeri şahıslardan birini, amirine veya üstte karşı itaatsizliğe, direnmeye, fiilen taarruza sevk ve tahrik eden kişi “*muharrik*” sayılmaktadır. Muharrikin tahrikine rağmen suç işlenmemişse, AsCK'nın 93/2. maddesi uyarınca failin kısa hapisle cezalandırılacağı düzenlenmiştir. Bu durumda fiil askeri kabahat niteliğindedir.

Tahrikçinin amacı, asker kişiye, maddede sayılan askeri suçları işletmektir. Kendisi, söz konusu suçları işlemez. Burada iki ayrı fail ve iki ayrı suç vardır. İlk fail, kışkırtıcılık yapan ya da tahrik edendir. İkinci fail ise, kışkırtılan kişidir. İlk suç kışkırtıcılık fiili, ikinci suç ise kışkırtma etkisiyle işlenen emre itaatsizlik, mukavemet veya üste fiili taarruz fiilleridir. Eğer ikinci fail, tahrike kapılarak söz konusu suçları işlemeye teşebbüs etmişse, tahrikçinin fiili askeri cürüm olacaktır.

¹⁷² YILDIRIM, agm, s.106; EROĞLU, agt, s.38.

¹⁷³ BİLGİN, age, s.51-52; KOÇYİĞİT, AsCK'nın 136/1-C. maddesinin askeri kabahat olduğunu belirtmekte, 477 SK'nın 56. maddesinin nöbet yerini terk ve başka surette nöbet talimatına aykırı hareket edenlerin bu fiillerinden dolayı hizmet aksamış veya maddi zarar doğmamışsa uygulanacağını, hizmet aksamış veya maddi zarar doğmuş ise AsCK'nın 136/1-C. maddesinin uygulanması gerektiğini, ancak AsCK'nın 136/1-C. maddesindeki “*on dört günden az olmamak üzere katıksız hapis veya*” ifadesinin 4551 SK'la yürürlükten kaldırıldığı için bu durumda ne ceza verileceğinin belirsiz olduğunu iddia etmektedir (KOÇYİĞİT, agt, s.15). Ancak, 4551 SK'la yapılan değişiklik sonrası maddede düzenlenen suçun cezası “*iki seneye kadar hapis*” olduğundan askeri kabahat olduğunu savunmak mümkün değildir.

b. Asta müessir fiilin az vahim hali

AsCK'nın 117/1. maddesinde, astını kasten itip kakan, döven veya sair suretle eza verecek veya sıhhatini bozacak hallerde bulunan amir veya üstün iki seneye kadar cezalandırılacağı düzenlenmiştir. Maddenin 2. fıkrasında ise, söz konusu fiilin az vahim halinde kısa hapis cezası verileceği düzenlenmiştir. Bu durumda asta müessir fiilin az vahim hali askeri kabahat niteliğindedir.

Acaba, bir asta müessir fiil suçu işlendiğinde, söz konusu fiilin askeri cürüm olan vahim hal mi, yoksa askeri kabahat olan az vahim hal mi olduğunu kim belirleyecektir? Bunu belirleyecek kişi, asta müessir fiil suçunu işleyen kişinin disiplin amiridir¹⁷⁴. Eğer asta müessir fiil vahim boyutta ise, disiplin amiri faile disiplin cezası veremeyecektir. Asta müessir fiil az vahim boyutta kaldıysa, disiplin amiri isterse kendisi cezalandırabilir, isterse de suç dosyası tanzim edip teşkilatında askeri mahkeme bulunan komutanlığa gönderebilir. Eğer failin amiri bu belirlemede hata yaparsa, disiplin amiri tarafından hatayla verilen ve çektirilen cezalar, AsCK'nın 180. maddesine göre askeri mahkeme tarafından hükmedilecek cezadan indirilir¹⁷⁵.

c. Mayup kimselere refakatin az vahim hali

AsCK'nın 150/1-C. maddesinde, askeri elbise ile halk nazarında mayup¹⁷⁶ görülen kimselere bilerek refakat eden askeri şahısların 1 aydan 6 aya kadar cezalandırılacakları düzenlenmiştir. Maddenin 2. fıkrasında ise, mayup kimselere bilerek refakatin az vahim halinde kısa hapis cezası verileceği belirtilmiştir. Böylece fiilin az vahim hali askeri kabahat niteliğini korumaktadır.

Mayup kimseler, asker kişinin bulunduğu muhitin değer ve adetlerine göre halkın çoğunluğunun ayıpladığı ve arkadaşlığından ve birlikte olmaktan kaçındığı kişilerdir¹⁷⁷. Örneğin, hayatlarını fahişlikle veya dilencilikle kazananlar gibi.

¹⁷⁴ YILDIRIM, agm, s.107.

¹⁷⁵ “Sanığa isnat edilen asta müessir fiilinin oluşu ve sonucu itibarıyla AsCK'nın 117. maddesinin 2. fıkrası içinde kabulü mümkün görülmediğinden, disiplin amiri tarafından hatayla hükmedilmiş ve çektirilmiş olan üç günlük göz hapsi cezasının AsCK'nın 180. maddesi gereğince hükmedilecek cezadan indirilmesinde hata yoktur” (As.Yrgt. 4.D.3.11.1987, E.577, K.547, AYKD, S.6, 1990, s.269).

¹⁷⁶ Mayup; ayıplanmış, kusurlu, eksikli anlamına gelir (ŞAFAK, Ali; Hukuk Terimleri Sözlüğü, Ankara 1992, s.308).

¹⁷⁷ YILDIRIM, agm, s.109.

d. Tekasülle silah ve harp malzemelerini hasara uğratmak

AsCK'nın 137. maddesinde, hizmette tekâsülle her türlü silah ve harp malzemesinin mühimce hasara uğramasına sebep olan kişinin kısa hapis veya üç seneye kadar hapsolunacağı düzenlenmiştir. Kısa hapisle cezalandırılma durumunda fiil askeri kabahat niteliğindedir.

AsCK'nın 137. maddesindeki düzenlemeden, hangi hallerde kısa hapis cezası verileceği anlaşılamamaktadır. Dolayısıyla, ihmal sonucunda silah ve harp araç ve gereçlerini hasara uğratmanın hangi hallerde askeri suç, hangi hallerde de askeri kabahat olduğu belli değildir. Failin durumu, fiilin işleniş şekli ve meydana gelen hasarın miktarına bakılarak belirlenecektir.

Madde metninde geçen “*mühimce hasar*” deyimi, askeri aracın hareket kabiliyetini ve savaş gücünü etkileyecek ve onu hizmet dışı bırakacak nitelikteki hasarlardır. Eğer askeri araçta meydana gelen hasar mühim değilse ihmal suretiyle hasar verme fiili, 137. madde kapsamındaki askeri suç veya askeri kabahati değil, 477 SK'nın 52. maddesindeki disiplin suçunu oluşturur.

e. Astının suçu hakkında kasten takibat yapmamak

AsCK'nın 145. maddesinde, astının suç teşkil eden fiilleri hakkında kasten kanuni takibatta bulunmayan üstün kısa hapis ile veya altı aya kadar hapis ile cezalandırılacağı düzenlenmiştir. Kısa hapisle cezalandırılma durumunda fiil askeri kabahat niteliğindedir.

Bir asker kişinin suç teşkil eden fiiliyle ilgili yasal işlem yapmaya amiri yetkili olduğundan maddede “*mavefk (üst)*” kelimesinin kullanılması yanlıştır¹⁷⁸. Nitekim uygulamada bu suçun faili “*üst*” yerine “*amir*” olarak anlaşılmaktadır. Bir astın suç teşkil eden fiilinin herhangi bir üst tarafından görülüp, yetkili amire bildirilmemesi durumunda 477 SK'nın 54. maddesinde düzenlenen suç oluşabilecektir¹⁷⁹.

1.3.3.2.2.3. Disiplin kabahatlerin cezalandırılması usulü

Yukarıda saydığımız halen askeri kabahat niteliğini koruyan fiillerin hafif halleri disiplin kabahatidir. AsCK'nın 18. maddesinde yazılı kabahatlerden 477 SK'ya alınanların (82/1, 96/1, 136/1, 150/2, 68, 83, 86, 108, 130) daha hafif hallerinin işlenmesi durumunda söz konusu fiillerin de disiplin kabahati oluşturacağını savunanlar¹⁸⁰ bulunmaktadır. Ancak 477 SK'da

¹⁷⁸ KARDAS/ÇINGİ, age, s.1021.

¹⁷⁹ “Bir erin bir onbaşıya vurduğu kendisine bildirilen sanığın kendi bataryasında olmayan astı olan erin suçuyla ilgili olarak bu erin görevli olduğu birlik komutanlığına bildirimde bulunmaması 477 SK'nın 54. maddesinde düzenlenen ‘astının suçunu haber vermemek’ suçunu oluşturur” (As.Yrgt.Drl.Krl. 22.2.2001, E.20, K.23, AAD, S.114, Y.30, Mayıs 2002, s.166-168).

¹⁸⁰ ÖZBAKAN, Disiplin, s.121; KOÇYİĞİT, agt, s.15.

düzenlenen disiplin suçlarının hafif hallerinin kanun koyucu tarafından düzenlenmeyerek disiplin suçu kapsamı dışına çıkarıldığı, disiplin suçu kapsamına alınmayan bir fiilin disiplin kabahati olarak nitelendirilmesinin ve disiplin amiri tarafından cezalandırılmadığı takdirde askeri mahkemenin görev alanına giren bir fiil olduğunu söylemenin pek mantıklı olmadığı, bu fiillerin ancak disiplin tecavüzü kapsamında cezalandırılabileceği kanaatindeyiz.

Disiplin kabahatinde failin cezalandırılması zorunludur. Ancak disiplin cezası ile cezalandırılması veya suç dosyası hazırlayıp teşkilatında askeri mahkeme bulunan komutanlığa sevk disiplin amirinin takdirine bağlıdır. Disiplin amiri, fiilin niteliğini ve etkilerini, failin kimliğini ve kişiliğini, çevrenin durumunu ve tepkilerini göz önüne alarak değerlendirme yapar.

Disiplin kabahati nedeniyle disiplin amiri tarafından faile verilecek disiplin cezası ancak kısa haptir¹⁸¹. Kısa hapis cezaları oda hapsi ve göz hapsidir. Askeri mahkemede yapılan yargılama sırasında fiilin kabahat olduğu anlaşılırsa, askeri mahkeme de sanığın kısa hapis cezası ile cezalandırılmasına karar verebilir¹⁸².

Disiplin amiri, failin fiilini kabahat kapsamında görüp ceza verdikten sonra mahkemeye sevk edemez. Sevk etmişse ve fiil kabahat niteliğindeyse, mahkemece davanın reddine karar verilmesi gerekir¹⁸³.

1.3.3.2.2.4. Disiplin kabahatleri ile disiplin tecavüzleri arasındaki farklar

AsCK'da düzenlenen disiplin kabahatleri ile disiplin tecavüzleri, aslında genel anlamda disiplin suçlarıdır. Bu nitelikleri nedeniyle disiplin amirlerinin cezalandırma yetkisi içine girerler. Ancak aralarında çeşitli farklar bulunmaktadır.

a. Yasal düzenleme bulunması bakımından

Yukarıda da belirtildiği üzere, disiplin kabahatleri, aslında AsCK'nın 18. maddesinde yazılı askeri kabahatlerden ibarettir. Ancak işleniş şekilleri yahut meydana getirdikleri sonuçlar bakımından nispeten hafif sayılabilecek hallerdir. Buna karşılık disiplin tecavüzleri askeri disiplin ve terbiyeyi bozan ve fakat hiçbir ceza kanununun hiçbir maddesinde yazılı bulunmayan hareketlerdir. Dolayısıyla, disiplin kabahatlerinin nelerden ibaret olduğu AsCK'da düzenlendiği halde, disiplin tecavüzleri hiçbir ceza içeren kanunda düzenlenmemiştir.

¹⁸¹ ERMAN, age, s.240.

¹⁸² AKSOYLU, agm, s.27.

¹⁸³ As.Yrgt.Drl.Krl.25.1.1996, E.6, K.8, KARDAŞ/ÇINGİ, age, s.90.

b. Cezalandırma zorunluluğu bakımından

Bir disiplin kabahati söz konusu olduğu takdirde bunun cezalandırılması gerekir (AsCK m.163/3). Ancak bu konuda disiplin amirinin takdir yetkisi vardır. Dilerse kendi yetkisine giren bir disiplin cezası verebilir¹⁸⁴. Kendisi cezalandırmak istemiyorsa askeri mahkemece ceza verilebilmesi için evrakı ilgili birime intikal ettirir. Buna karşılık bir disiplin tecavüzü söz konusu olduğunda disiplin amiri ceza verip vermemek hususunda da serbesttir (AsCK m.163/2). Demek oluyor ki, disiplin kabahatlerinde faile mutlaka bir ceza verilmesi gerektiği halde disiplin tecavüzünün cezasız kalması mümkündür.

c. Verilebilecek ceza bakımından

Disiplin kabahatinde verilebilecek cezalar kısa hapis (oda veya göz hapsi) cezalarıdır. Askeri mahkemece, disiplin kabahatinden dolayı 4 haftaya kadar göz veya oda hapsi cezası verilebilir (AsCK m.19). Disiplin kabahati disiplin amiri tarafından cezalandırıldığı takdirde, AsCK'nın 171. maddesine bağlı cetveldeki yetkileri içinde oda veya göz hapsi cezası verilebilir (AsCK 166/C). Buna karşılık disiplin tecavüzlerinde disiplin amiri AsCK'nın 165. maddesinde yazılı cezalardan herhangi birini 171. maddeye bağlı cetveldeki yetkisi dâhilinde verebilir. Örneğin, disiplin amiri, bir subaya disiplin tecavüzünden dolayı oda veya göz hapsi cezası verebileceği gibi, uyarı veya aylıktan kesme cezası da verebilir; disiplin kabahatinde ise, sadece oda veya göz hapsi cezası verebilir.

d. Mahkeme tarafından cezalandırılabilme bakımından

Disiplin kabahatleri askeri mahkemelerce cezalandırılabilirdiği halde, disiplin tecavüzlerine askeri veya disiplin mahkemesince ceza verilemez¹⁸⁵. Mahkeme böyle bir durumla karşılaştığında gereken cezanın verilebilmesi için evrakı disiplin amirine gönderir (AsCK m.179).

1.3.3.2. Disiplin Mahkemeleri Kanununda düzenlenen disiplin suçları

Daha öncede belirtildiği gibi 477 SK'la, AsCK'da yer alan askeri kabahatlerin çoğu iktibas edilerek “*disiplin suçu*” haline getirilmiş ve bu şekilde disiplin suçu haline getirilen askeri kabahatler hakkında AsCK'da yer alan hükümler zımni olarak ilga edilmiştir.

¹⁸⁴ “AsCK'nun 163/3. maddesinde disiplin kabahatlerinde mutlaka ceza verileceği hususunun da belirtilmiş bulunması karşısında sanıkların disiplin amiri tarafından cezalandırılması uygundur” (As.Yrgt.4.D. 16.2.1971, E.56, K.50, **ERMAN**, age, s.291-292).

¹⁸⁵ “AsCK'nun 18, 162/2 ve 179. maddelerine göre, disiplin tecavüzü mahiyetinde görülen fillerden dolayı mahkemelerce ceza verilemeyeceğinin düşünülmemesi yanlıştır” (As.Yrgt.2.D. 4.11.1953, E.2270, K.2805, **ERMAN**, age, s.291).

477 SK'nın 41. maddesine göre, disiplin suçları, 477 SK'nın oda ve göz hapsi cezasıyla cezalandırdığı fiillerdir. 477 SK'da disiplin suçlarının unsur ve cezalarıyla ilgili hususlar 47-61. maddelerinde gösterilmiştir.

477 SK'da düzenlenen disiplin suçlarının, mutlaka disiplin mahkemelerince cezalandırılması gerekli değildir. Disiplin amirleri AsCK'nın 171. maddesine bağlı cetvelde tanınan yetki içinde faile oda veya göz hapsi cezası verebileceği gibi, dilerse suç dosyası hazırlayarak teşkilatında disiplin mahkemesi kurulan komutanlığa gönderir (477 SK m.14).

477 SK'da düzenlenen disiplin suçlarının mağduru, TSK'dır. Bazı disiplin suçlarında failin amir veya üste karşı yapılması, amir veya üstü suçtan zarar gören durumuna getirir. Şimdi 477 SK'da düzenlenen disiplin suçlarının unsurlarını çalışmamızın kapsamını aşmayacak şekilde madde sırasına göre inceleyelim.

1.3.3.2.1. Amire veya üste saygısızlık

“Hizmette veya hizmete ilişkin hallerde amire ve¹⁸⁶ üste zorunlu olduğu saygıyı göstermeyen veya uyarmayı saygı duruşu ile kabul edip dinlemeyenler, 1 aya kadar oda veya göz hapsi ile cezalandırılırlar” (477 SK m.47).

Asker kişilerin hepsi bu suçun faili olabilir. Bu suç kural olarak her türlü üst veya amire karşı işlenebilir. Suç amir ve üst aleyhine işlenebileceğinden, failin saygısızlıkta bulunduğu kişinin üstü ya da amiri olduğunu bilmesi gerekir¹⁸⁷.

Amir ve üste saygısızlık fiili *“toplu asker karşısında”*¹⁸⁸ veya *“silahlı iken”*¹⁸⁹ işlenirse AsCK'nın 82/1. maddesinde düzenlenen askeri suç oluşur¹⁹⁰.

¹⁸⁶ Burada kullanılan “ve” bağlacının “veya” olarak anlaşılması gerekir. Çünkü mevzuatımızda yer alan “*amir ve üst*” kelime öbeklerini “*amir veya üst*” olarak algılamak ve uygulamak hakkaniyete daha uygundur. Eğer, amaçsal yorum yapılmaz da sözel yorumla yetinilirse, amir konumunda olmayan üstlere karşı girişilen maddenin tanımladığı fiiller, cezalandırılmamış olacaktır. Böylece askerlik hizmetinin yürütülmesinde büyük sorumluluğu olan üstler korunmamış olacaktır. Bu da kanun koyucunun amacına aykırı bir uygulama meydana getirecektir (YILDIRIM, agm, s.89-90).

¹⁸⁷ AsCK'nun 107. maddesinde; “*Bu fasılda madunlar hakkında tayin edilen ağır cezaların verilmesi için mafevkin rütbesi ve kıdemi herhangi bir suretle madunun malumu bulunması şarttır. Madunun mafevkin vaziyetini bilmediği sabit olursa hakkında tertip olunacak ceza umumi hükümlere tabidir*” şeklindeki hüküm 477 SK'nın 63. maddesi uyarınca disiplin mahkemeleri tarafından da uygulanır.

¹⁸⁸ “*Bir fil toplu erbaş ve er karşısında yapılmış sayılarak kanunun bu kayıt ile takyit ettiği hükümlerin tatbiki için amir veya mafevk ile failden veya şeriklerden başka askeri hizmet maksadıyla toplanmış en az yedi askeri şahsın bulunması şarttır*” (AsCK m.14).

¹⁸⁹ “*Bu kanunun tatbikatında; ‘silahlı’ tabirinden maksat hizmetin icabı olan silahı hamili bulunmak veya silahının başında olarak bir amirin kumandası ve nezaretiyle hizmete başlanılmış olmak halidir.*” (AsCK m.11).

¹⁹⁰ As.Yrgt.4.D. 07.01.1996, E.8, K.6, ÇELEN, AsCK, s.325-326.

Suçun maddi unsuru, hizmette veya hizmete ilişkin hallerde amire veya üste gösterilmesi zorunlu saygıyı göstermemek ve uyarmayı saygı duruşu ile kabul edip dinlememektir. Maddede neticeyi meydana getirmeye elverişli iki hareket gösterilmiştir. Bu hareketlerden birinin yapılmasıyla suç oluşur¹⁹¹.

Burada en önemli unsur amir ve üste saygısızlık teşkil eden fiilin hizmette veya hizmete ilişkin hallerde yapılmasıdır¹⁹². Hizmet; kanunlarla, nizamlarda yapılması veya yapılmaması yazılmış olan hususlarla, amir tarafından yazı veya sözle emredilen veya yasak edilen işlerdir (İçHizK m.6). Hizmetin sınırlarının genel bir tanımla çizilmesi ve kapsamının genel bir anlatımla belirlenmesi, askerlik hizmetinin özelliğine nazaran pek mümkün görülmemektedir.

Üste veya amire karşı söylenen sözler saygısızlık sınırını aşıyorsa, fiil AsCK'nın 85. maddesinde düzenlenen üste veya amire hakaret suçunu oluşturacaktır¹⁹³.

1.3.3.2.2. Emre itaatsizlik

“Kast veya ihmâl ile hizmete ait emri tam yapmamak, değiştirmek veya sınırını aşmak suretiyle itaatsizlik edenlere 10 günden 2 aya kadar oda veya göz hapsi cezası verilir” (477 SK m.48).

İtaatsizlik suçunun oluşması için öncelikle amir tarafından verilmiş *“hizmete ilişkin bir emrin”* varlığı zorunludur¹⁹⁴. Özel işlere ilişkin olarak verilen emirler, hukuken uyulması zorunlu bir emir teşkil etmezler. Örneğin, bölümündeki okuma yazma bilmeyen erlere okuma yazma öğretmesi için bölük komutanı tarafından asteğmene verilen emrin *“hizmete ilişkin bir emir”* olduğunda şüphe yoksa da, aynı bölük komutanı tarafından aynı asteğmene kendi çocuğuna ders çalıştırması için verilen emir özel bir işe ilişkin olduğundan emre itaatsizlik suçuna konu teşkil etmez.

¹⁹¹ “Sanığın kendisini ikaz eden üstüne ‘sen buranın horozu musun?’ şeklindeki sözler üste saygısızlık niteliğindedir” (As.Yrgt.1.D.30.10.2002, E.1016, K.1008, KARDAS/ÇINGİ, s.72); “Üstünün ‘sen kiminle konuştuğunun farkında mısın, ben senin üstünüm’ diyerek uyarmasına rağmen sanığın ‘evet sıradan bir insanla konuşuyorum’ şeklinde cevap vermesi, 477 SK’nın 47. maddesinde düzenlenen ‘üste saygısızlık’ suçunu oluşturur” (As.Yrgt.1.D.15.11.2000, E.730, K.727, yayınlanmamıştır).

¹⁹² KARDAS/ÇINGİ, Disiplin, s.70.

¹⁹³ “‘Size de rütbenize de başlarım’ cümlesindeki ‘başlarım’ sözcüğü bir tartışma sırasında sanık tarafından üstlerini tahkir, şeref ve haysiyetini rencide etme, onları küçük düşürme amacı taşıdığı anlaşıldığından ‘üste hakaret’ suçunu oluşturur” (As.Yrgt.2.D. 09.01.2001, E.25, K.22, yayınlanmamıştır).

¹⁹⁴ YILDIRIM, agm, s.90; “Bir askerin yemeğini yemesi ya da yememesi beşeri ihtiyacının karşılanmasıyla ilgili tercihi ortaya koyan bir davranış biçimi olduğundan, akşam yemeğini yemek istemeyen sanık ere, yemeğini alması (yemesi) konusunda verilen emirlerin askeri hizmete ilişkin bir emir olduğu söylenemez” (As.Yrgt.3.D. 11.3.2003, E.271, K.267, KARDAS/ÇINGİ, Disiplin, s.71-72); “Amir, konusu suç teşkil etmeyen, kanun ve diğer nizamlarda düzenlenmemiş hususlarla ilgili olarak, kendisi düzenleme yapıp, emir verebilir. Bu emirlere riayet edilmesi askeri disiplinin bir gereğidir. Ancak bu emirler hizmete ilişkin olmadığı sürece emre itaatsizlikte ısrar suçuna konu olamaz” (As.Yrgt.1.D. 01.05.2002, E.423, K.420, POLATCAN, age, s.380).

Anayasa'nın 137. maddesi kanuna aykırı emrin yerine getirilmeyeceğini hükme bağlamıştır. Böyle bir emri alan emri yerine getirmez ve durumu üste bildirir. Üst emrinde ısrar eder ve bunu yazıyla bildirirse, emri yerine getirir. Bu durumda sorumluluk emri veren üste aittir. Ancak konusu suç olan hiçbir emir yerine getirilemez, getirenler de sorumluluktan kurtulamaz. 137. maddenin son fıkrası askeri hizmetlerin görülmesini, istisnalar arasında saymıştır. Bunun sonucu olarak, Askeri Yargıtay eski bir kararında, verilen emrin kanuna aykırı olmasının yerine getirme zorunluluğunu ortadan kaldırmayacağını belirtmiştir¹⁹⁵.

Acaba, hizmetle ilgili emirler, kanunlara ve diğer hukuk kurallarına aykırı biçimde verilirse, ast yine bu emri yerine getirme mecburiyetinden kurtulur mu? Bu sorunun cevabı “hayır, kurtulmaz” olmalıdır¹⁹⁶. Zira İçHizY'nin 33. maddesine göre, “*Emirlerin hizmete müteallik olması ve kanun ve nizamları ihlal etmemesi şarttır. Ancak AsCK'nın 41. maddesinin (b) fıkrası kapsamına giren haller haricinde ast aldığı emri kanun ve nizama uygun bulmasa bile emri yapar ve ondan sonra şikâyet eder*”¹⁹⁷.

Askerliğe ait kanunların ve diğer genel düzenleyici işlemlerin (tüzük, yönetmelik, adsız düzenleyici işlemler) düzenlediği bir konu, amirler tarafından emir haline getirilip asta yöneltilmedikçe hizmete ilişkin bir emir haline gelemazler. Ayrıca, her hangi bir kanunun cezalandırdığı bir fiilin yapılmamasına ilişkin uyarılar, birer hizmet emri değil tavsiye niteliğindedir. Bu uyarıların dinlemeyen asker kişilere emre itaatsizlikten değil, fiil için kanunun öngördüğü ceza verilebilir¹⁹⁸.

Amirlerin sosyal bir hizmet teklifi niteliğindeki emirlerini geç yerine getirmek, eksik yerine getirmek veya benzeri fiiller, emre itaatsizlik suçunu oluşturmaz¹⁹⁹. Zira bu tür emirler, askeri hizmetle ilgili bir emir değildir²⁰⁰.

Emre itaatsizlik suçunun maddi unsuru; hizmete ait emri tam yapmamak, değiştirmek veya sınırını aşmak suretiyle itaatsizlik etmektir. Emre itaatsizlik suçu sadece bu üç hareketten birinin yapılmasıyla oluşur²⁰¹.

¹⁹⁵ As.Yrgt.2.D. 23.12.1953, E.3384, K.3634, ÇELEN, İçHiz, s.18.

¹⁹⁶ YILDIRIM, agm, s.91.

¹⁹⁷ “Askerlik hizmetinin özelliği gereği, verilen emirlere mutlak itaatin askerliğin temeli olması nedeniyle, konusu suç teşkil etmeyen her emrin kayıtsız ve şartsız ast tarafından yerine getirilmesi gerektiği” (As.Yrgt.3.D. 22.11.1989, E.449, K.437, AYKD, S.8, 1992, s.117).

¹⁹⁸ ÇELEN, İçHiz, s.331; YILDIRIM, agm, s.91; “Gizlice birliğini terk edip 24 saat içinde tekrar dönmesi disiplin tecavüzü niteliğinde bir fiil olduğu, tel örgüden girip çıkmanın emirle yasaklanmasının vasfını değiştirmeyeceği” (As.Yrgt.5.D.18.9.1991, E.365, K.360, AYKD, S.10, 1993, s.47).

¹⁹⁹ YILDIRIM, agm, s.91-92.

²⁰⁰ “Bekar subayların mesai bitiminden sonra da kışlada yatacaklarına dair bir emrin yasal bir dayanağı bulunmadığı gibi, emrin hizmete müteallik olmadığı, sadece bekar personele yeni bir imkan sağlamaya yönelik sosyal bir hizmet teklifi niteliğinde bulunduğu, dolayısıyla bu konudaki teklife uymamış olmanın emre itaatsizlik suçunu oluşturmayaacağı” (As.Yrgt.3.D. 2.10.1990, E.449, K.437, AYKD, S.9, 1992, s.59).

1.3.3.2.3. Bilerek doğru söylememek

“Hizmete ait işlerde amirin sorusuna karşı bilerek doğru söylemeyenler bu fiillerinden hizmet aksamamış ise 1 aya kadar oda veya göz hapsi ile cezalandırılırlar” (477 SK m.49).

İçHizY’nin 86. maddesi, her askerde bulunması gereken ahlaki ve manevi vasıfları saymış, bunlardan bir tanesinin de “*iyi ahlak sahibi olmak*” olduğuna işaret etmiştir. İyi ahlak sahibi olmak, birçok meziyet ve üstün vasıflar yanında “*yalancılıktan kaçınmayı*” zorunlu kılar. Askerlik mesleği mertlik ve dürüstlük mesleğidir. Kanun, kendisinden doğruluk beklenen bir kimsenin bu niteliğini özellikle hizmette esirgemiş olmasını, disiplini bozan bir fiil olarak telakki etmiş ve disiplin cezası ile cezalandırmıştır²⁰².

Failin, hizmetin aksamamış olması koşuluyla²⁰³ askeri hizmete ilişkin olarak, amiri tarafından sorulan sorulara bilerek doğru yanıt vermemesi bu suçun maddi unsurunu oluşturur²⁰⁴. Örneğin, izne gitmiş olduğu halde izne gidip gitmediği sorulduğunda gitmediğini söylemek gibi²⁰⁵.

Hizmetle ilgili olmayan bir husus hakkında astın doğru söylememiş olması, bu suç oluşturmaz. Sorunun doğrudan doğruya amirden gelmesi şarttır²⁰⁶. Hizmete ilişkin olsa bile herhangi bir üstün sorusuna karşı bilerek doğru söylememek bu suç oluşturmaz²⁰⁷.

Failin savunma amaçlı olarak doğru olmayan sözler söylemesi veya savunma yapmaktan kaçınması suç teşkil etmeyen, savunma hakkına ait olan fiillerdir. Gerek yargılama aşamasında gerekse disiplin amirince gerçekleştirilen soruşturma safhasında sorulan sorulara cevap vermek fail için bir askeri hizmet sayılmaz²⁰⁸.

²⁰¹ **TİFTİK, Levent**; “*Türk Askeri Ceza Hukukunda Emre İtaatsizlik Suçları*”, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Atatürk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Erzurum 2004, s.181; **KOÇYİĞİT**, agt, s.64.

²⁰² **ÖZBAKAN**, Disiplin, s.149.

²⁰³ 477 SK’nın 49. maddesinde “*hizmetin aksamaması*” koşulu getirildiği halde, failin fiili nedeniyle hizmet aksamış ise, ne olacağı hususunda bir düzenleme bulunmamaktadır.

²⁰⁴ “*Sanık da evinin veya aile fertlerinden birinin zarar görmediğini başlangıçta bildiği halde izin kâğıdı düzenlenirken aksini söylemiştir. Bu nedenlerle 477 SK’nın 49. maddesi kapsamına giren suçun oluştuğu*” (As.Yrgt.3.D. 17.10.2000, E.621, K.619, **KARDAŞ/ÇINGİ**, Disiplin, s.194-195).

²⁰⁵ “*Sanığın kanuni izin hakkını kullanmış olmasına rağmen izin hakkını kullanmadığından bahisle izin talebinde bulunması fiili 477 SK’nın 49. maddesinde yazılı disiplin suçunu oluşturur*” (As.Yrgt. 3.D. 09.06.1970, E.322, K.329, **ÖZBAKAN**, Disiplin, s.150).

²⁰⁶ **YILDIRIM**, agm, s.93.

²⁰⁷ Nitekim Askeri Yargıtay bir kararında, bilerek doğru söylememek suçu hizmete taalluk eden bir suç olduğundan, hizmet dışında amire doğru söylemeyen failin fiilinin, disiplin tecavüzü sayılması gerektiğine karar vermiştir (As.Yrgt. 2.D.21.10.1958, E.2836, K.3992, **POLATCAN**, age, s.488).

²⁰⁸ “*Bir suç sebebiyle amiri tarafından sorguya çekildiği sırada sırf kendisini savunmak maksadıyla doğruyu söylemeyen sanığın bu hareketi, askerliğe taalluk eden bir hizmet halinin yokluğu sebebiyle ‘bilerek doğru söylememek’ suçunu oluşturmayacağı*” (As.Yrgt. 1.D. 23.03.1970, E.161, K.159, **ÖZBAKAN**, Disiplin, s.150); Benzer yönde As.Yrgt.1.D. 27.11.1991, E.591, K.589, **KARDAŞ/ ÇINGİ**, Disiplin, s.199).

1.3.3.2.4. Kısa süreli kaçma ve izin süresini geçirme

AsCK'nın 66. maddesinde firar ve izin tecavüzü olarak düzenlenen suçların oluşabilmesi için geçmesi gerekli süreden önce kendiliğinden gelenlerin fiilleri kanun koyucu tarafından “kısa süreli kaçma”²⁰⁹ ve “kısa süreli izin süresini geçirme” adı altında birer disiplin suçu olarak 477 SK'nın 50. maddesinde düzenlenmiştir. Anılan madde hükmünün 12.06.2003 tarihli 4895 SK'la değişik son hali şu şekildedir; *“Kıtasından veya görev yerinden kaçanlardan 6 gün içinde kendiliğinden gelenler 10 günden 1 aya kadar oda hapsi cezası ile cezalandırılır. Bu fiil görevli iken işlenmiş veya silah, mühimmat, donatım veya bir askeri taşıma aracı birlikte götürülmüş yahut mükerrer olarak işlenmiş ise 20 günden 2 aya kadar oda hapsi cezası verilir. İzin süresini özürsüz 6 güne kadar geçirenler 7 günden 1 aya kadar oda veya göz hapsi cezası ile cezalandırılır. Bu fiil mükerrer olarak işlenmiş ise 20 günden 2 aya kadar oda hapsi veya göz hapsi cezası verilir.”*

Muvazzaf askerler (subay, astsubay, uzman jandarma, uzman erbaş, erbaş ve erler), hizmette bulunan yedekler, askeri okul öğrencileri (askeri mükellefiyet altında bulunmayan lise, ortaokul ve dengi askeri okul öğrencileri hariç) bu suçların faili olabilirler. TSK'da çalışan Devlet memurları ve işçiler bu suçların faili olamazlar²¹⁰.

Askerlikten kaçmak, askeri sadakat vazifesine karşı yapılan ve vazifeyi ağır surette ihlal eden mütemadi bir suçtur²¹¹. Askeri Yargıtay, yerleşik içtihatlarında, firar suçlarının suç işleme kastının devam ettiği sürece mütemadi bir suç niteliğinde olduğunu belirtmektedir²¹². Ancak, Yargıtay aksi görüştedir²¹³.

Kısa süreli kaçma suçunun oluşabilmesi için failin kıtasından veya görev yerinden kaçma süresinin bir günden az olmaması şarttır. Bir başka deyişle suçun oluşabilmesi için ön şart; 24 saatlik gün unsurunun gerçekleşmiş olmasıdır. Kıtadan veya görev yerinden izinsiz uzaklaşılmasından itibaren 24 saat içinde yakalanan²¹⁴ veya kendiliğinden dönen faillerin fiilleri bu suçu oluşturmamaktadır.

²⁰⁹ “Fırar” ve “kaçma” aynı manalara gelir (YILMAZ, Ejder; Hukuk Sözlüğü, 4. Baskı, Ankara 1992, s.285).

AsCK'da “fırar” kavramı kullanılmakta iken, 477 SK'da “kaçma” kavramı kullanılmıştır.

²¹⁰ “Fırar ve izin süresini geçirme İçHizK'nun 14. maddesi kapsamı dışında bulunduğundan, sivil şoför olan sanığın yalnız askerler tarafından işlenmesi mümkün olan fırar ve izin süresini geçirme suçunu işlemesine imkan yoktur” (As.Yrgt.4.D. 09.06.1970, E.318, K.314, POLATCAN, age, s.490).

²¹¹ YILDIRIM, agm, s.94; ÇELEN, AsCK, s.223; KARDAŞ/ÇINGİ, Disiplin, s.201.

²¹² As.Yrgt.2.D. 22.11.1962, E.3191, K.2964; As.Yrgt.4.D. 18.01.1972, E.1, K.6; As.Yrgt.Drl.Krl. 10.05.1990, E.77, K.36 sayılı kararlar (ÇELEN, AsCK, s.223; ÖZBAKAN, Disiplin, s.155).

²¹³ Yargıtay; fırar suçlarının ani suçlardan olduğunu içtihat etmiştir (Yrgt. 4.CD, 02.04.1992, E.2127, K.2475, yayınlanmamıştır).

²¹⁴ Bunun tek istisnası AsCK'nun 68/2. maddesindeki düzenlemedir. Zira anılan madde hükmüne göre, fail fırra giderken beraberinde silah, mühimmat, savaş araç ve gerecini götürmüş ise veya fail hizmet yaparken kaçmış ise gün unsuru aranmaz ve cezası artırılır. Örneğin fail fırra giderken yanında mühimmat götürürse

477 SK'nın 50. maddesinde, kısa süreli kaçma suçunun “görevli iken”²¹⁵ işlenmiş olması, silah, mühimmat, donatım veya bir askeri taşıma aracının birlikte götürülmüş olması²¹⁶ veya mükerrer olarak işlenmiş olması halleri cezayı ağırlaştırıcı bir neden olarak kabul edilmiştir.

Failin bilerek ve isteyerek kıtasından veya görev yerinden izinsiz kaçarak uzaklaşması ile suç oluşur. Kısa süreli kaçma suçu mahiyeti itibarıyla mazeret kabul etmeyen suçlardandır²¹⁷.

Kısa süreli izin süresini geçirme suçunun maddi unsuru failin, kıtasından veya görevini yapmakta olduğu yerden izin alarak ayrılmasından sonra dönmeye mecbur bulunduğu günden itibaren 6 güne kadar özürsüz gelmemesidir. Şayet iznin geçirilmesi bir özre dayanıyorsa suç oluşmaz. Nelerin özür sayılacağı kanunda belirtilmemiştir. İçHizY'nin 57. maddesi, ailesi fertlerinden birisinin ağır hastalığı veya ölümü, kaza, doğum, yangın gibi beklenmeyen felaketleri mazeret (özür) saymışsa da, bunların dışında failin kıtasına zamanında katılmasını engelleyen durumlar da özür sayılabilmektedir²¹⁸.

1.3.3.2.5. Kaçmaya kalkışanları haber vermemek

“Bir kaçmaya kalkışmayı doğru olarak haber alıp da kaçmanın önü alınabilecek bir zamanda bunu amirine haber vermeyenler kaçma olmuş ise 7 günden 2 aya kadar oda hapsi cezası ile cezalandırılırlar” (477 SK m.51).

Askeri şahsın gerçekleşeceğini doğru olarak öğrendiği kaçma teşebbüsünü, önü alınabilecek zamanda amirine haber vermemesi suçun maddi unsurudur. Kaçmaya kalkışma fiili doğru olarak öğrenildikten sonra öğrenen kişi bunu ilgili mercilere haber verme yükümlülüğü altına girer. Haber verme yükümlülüğü, kaçmanın engellenebileceği bir zamanda geçerlidir. Kaçmanın gerçekleşmesinden sonra öğrenilmesi maddenin kapsamı dışında kalır²¹⁹.

ve 24 saatlik süreyi geçirmeden bu süre içerisinde yakalanmış olursa artık fiili disiplin tecavüzü niteliğinde değil, AsCK'nun 68/2. maddesi uyarınca nitelikli mehil içi firar suçunu oluşturur.

²¹⁵ Bu ifade AsCK'nun bazı maddelerinde sözü geçen “hizmet esnasında”, “hizmetten sıyrılmak maksadıyla” gibi sözcüklerin karşılığıdır. Kanun bu hükmü ile görevi korumayı amaçlamıştır (ÖZBAKAN, Disiplin, s.151; KARDAŞ/ÇINGİ, Disiplin, s.205).

²¹⁶ “Silahın birlikte götürülmesi zorunluluğu olan ahvalde sanığın silahlı olarak firar ettiği kabul edilemez” (As.Yrgt.1.D. 18.04.1955, E.1257, K.582, ÖZBAKAN, Disiplin, s.157).

²¹⁷ ÇULHA, age, s.39.

²¹⁸ Mazeret halleri hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. POLATCAN, age, s.324 vd.; ÖZBAKAN, Disiplin, s.153; KARDAŞ/ÇINGİ, Disiplin, s.206 vd.; ÇULHA, age, s.43 vd.; Askeri Yargıtay'ın içtihatlarında; 1- Toplumsal değer ölçülerine göre askerlik hizmetine tercih edilebilecek, 2- Faili maddi ve manevi zarara uğratabilecek, 3- İzin süresi içerisinde birden bire ortaya çıkan beklenmeyen felaket ya da evvelce bilinmeyen önemli bir olay, 4- Kişinin kıtasına dönmesinden daha önemli hukuki yararları koruyan, 5- Kıtaya dönmeyi imkansızlaştıran yada normal bir insan için bunu haklı sayılabilecek şekilde güçleştiren, 6- Ciddi, beklenmedik ve en önemlisi suç süresi ile orantılı olay veya durumların mazeret (özür) sayıldığı görülmektedir (As.Yrgt.Drl.Krl. 22.06.1978, E.61, K.51; As.Yrgt.Drl.Krl. 28.12.1995, E.133, K.137, POLATCAN, age, s.327-331).

²¹⁹ YILDIRIM, agm, s.96.

Doğru olarak haber almak halinin varlığını belirli kural ve şartlara tabi tutmak olanaksızdır. Kaçma teşebbüsü haberinin doğru olarak alınıp alınmadığı disiplin mahkemesince değerlendirilecektir. Kaçma gerçekleşmemişse haber vermeyene hiçbir ceza verilemez²²⁰.

1.3.3.2.6. Hizmete mahsus eşyanın hasarına sebebiyet vermek veya kaybetmek

“Hizmete mahsus ve değeri 250 Türk Lirasını geçmeyen eşyayı özürsüz kaybedenler veya harap olmasına sebebiyet verenler, eşyanın değeri de göz önünde bulundurularak 2 aya kadar oda veya göz hapsi cezası ile cezalandırılır” (477 SK m.52)²²¹.

Bu madde AsCK’nın 130. maddesinin²²² yükünü hafifletmek amacıyla kabul edilmiştir. Buradaki ölçüt; kaybedilen eşyanın değeri ya da hasara uğramasına sebebiyet verilen eşyanın hasara uğrayan kısmının²²³ değeridir. Buna göre, değeri 250 TL ve altında ise fiil disiplin suçu, üzerinde ise askeri suç oluşturmaktadır.

Suçun maddi unsuru, hizmete mahsus eşyayı özürsüz kaybetmek veya harap olmasına sebebiyet vermektir. Kaybedilen veya hasara uğrayan eşya *“hizmete mahsus”* eşyalardan olmalıdır. *“Hizmete mahsus eşya”* tabirinden askerlik amaç ve menfaatlerine tahsis edilmiş eşyayı anlamak gerekir. Uygulamada genellikle *“askeri eşya”* tabiri kullanılmaktadır. Hangi eşyaların askeri eşya olduğunu açıklayan bir hüküm bulunmamakla birlikte, hizmetin ifası bakımından tahsis edilen tüm eşyaları anlamak gerekir²²⁴.

Eşyanın kullanma süresini doldurmuş olması, değer kaybını gerektirirse de, hizmette kullanıldığı sürece bu eşya bir değer ifade edeceğinden, böyle bir eşyanın kaybı veya hasara uğraması halinde de bu suç oluşur²²⁵.

²²⁰ TAŞKIN, Askeri, s.106; KARDAS/ÇINGİ, Disiplin, s.254; KOÇYİĞİT, agt, s.94.

²²¹ 12.06.2003 tarihli 4895 SK’la değişik 477 SK’nın 52. maddesinin önceki halinde değeri 0,015 TL’yi geçmeyen askeri eşyanın kaybindan dolayı disiplin mahkemesi yargılama yapabiliyordu. Günümüzde 0,015 TL’nin çok düşük değerde kalması karşısında 477 SK’nın 52. maddesinin uygulama imkânı kalmamıştı. Yapılan değişiklikle eşyanın değeri 250 TL sınırına yükseltilmiş ve madde yeniden disiplin mahkemesince uygulanır hale getirilmiştir.

²²² *“Askeri eşyayı özürsüz kaybeden veya harabolmasına sebebiyet veren asker kişiler, eşyanın değeri, önemi, meydana gelen hasarın miktarı ve fiilin işleniş şekline göre üç aydan iki seneye kadar hapis cezası ile cezalandırılırlar” (AsCK m.130).*

²²³ As.Yrgt.Drl.Krl. 18.12.1964, E.119, K.143 (ÖZBAKAN, Disiplin, s.161; POLATCAN, age, s.493).

²²⁴ TAŞKIN, Askeri, s.152 vd.; KARDAS/ÇINGİ, age, s.854; ÇELEN, AsCK, s.525.

²²⁵ ÖZBAKAN, Disiplin, s.160; KARDAS/ÇINGİ, age, s.854.

Suçun oluşması için, eşyanın kaybı bir “özre” dayanmamalıdır²²⁶. Nelerin özür sayılacağı mahkemece takdir edilir²²⁷. Dalgınlık, unutkanlık ve kayıtsızlık hiçbir zaman makbul bir sebep oluşturamaz²²⁸. Zira askerlik mesleği, daima uyanık ve dikkatli olmayı gerektirir²²⁹.

1.3.3.2.7. Astına hizmetle ilgisi olmayan emir vermek, hediye istemek veya borç almak

“Astlarına hizmetle ilgisi olmayan emir verenler, astlarından hediye isteyenler veya borç alanlar 10 günden 2 aya kadar oda veya göz hapsi cezası ile cezalandırılırlar” (477 SK m.53).

İçHizK’nın 16. maddesine göre, amir maiyetine hizmetle ilgili olmayan emir veremez. Astından hususi bir menfaat temin edecek bir talepte bulunamaz. Hediye kabul edemez ve borç alamaz. 477 SK’nın 53. maddesi, amirlik veya üstlük durumunu kötüye kullanmanın üç ayrı çeşidini disiplin suçu olarak düzenlemiştir.

Suçun faili, üst ve amir konumundaki asker kişilerdir. Erler arasında, usta er-acemi er vb. ayırım yapılması fiili bir durum olsa da, aralarında bir astlık-üstlük ilişkisi yoktur²³⁰.

Suç, hizmetle ilgili olmayan emrin verilmesi ile oluşur²³¹. ÖZBAKAN’ın belirttiği ve bizim de katıldığımız görüşe göre, üst ve amirler tarafından verilen ve hizmetle ilgili olmayan her emir bu maddede düzenlenen suçu oluşturmaz. Askerlik ilişkilerinin uygun gördüğü sınırlar içinde kalan hizmet dışı isteklerin suç sayılmaması gerekmektedir. Örneğin, habercisine kantinden sigara aldırın üstün fiili bu suçu oluşturmaz²³².

Astından hediye istemek suçunun oluşabilmesi için, istenen hediyenin maddi bir değeri olmalıdır²³³. Failin salt hediye istemesiyle de suçun maddi unsuru oluşur.

²²⁶ “Sanığın görev yaptığı ortamın durumu (soğuk ve karlı bir kış günü olması), göreve gidilen aracın arızalanması ve arızanın giderilmesi suretiyle göreve devam edilmek istenmesi gibi zor şartlar ve nedenler nazara alındığında tabancanın bu zor şartlardan kaynaklanan makbul sebep sonucu kaybolduğu anlaşıldığından müsnet suçun oluşmadığı” (As.Yrgt.2.D. 07.06.1995, E.328, K.328, ÇELEN, AsCK, s.534).

²²⁷ ÖZBAKAN, Disiplin, s.160.

²²⁸ “Sanığın pusu görevinden dönüşte, mola verildiği sırada, kendisine senetle teslim edilmiş gece görüş dürbünüü arazide unuttuğu, yapılan aramalara rağmen bulunamadığı, kaybında makul bir sebebin de bulunmadığı” (As.Yrgt.3.D. 04.07.1995, E.518, K.517, ÇELEN, AsCK, s.534).

²²⁹ TAŞKIN, Askeri, s.152; ÇELEN, AsCK, s.527; ÖZBAKAN, AsCK, s.294; KARDAŞ/ÇINGİ, Disiplin, s.256.

²³⁰ YILDIRIM, agm, s.98; “‘Usta asker’ kavramı, İçHizK’nun 3. maddesinde sayılan rütbelere arasında yer almadığı gibi, bir makam veya memuriyet unvanı da değildir. Bu nedenle er statüsünde olan sanığın aynı birlikteki diğer erlerden borç para alıp ödememesi şeklinde cereyan eden olay özel borç ilişkisidir” (As.Yrgt.3.D. 29.05.1990, E.311, K.298, AYKD, S.9, 1992, s.65).

²³¹ Nöbetçi çavuşluğu görevini ifa ettiği sırada içki aldırarak üzere astlarını mahalle bakkalına yollayan sanığın fiili astlarına hizmetle ilgisi olmayan emir vermek suçunu oluşturur (As.Yrgt.4.D.26.11.1968, E.6, K.4, ÖZBAKAN, Disiplin, s.165).

²³² ÖZBAKAN, Disiplin, s.164; KARDAŞ/ÇINGİ, Disiplin, s.260; TAŞKIN, Askeri, s.140; ÇULHA, age, s.54; KOÇYİĞİT, agt, s.101.

²³³ ÖZBAKAN, Disiplin, s.164; KARDAŞ/ÇINGİ, Disiplin, s.260.

Şayet fail üstlük nüfuzunu kullanarak, baskıyla, kendisine borç vermeye mecbur ederek astlarından borç para almışsa, bu halde 477 SK'nın 53. maddesindeki astından borç almak suçu değil, AsCK'nın 115. maddesinde düzenlenen sair suretle memuriyet nüfuzunu kötüye kullanma suçu oluşacaktır²³⁴.

1.3.3.2.8. Astlarını gözetim görevinde ihmal ve kusuru olmak

“Astlarını gözetim görevinde ihmal ve kusuru olanlar veya astlarının suçlarını haber vermeyenler, 15 güne kadar oda veya göz hapsi cezası ile cezalandırılırlar” (477 SK m.54).

Suçun faili üst ve amir konumunda bulunan asker kişilerdir. Suçun maddi unsuru ise; asta nezaret görevini ihmal etmek veya astın suçlarını haber vermemektir.

İçHizK'nın 17. maddesi, amirin, maiyetin ahlaki, ruhi ve bedeni hallerini daima nezaret ve himayesi altında bulunduracağını düzenlemiştir. Keza İçHizY'nin 13. maddesi de, amirin, maiyetinin şeref ve haysiyetini, sağlığını, özlük haklarını gözetmeye mecbur olduğunu belirtmiştir. Bu yüzden, örneğin, hasta olan astını muayeneye sevk etmeyen, astlarının yiyecek ve giyeceklerini zamanında tedarik ettirip dağıtmayan, astlarının izin ve istirahatlarını zamanında kullanırmayan amirler, astlarını gözetim görevinde ihmal etmek suçunu işlemiş olurlar²³⁵. Dolayısıyla suç tedbirli bir amirden beklenen özen ve ihtimamın gösterilmemesi hallerinde taksirli olarak işlenebilir²³⁶.

Üst veya amirin, astının bir suç işlediğini öğrenmesine rağmen bunu soruşturmaya yetkili merci veya makama haber vermemesi astın suçlarını haber vermemek suçunun maddi unsurunu oluşturur²³⁷. Kasten işlenirse AsCK'nın 145. maddesinde düzenlenen suç oluşacaktır.

Astların işlediği suçların AsCK veya 477 SK'ya giren suçlar olabilir. Ancak disiplin tecavüzlerinin haber verilmemesi bu maddeyi ihlale sebebiyet vermez.

²³⁴ “Sanığın birliğini sadece para toplamak için toplaması, akşama iade edeceğini söylediği paraları aradan bir süre geçmesine karşılık iade etmemesi ve kendi emri altında bulunan erattan üzerlerinde ne kadar para varsa vermelerini istemiş olması dikkate alındığında, fiilinin 477 SK'nın 53. maddesinde düzenlenen astlarından borç isteme sınırlarını aşp, takım komutanı olarak erler üzerindeki nüfuz ve otoritesini kötüye kullanmak derecesine ulaştığını ve bu şekilde AsCK'nın 115. maddesinde düzenlenen sair suretle memuriyet nüfuzunu kötüye kullanma suçunu oluşturduğu” (As.Yrgt.3.D. 15.10.1996, E.586, K.585, **KARDAŞ/ÇINGİ**, Disiplin, s.263).

²³⁵ **POLATCAN**, age, s.495.

²³⁶ “Araç kademlisi iken, trafik kazasından önce, şoförün uyukladığını zamanında fark edip uyarıda bulunmamak suretiyle kendisine düşen görev ve hizmeti gereği ve yeteri kadar yerine getirmede anlaşıldığından bu fiili 477 SK'nın 54. maddesini oluşturur” (As.Yrgt.3.D. 28.02.1989, E.110, K.96, **POLATCAN**, age, s.495; **KARDAŞ/ÇINGİ**, Disiplin, s.269- 270).

²³⁷ “Bir erin bir onbaşıya vurduğu kendisine bildirilen sanığın kendi bataryasında olmayan astı olan erin suçuyla ilgili olarak bu erin görevli olduğu birlik komutanlığına bildirimde bulunmaması 477 SK'nın 54. maddesinde düzenlenen suç oluşturur” (As.Yrgt.Drl.Krl.22.2.2001, E.20, K.23, AAD, S.114, Y.30, Mayıs 2002, s.166-168).

1.3.3.2.9. Astına sövmek, hakaret etmek ve kötü davranmak

“Astına sövenler, hakaret edenler veya askeri usul ve kurallar ve nizamlar dışında kötü davrananlar 2 aya kadar oda veya göz hapsi cezası ile cezalandırılırlar” (477 SK m.55).

Suçun faili üst veya amir konumunda bulunan asker kişilerdir. Devlet memurlarının emrinde çalışan askerlerle aralarında astlık-üstlük ilişkisi bulunmadığından, onlar tarafından bu suç işlenemez. Ancak amir olan asker kişilerin, emirlerinde görevli Devlet memuru aleyhine bu suçu işlemeleri mümkündür. Zira İçHizK’nın 115/b. maddesine göre, bütün sivil personel emrinde çalıştıkları askeri amirlere karşı ast durumundadırlar²³⁸.

Suçun oluşması için hakaret edilenin ast konumundaki asker kişi olması gerekir. Aynı rütbede ve kıdemde bulunan asker kişiler arasında hakaret durumunda, 477 SK’nın 55. maddesi değil, TCK’nun 125. maddesi uygulanır.

Gerçekleşmiş bir olayla ilgili olarak bu olayın oluşumuna neden olan kişiler de gösterilmek suretiyle ihbar veya şikâyetle bulunulması durumunda, hakaret veya iftira suçunun oluştuğundan söz edilemez. Çünkü burada gerçekleşmiş somut olayla ilgili olarak ihbar veya şikâyetle bulunmak şeklinde bir memuriyet görevinin icrası söz konusudur²³⁹.

Maddedeki “sövmek” ve “hakaret etmek” fiilleri TCK’nun 125. maddesinde²⁴⁰ düzenlenen “hakaret” suçu ile eşdeğer anlamdadır. Hakaret, bir kimseye onur, şeref ve saygınlığını rencide edebilecek nitelikte somut bir fiil veya olgu isnat etmektir. Asta isnat olunan somut fiilin gerçek olup olmamasının, hakaret suçunun oluşması bakımından bir önemi yoktur. Sövmek ise, bir kimsenin onur, şeref ve saygınlığına saldırmaktır. Asta söylenen sözün onu küçük düşürücü nitelikte olup olmadığını belirlerken, TSK ve toplumda hâkim olan anlayışlar ile örf ve adetleri göz önünde bulundurmak gerekir²⁴¹.

Hakarete uğrayan astın olay anında görevli ve hizmet esnasında bulunması ve suçun TCK’da da yaptırıma bağlanmış bulunması suçun vasfını değiştirmemektedir²⁴².

²³⁸ “Sanığa isnat olunan suç, komutanı bulunduğu geminin boyanması işine memur edilen ve bu suretle geçici olarak emri altına giren sivil işçiye hakarete bulunmaktan ibaret olduğuna göre, İçHizK’nın 115/b maddesi uyarınca fiili, asta hakaret suçunu teşkil eder” (As.Yrgt.3.D. 25.05.1965, E.440, K.435, **ÖZBAKAN**, Disiplin, s.171- 172).

²³⁹ “Askeri şahıs veya ailesinden birinin ahlaka aykırı fiilini yetkili bir üst makama bildirilmesi hakaret sayılmaz” (As.Yrgt.2.D. 03.03.1960, E.1086, K.1013, **ÖZBAKAN**, AsCK, s.200).

²⁴⁰ “Bir kimseye onur, şeref ve saygınlığını rencide edebilecek nitelikte somut bir fiil veya olgu isnat eden veya sövmek suretiyle bir kimsenin onur, şeref ve saygınlığına saldıran cezalandırılır” (TCK m.125).

²⁴¹ **KOÇYİĞİT**, agt, s.108.

²⁴² “Asker kişilerin işledikleri askeri suçların benzeri suçlar TCK’da da suç olarak yer alsa, hatta daha ağır bir cezayı gerektirse bile AsCK’nun TCK’ya göre özel kanun olması nedeniyle AsCK’nun öncelikle uygulanma zorunluluğu vardır. Ayrıca TSK’da astlık-üstlük ilişkileri disipline önem veren her orduda

1.3.3.2.10. Nöbet talimatına aykırı hareket etmek

“İçHizK ve Yönetmeliğinde belirtilen nöbet görevlerini yaparken nöbet yerini terk edenler ve başka surette nöbet talimatına aykırı hareket edenler bu fiillerinden dolayı hizmet aksamamış veya maddi bir zarar doğmamışsa 2 aya kadar oda veya göz hapsi cezası ile cezalandırılırlar” (477 SK m.56) .

İçHizK’nın 76/1. maddesine göre, nöbet; askerlikte müşterek hizmetlerin yapılmasını ve devamını sağlamak için, bu hizmetlerin belli bir sıra ve süre ile asker kişiler tarafından yapılmasıdır. Nöbetin, nöbet talimatlarına uygun tutulması gerekmektedir. Aksi halde, nöbet hizmeti aksamış olur.

477 SK’nın 56. maddesi, nöbet görevlerinin aksatılmadan yürütülmesi gibi bir amaçla kabul olunmuştur²⁴³. Bu suçun faili “*nöbetçi*” sıfatını taşıyan kimsedir. Nöbetçi, nöbet hizmetinin yapılması için görevlendirilen şahıstır. İçHizK bakımından rütbe ve statüsü ne olursa olsun nöbet hizmeti ifa eden herkes nöbetçidir.

Nöbet talimatına aykırı hareket etmek suçunun maddi unsuru, nöbet yerini terk veya başka surette nöbet talimatına aykırı hareket etmektir. Bu suç sadece bu iki harekettten birinin yapılması ile oluşur. Ancak nöbetçinin, 477 SK’nın 56. maddesine göre cezalandırılabilmesi için sayılan bu seçimlik hareketlerin yapılmasına rağmen hizmetin aksamamış veya maddi bir zararın doğmamış olması gerekmektedir. Şayet maddi bir zarar doğmuş veya hizmet aksamış ise, AsCK’nın 136/1-C. maddesinde düzenlenen suç oluşacaktır.

İçHizY’nin 630. maddesinde nöbetçilerin nöbet yerinde nasıl ve ne şekilde hareket edecekleri gösterilmiştir. 631. maddede de her nöbet yeri için nöbetin cinsine göre bir talimat yapılacağı belirtilmiştir. Buna göre 630. maddede sayılanlardan başka hal ve hususların nöbeti ihdas eden amir ve makam tarafından nöbetin nitelik ve özellikleri dikkate alınarak talimat olarak düzenlenmesi mümkündür²⁴⁴. Nöbetin cinsine göre alınması gerekli ilave tedbirler ve talepler “*özel talimat*” biçiminde düzenlenmektedir. Talimatta belirtilen hükümlere uygun olarak nöbet görevini ifa etmeyen nöbetçi bakımından bu suç oluşur²⁴⁵.

olduğu gibi önem arz ettiğinden, astlık-üstlük ilişkilerinden doğan suçlar AsCK’da ve 477 SK’da özel olarak düzenlenmiş, ‘askeri suç’ veya ‘disiplin suçu’ haline getirilmiştir. Üst durumunda olan sanığın astı konumundaki nöbetçi subayına söylediği ‘siktir git, sen mi bana karışacaksın’ şeklindeki söz ve fiilinin görevli memura hakaret suçunu değil, 477 SK’nın 55. maddesinde düzenlenen ‘asta hakaret’ suçunu oluşturduğu” (As.Yrgt.Drl.Krl. 07.10.1999, E.139, K.170, KARDAŞ/ÇINGİ, Disiplin, s.274-280). Benzer nitelikte As.Yrgt.Drl.Krl. 13.06.1996, E.91, K.92, KARDAŞ/ÇINGİ, Disiplin, s.281-284.

²⁴³ ÖZBAKAN, Disiplin, s.173.

²⁴⁴ ÖZBAKAN, Disiplin, s.173.

²⁴⁵ IŞIKLAR, Celal; “Askeri Ceza Yargısında Nöbet ve Nöbetçilerle İlgili Suçlar”, AAD, S.111,Y.29, Mayıs 2001, (Nöbet), s.8.

1.3.3.2.11. Hoşnutsuzluk yaratmak

“Arkadaşları arasında söz veya fiilleri ile hoşnutsuzluk yaratanlar 1 aya kadar oda veya göz hapsi ile cezalandırılırlar” (477 SK m.57).

Kanun koyucu askerler arasında birlik ve beraberliği bozacak, askeri duyguları zayıflatacak söz ve hareketlerin hizmeti aksatabileceğini gözeterek bu tür davranışları disiplin suçu olarak kabul etmiştir. Suçun maddi unsuru, söz veya fiiller ile arkadaşlar arasında hoşnutsuzluk yaratmaktır²⁴⁶. Hoşnutsuzluk, hizmete karşı memnuniyetsizlik demektir. “Arkadaşlar” ifadesi ise, ast veya üst olsun birden fazla kimseyi anlatmaktadır²⁴⁷.

1.3.3.2.12. Sarhoşluk ve yasak edilen yerlere girmek

“Resmi üniforma ile genelevlere, kumarhanelere, meyhanelere, barlara ve girilmesi garnizon komutanlıklarınca yasaklı başka yerlere girenler veya sarhoşluğu gizlenmeyecek derecede olanlar 7 günden 1 aya kadar oda veya göz hapsi cezası ile cezalandırılırlar. Sarhoşluk fiili görev sırasında işlenmiş ise verilecek ceza 15 günden 2 aya kadar oda veya göz hapsidir” (477 SK m.58).

477 SK’nın 58. maddesinin 1. fıkrasının ilk cümlesi incelendiğinde, suçun oluşması için seçenekli birden fazla hareketten herhangi birinin yapılmasının gerektiği görülmektedir. Buna suçun oluşması için; resmi üniforma ile “genelevlere girmek”, “meyhanelere girmek”, “kumarhanelere girmek”, “barlara girmek”, “girilmesi garnizon komutanlığınca yasak edilen başka yerlere girmek” hareketlerinden birinin yapılması gerekmektedir. Bu maddeyle korunmak istenen kamu yararı, askerlik mesleğinin saygınlığı olduğundan bu suçların işlenebilmesi için, failin üniforma giymiş olması gerekmektedir²⁴⁸.

Sadece alkol almış olmak başlı başına suç teşkil etmez. Bu hareketin suç teşkil edebilmesi için failin sarhoşluğunun gizlenemeyecek derecede açık ve aşikâr olması gerekir. Sarhoşluğun açık ve aşikâr belirtileri ise, bir yere sızmak, dengesini sağlayamayıp yere düşmek, sağa sola yalpa yapmak, el ve kol hareketleri ile ileri geri konuşmak, uluorta sövmek, gelip geçenleri rahatsız edecek ayıp ve çirkin hareketlerde bulunmak, gibi tutum ve davranışlardır²⁴⁹.

²⁴⁶ “Sanığın orduvinde görevli erlerin yanına gelerek astsubaydan dayak yiyen ere ‘orduevinde görevli astsubayın kendilerine baskı yaptığını, haklarını aramalarının gerektiğini, şikayet etmelerini ve verdiği emirleri yapmayarak yapmış gibi görünmelerini’ söylemesi, hoşnutsuzluk yaratmaya matuf söz ve davranışlardır” (As.Yrgt.2.D. 6.12.1989, E.640, K.621, AYKD, S.8, 1992, s.275).

²⁴⁷ KOÇYİĞİT, agt, s.121.

²⁴⁸ YILDIRIM, agm, s.102; As.Yrgt.Drl.Krl. 13.11.1980, E.108, K.108, POLATCAN, age, s.501.

²⁴⁹ ÖZBAKAN, Disiplin, s.181; POLATCAN, age, s.500; ÇULHA, age, s.62.

1.3.3.2.13. Kumar oynamak

“Kumar oynayanlar, 1 aya kadar oda veya göz hapsi cezası ile cezalandırılırlar” (477 SK m.59)

TCK’nın 228/4. maddesine göre kumar, kazanç amacıyla icra edilen, kâr ve zararın talihe bağlı olduğu oyunlardır. Buna göre bir oyunun kumar sayılması için iki koşul aranacaktır. Birincisi oyunun kazanç amacıyla yapılması, ikincisi ise kâr ve zararın talihe bağlı olmasıdır²⁵⁰.

Suçun oluşumu için askeri elbiseli olmak şart değildir. Askeri mahal dışında kumar oynanması halinde de suç oluşur²⁵¹.

1.3.3.2.14. Meslek kuruluşlarına, izin verilmeyen derneklere veya spor kulüplerinin faal üyeliklerine girmek

“Meslek kuruluşlarına, MSB’lğınca yayımlanan listede adı bulunmayan derneklere veya spor kulüplerinin faal üyeliklerine girenler 10 günden 2 aya kadar oda veya göz hapsi cezası ile cezalandırılırlar” (477 SK m.60).

Suçun maddi unsuru, meslek kuruluşlarına, izin verilmeyen derneklere veya spor kulüplerinin faal üyeliklerine girmektir. Maddede neticeyi meydana getirmeye elverişli üç hareket gösterilmiştir. Bu hareketlerden birinin yapılmasıyla suç oluşabilmektedir.

1.3.3.2.15. Yasak edilen kitap, dergi ve yazıları okumak veya bulundurmak

“Askeri öğrenci, er ve erbaşlar tarafından okunması veya bulundurulması Genelkurmay Başkanlığınca yasak edildiği bildirilen kitapları, dergileri ve her türlü yazıları okuyan veya bulunduranlar 15 güne kadar oda hapsi cezası ile cezalandırılırlar” (477 SK m.61).

Suçun maddi unsuru, Genelkurmay Başkanlığınca yasak edildiği bildirilen kitapları, dergileri ve her türlü yazıları okumak veya bulundurmadır²⁵². Maddeye göre suçun faili ancak askeri öğrencilerle²⁵³, erbaş ve erler olabilir. Yedek subay adayları, kurs boyunca öğrenci statüsünde olduklarından, bu yasaklamalar onlar için de geçerlidir.

²⁵⁰ ÇELEN, age, s.471; ÖZBAKAN, Disiplin, s.184; POLATCAN, age, s.502; ÇULHA, age, s.63.

²⁵¹ As.Yrgt.1.D. 02.12.1987, E.713, K.719, POLATCAN, age, s.502.

²⁵² Çarşı izninden dönüşte almış olduğu bir adet yasak yayını (porno dergi) karakola getiren kişinin fiili 477 SK’nın 61. maddesindeki suçu oluşturur (As.Yrgt. 4.D. 23.03.2004, E.390, K.385, yayınlanmamıştır).

²⁵³ Liselerden yukarı okul, yüksek okul ve üniversitelerde okuyan askeri öğrenciler bu suçun faili olabilirlerse de, lise, ortaokul ve eşidi okullar askeri öğrencileri bu suçun faili olamazlar (KOÇYİĞİT, agt, s.138).

1.3.3.3. Devlet Memurları Kanununda düzenlenen disiplin suçları

657 SK'da düzenlenen disiplin suçlarının çeşitlerini incelemekten önce, söz konusu Kanunda disiplin suçlarının düzenlenmesiyle ilgili tarihi gelişimi kısaca inceleyelim.

1.3.3.3.1. Düzenlemenin tarihi gelişimi

1926 yılında çıkarılan 788 sayılı Memurin Kanunu'nun 28-33. maddeleri arasında disiplin suçları tek tek sayılmak suretiyle gösterilmişti. Kanunda, sayılan fiillere nitelik olarak benzerlik gösteren fiillerin de cezalandırılmasına olanak tanıyan bir düzenlemeye yer verilmemişti²⁵⁴.

1965 yılında çıkarılan 657 SK'nın ilk şeklinde hangi disiplin suçunun hangi disiplin cezasını gerektirdiği ayrı ayrı düzenlenmemiştir. 124. maddesinde; *“Kamu hizmetlerinin gereği gibi yürütülmesini sağlamak amacı ile kanunların, tüzüklerin ve yönetmeliklerin Devlet memuru olarak emrettiği ödevleri yurt içinde veya dışında yerine getirmeyenlere, uyulmasını zorunlu kıldığı hususları yapmayanlara, yasakladığı işleri yapanlara durumun niteliğine ve ağırlık derecesine göre aşağıdaki maddede sıralanan disiplin cezalarından birisi verilir”* denilerek disiplin suçlarının neler olduğu ve bunlara hangi disiplin cezalarının verileceği, cezayı vermeye yetkili olanların takdirine bırakılmıştır.

657 SK'nın bu ilk şeklindeki düzenlemenin sakıncaları kısa sürede anlaşılmış ve 13.7.1970 tarihli 1327 SK'la 125. madde değiştirilmek suretiyle, disiplin cezalarının hangi suçlar için verileceğinin Bakanlıkların görüşü alınarak Devlet Personel Dairesince hazırlanacak bir tüzükte gösterileceği hükmü getirilmiştir. Fakat öngörülen tüzük çıkarılamamıştır.

657 SK'nın disiplin hükümlerinde 23.12.1972 tarihli 2 sayılı KHK ile önemli değişiklikler yapılmış, 125. maddesinde yapılan değişiklikle de hangi disiplin suçlarına hangi disiplin cezalarının verileceği tek tek sayılmak suretiyle belirlenmiştir. Fakat bu düzenleme de 10 yıl yürürlükte kalabilmiştir.

657 SK'nın 125. maddesinde, 12.5.1982 tarihli 2670 SK'la yapılan ve bugün halen yürürlükte olan değişiklikle, hangi disiplin suçunun hangi disiplin cezasını gerektirdiği yine tek tek sayılarak belirtilmekle birlikte, maddeye eklenen *“Yukarda sayılan ve disiplin cezası verilmesini gerektiren fiil ve hallere nitelik ve ağırlıkları itibarıyla benzer fiillerde bulunanlara da aynı neviden disiplin cezaları verilir”* şeklindeki hükümle, bu sayma anlamsız hale getirilmiştir.

²⁵⁴ SAĞLAM, agt, s.6-7.

1.3.3.3.2. Disiplin suçlarının çeşitleri

Devlet memurlarının yükümlülükleri genel olarak 657 SK'nın “Ödev ve Sorumluluklar” başlıklı ikinci bölümünde 6-16. maddelerinde düzenlenmiştir. Ancak Devlet memurlarının yükümlülükleri bu maddelerle sınırlı değildir. Başka mevzuat hükümlerinden ve yaptıkları görevden kaynaklanan yükümlülükleri de vardır²⁵⁵. Ödev ve yasaklara aykırı davranışlar 657 SK'nın 125. maddesinde disiplin suçu olarak düzenlenmiştir.

Devlet memurlarına verilecek disiplin cezaları ile her bir disiplin cezasını gerektiren fiiller 657 SK'nın 125. maddesinde sayılmıştır. Çalışmanın niteliği itibarıyla girmeden 657 SK'nın 125. maddesinde düzenlenen suçları da inceleyeceğiz.

1.3.3.3.2.1. Uyarma cezası gerektiren disiplin suçları

Uyarma; memura, görevinde ve davranışlarında daha dikkatli olması gerektiğinin yazı ile bildirilmesidir. Uyarma cezasını gerektiren fiiller, 657 SK'nın 125. maddesinin (A) fıkrasında 8 bent halinde sayılmıştır. Uyarma cezasını gerektiren fiiller şunlardır;

a. Göreviyle ilgili kayıtsızlık ve düzensizlik göstermek

“Verilen emir ve görevlerin tam ve zamanında yapılmasında, görev mahallinde kurumlarca belirlenen usul ve esasların yerine getirilmesinde, görevle ilgili resmi belge, araç ve gereçlerin korunması, kullanılması ve bakımında kayıtsızlık göstermek veya düzensiz davranmak” (657 SK m.125/A-a).

Bu bentte 3 ayrı fiil birlikte düzenlenmiştir. Her 3 fiilde de maddi unsur; *“kayıtsızlık göstermek veya düzensiz davranmak”*tır²⁵⁶. *“Kayıtsızlık”*; aldırmasızlık, ilgisizlik, umursamazlık ve lakayt olma halidir²⁵⁷. *“Düzensizlik”* ise; düzensiz olma durumu, tertipsizlik, intizamsızlık, nizamsızlıktır²⁵⁸. Dolayısıyla düzenli olmak, tertipli, sistemli, muntazam, yerli yerinde ve kararlı davranmaktır. O halde bir Devlet memuru, hizmetin verimliliğini ve etkinliğini azaltacak şekilde tutum ve davranış içine giriyorsa düzensiz hareket ediyor demektir²⁵⁹.

²⁵⁵ Ödev ve yasaklar konusunda ayrıntılı bilgi için bkz. YILDIRIM, age, s.192-196; GÜNDAY, age, s.535-539; TAŞKIN, age, s.71-90; GÖZÜBÜYÜK/TAN, age, C.I, s.895-905.

²⁵⁶ “Görevinde kayıtsızlık gösterdiği anlaşılan davacıya, uyarma cezası verilmesinde yasaya aykırılık görülmediği” (D5D, 25.1.1971, E.1969/1277, K.1971/295, KIRMIZIGÜL, age, s.59).

²⁵⁷ TÜRKÇE SÖZLÜK, s.1117.

²⁵⁸ TÜRKÇE SÖZLÜK, s.595.

²⁵⁹ TAŞKIN, age, s.210.

b. Göreve geç gelmek, görev yerinden ayrılmak

“Özürsüz veya izinsiz olarak göreve geç gelmek, erken ayrılmak, görev mahallini terk etmek” (657 SK m.125/A-b).

Bu bentte de 3 ayrı fiil birlikte düzenlenmiştir. Suçun maddi unsuru, herhangi bir haklı mazeret olmadan göreve geç gelmek, görevden erken ayrılmak ve görev mahallini terk etmektir²⁶⁰.

Bu bentte geçen “özür” kavramının ne anlama geldiği belirsizdir. Kelime olarak “özür”, bir kusurun veya suçun elde olmadan yapıldığının ileri sürülmesi veya bu kusurun hoş görülmesini gerektiren mazerettir²⁶¹. Memur tarafından mazeret olarak ileri sürülen özür, o memurun iradesini zorlayacak veya onu ciddi şekilde sıkıntıya sokacak bir durum olmalıdır. Memurun işe geç gelmesi, erken ayrılması veya görev yerini erken terk etmesi ile kuruma verdiği zarar ile özrüne rağmen zamanında işe gelmesi veya zamanında işinden ayrılması halinde maruz kalacağı zarar kıyaslanmalıdır²⁶².

c. Tasarruf tedbirlerine uymamak

“Kurumca belirlenen tasarruf tedbirlerine riayet etmemek” (657 SK m.125/A-c).

Devlet memurları, TSK tarafından belirlenmiş tasarruf tedbirlerine uymak zorundadır. Ülkemizde yaşanan ekonomik sorunlar nedeniyle, Devlet memurlarının da alınan tedbirlere uymalarını sağlamak için öngörülmüş bir yaptırımdır. Örneğin, elektrik kullanımında israf gösteren memura uyarma cezası verilebilecektir.

d. Usulsüz müracaat veya şikâyet

“Usulsüz müracaat veya şikâyetle bulunmak” (657 SK m.125/A-d).

İçHizK’nın 25-31 ve İçHizY’nin 41-49. maddelerinde askeri kişilerin müracaat ve şikâyet haklarını nasıl kullanacakları düzenlenmiştir. TSK’da çalışan Devlet memurlarının usulüne uygun müracaat ve şikâyetle bulunmaları yasal bir zorunluluktur. Bu nedenle şikâyet ve müracaatlarını, söz veya yazı ile en yakın amirden başlayarak silsile yolu ile ve şikâyet edilen amirleri atlayarak yapmaları esastır. Bu usule aykırı davranışları disiplin suçu oluşturacaktır²⁶³.

²⁶⁰ D5D, 20.1.1970, E.1967/2351, K.1970/130, D5DK, C.I, s.334.

²⁶¹ TÜRKE SÖZLÜK, s.1559.

²⁶² TAŞKIN, age, s.210.

²⁶³ AYİM, 2.D. 2.5.2001, E.748, K.367, AYİMD, S.16, 2001, s.693.

e. Devlet memuruna yakışmayan davranışta bulunmak

“Devlet memuru vakarına yakışmayan tutum ve davranışta bulunmak” (657 SK m.125/A-e).

Devlet memurları, 657 SK’nın 8. maddesinde de belirtildiği gibi, resmi sıfatlarının gerektirdiği itibar ve güvene layık olduklarını, görev içindeki ve görev dışındaki davranışlarıyla göstermek zorundadırlar²⁶⁴.

“Vakar”, ağırbaşlı olma halidir²⁶⁵. Ağırbaşlılık, ahlaklı, kişilikli ve karakter sahibi olmayı gerektirir. Söz konusu kavramlar göreceli olmakla birlikte herkes tarafından kabul görmüş bir çerçevesi vardır. Örneğin, sivil vatandaşlar açısından ahlaklı, onurlu ve vakar sahibi olma ayrı, Devlet memurları açısından ayrı değerlendirilir²⁶⁶.

Suçun maddi unsuru, memurluk vakarına yakışmayan tutum ve davranışta bulunmaktır²⁶⁷. “Tutum”, olaylar karşısında takınılan tavidir. Hiçbir harekette bulunmamak, pasif kalmak ile de memurluk vakarına yakışmayacak bir “tutum” takınılmış olunabilir. Takınılan tutum memurluk ciddiyeti ile bağdaştırılamıyorsa bu suç oluşur²⁶⁸.

f. Görevinde kayıtsızlık göstermek

“Görevine veya iş sahiplerine karşı kayıtsızlık göstermek veya ilgisiz kalmak” (657 SK m.125/A-f).

Devlet memurları, mevzuata uygun olarak görevlerini yerine getirmek zorundadırlar. Dolayısıyla, görevleri ile ilgili talep ve müracaatları zamanında değerlendirmek ve bu konuda gerekli itinaı göstermekle yükümlüdürler. Aksine davranışta bulunan memurlara, uyarma cezası verilebilecektir²⁶⁹.

²⁶⁴ ASLAN, age, s.63.

²⁶⁵ TÜRKÇE SÖZLÜK, s.2075.

²⁶⁶ TAŞKIN, age, s.211.

²⁶⁷ “Davacının görev yerinden ayrıldığı sırada yerel bir gazetede yayınlanan şiirinde ve dairelere gönderdiği veda mesajında kullandığı amirlerini eleştirici nitelikteki ifadelerin görevinin gerektirdiği ciddiyete uygun olmadığı anlaşılmakla, bu davranış dolayısıyla kendisine uyarma cezası verilmesinde hukuka aykırılık bulunmadığı” (D5D, 28.11.1976, E.1974/1012, K.1976/222, KIRMIZIGÜL, age, s.65).

²⁶⁸ KILINÇ, Ahmet; “Devlet Memurları Kanununda Düzenlenen Disiplin Suç ve Cezaları”, http://www.turkhukuk sitesi.com/makale_97.htm,20.01.2009, s.14.

²⁶⁹ D5D, 25.1.1971, E.1969/1277, K.1971/295, D5DK, C.I, s.335.

İşine önem vermeme, işiyle ilgili hususlara karşı ilgisiz olma ve lakayt davranma bu bentteki suçu oluşturur. Aynı şekilde iş sahiplerine karşı böyle bir tutum içine giren memur da disiplin suçu işlemiş sayılır²⁷⁰.

g. Kıyafet hükümlerine aykırı davranmak

“Belirlenen kılık ve kıyafet hükümlerine aykırı davranmak” (657 SK m.125/A-g).

TSK’da çalışan Devlet memurları kılık ve kıyafet ile ilgili düzenleyici işlemlere²⁷¹ ve emirlere uymak zorundadır. Kılık ve kıyafetle ilgili düzenlemeler, kamu personelinin Atatürk devrim ve ilkelerine uygun, uygar, aşırılığa kaçmayacak şekilde, sade bir kılık ve kıyafette olmalarını, kılık ve kıyafette birlik ve bütünlük içinde bulunmalarını sağlamayı amaçlar. Bu amaca ters düşen kılık ve kıyafetler bentteki disiplin cezasını gerektirir.

h. İşbirliğine aykırı davranmak

“Görevin işbirliği içinde yapılması ilkesine aykırı davranışlarda bulunmak” (657 SK m.125/A-h)

Bu bent, iç düzendeki çalışmada verimliliği sağlamaya yöneliktir. Devlet memurları kendi aralarındaki ilişkilerinde işbirliği ilkesine uymak zorundadırlar²⁷².

1.3.3.3.2.2. Kınama cezası gerektiren disiplin suçları

Kınama, memura, görevinde ve davranışlarında kusurlu olduğunun yazı ile bildirilmesidir. Kınama cezasının uygulanmasını gerektiren fiiller, 657 SK’nın 125. maddesinin (B) fıkrasında 13 bent halinde sayılmıştır. Kınama cezasını gerektiren fiiller şunlardır;

a. Görevleriyle ilgili kusurlu davranmak

“Verilen emir ve görevlerin tam ve zamanında yapılmasında, görev mahallinde kurumlarca belirlenen usul ve esasların yerine getirilmesinde, görevle ilgili resmi belge, araç ve gereçlerin korunması, kullanılması ve bakımında kusurlu davranmak” (657 SK m.125/B-a).

Suç teşkil eden fiilin, kusura dayanması gerekmektedir. Diğer bir ifadeyle, yukarıdaki fiillerin yapılması memurun ispatlanabilen kusurundan doğuyorsa, kınama cezası verilebilecektir.

²⁷⁰ TAŞKIN, age, s.213; KIRMIZIGÜL, age, s.65.

²⁷¹ Kamu Kurum ve Kuruluşlarında Çalışan Personelin Kılık ve Kıyafetine Dair Yönetmelik (RG, 25.10.1982, S.17849).

²⁷² KILINÇ, agm, s.15.

b. Kazanç getiren faaliyetlerini bildirmemek

“Eşlerinin, reşit olmayan veya mahcur olan çocuklarının kazanç getiren sürekli faaliyetlerini belirlenen sürede kurumuna bildirmemek” (657 SK m.125/B-b).

657 SK’nın 28. maddesine göre, memurlar, eşleri, reşit olmayan çocuklarının sürekli kazanç getiren faaliyetlerini, 15 gün içinde kurumlarına yazılı olarak bildirmek zorundadırlar²⁷³. Bu yükümlülüğün yerine getirilmemesi, kınama cezasının uygulanmasını gerektirir.

Bildirim yükümlülüğü olan işin süreklilik arz etmesi ve kazanç getirici nitelikte olması şarttır. Dolayısıyla, geçici bir işte ya da hayır veya sosyal amaçlı kazanç getirmeksizin yapılan işlerin bu suçu oluşturması mümkün değildir²⁷⁴.

c. Amire saygısızlık

“Görev sırasında amire hal ve hareketi ile saygısız davranmak” (657 SK m.125/B-c).

Devlet memurları, görev sırasında, hiyerarşi zinciri içinde amirlerinin verecekleri görev ve emirleri saygı içinde yerine getirmek zorundadırlar²⁷⁵. Saygının ölçüsü, örf ve âdete göre genel kabul görmüş hareket tarzlarıdır. Kusurlu olarak bu prensiplere uymamak ise kınama cezasını gerektirir²⁷⁶.

Bu bentte sadece amirden bahsedilmektedir. Bu durumda ister sicil amiri ister disiplin amiri olsun fark etmemektedir. Ancak görev dışında amire hal ve hareketleriyle saygısız davranmak bu suçu oluşturmaz²⁷⁷.

d. Hizmet dışında itibarı sarsacak davranışlar yapmak

“Hizmet dışında Devlet memurunun itibar ve güven duygusunu sarsacak nitelikte davranışlarda bulunmak” (657 SK m.125/B-d).

Devlet memuru görevi ve sıfatı dolayısıyla Devleti temsil ettiği için, vatandaşın itibar ve güven duygusunu sarsmamak zorundadır. Aksine hareketi tespit edilen memurların, kınama cezası ile cezalandırılmaları öngörülmüştür. Ancak, memurun hangi fiillerinin bu suçu oluşturacağı konusunda standart ölçüler bulunmamaktadır.

²⁷³ “Davacı, reşit olan oğlu adına aldığı kamyonu bildirmek zorunda olmadığı gibi, çocuğun kazanç getirici faaliyette bulunmasından ötürü de cezalandırılmayacağı” (D5D, 12.5.1975, E.1974/4476, K.1975/2685, KIRMIZIGÜL, age, s.68).

²⁷⁴ ASLAN, age, s.65.

²⁷⁵ D5D, 28.6.1977, E.1973/5777, K.1977/3824, D5DK, C.I, s.309.

²⁷⁶ ASLAN, age, s.66.

²⁷⁷ KILINÇ, agm, s.16.

e. Devlete ait eşyayı özel işlerinde kullanmak

“Devlete ait resmi araç, gereç ve benzeri eşyayı özel işlerinde kullanmak” (657 SK m.125/B-e).

657 SK’nın 16. maddesinde, Devlet memurlarının, görevleri ile ilgili olarak kendilerine verilen veya kendilerinde bulunan resmi belge, araç ve gereçleri, yetkili bulundukları mahallin dışına çıkarmaları, özel işlerinde kullanmaları yasaklanmıştır. Bu düzenlemenin aksine hareket edenler, kınama cezasıyla cezalandırılacaklardır.

Özel işlerde kullanma dar yorumlanmamalıdır. Aile fertlerinin kullanmasına veya bir yabancıнын kullanmasına izin verilmesi de bu suç oluşturabilir²⁷⁸.

f. Devlete ait eşyayı kaybetmek

“Devlete ait resmi belge, araç, gereç ve benzeri eşyayı kaybetmek” (657 SK m.125/B-f).

g. Çevresindekilere kötü muamele yapmak

“İş arkadaşlarına, maiyetindeki personele ve iş sahiplerine kötü muamelede bulunmak” (657 SK m.125/B-g).

Memurların iş arkadaşlarına, maiyetlerindekiilere ve iş sahiplerine karşı kötü muamelede bulunmaları fiili de kınama cezası verilmesini gerektirir. Böylece, görev münasebetlerinin bütünüyle yapıcı olması amaçlanmıştır²⁷⁹. Kötü muamele, küçük düşürücü veya aşağılayıcı niteliğe ulaşmayan fiillerdir²⁸⁰.

h. Çevresindekilere satışmak

“İş arkadaşlarına ve iş sahiplerine söz veya hareketle satışmak” (657 SK m.125/B-h).

ı. Ahlak aykırı davranmak

“Görev mahallinde genel ahlak ve edep dışı davranışlarda bulunmak ve bu tür yazı yazmak, işaret, resim ve benzeri şekiller çizmek ve yapmak” (657 SK m.125/B-ı).

j. Emirlere itiraz etmek

“Verilen emirlere itiraz etmek” (657 SK m.125/B-j).

²⁷⁸ KIRMIZIGÜL, age, s.71.

²⁷⁹ ASLAN, age, s.67.

²⁸⁰ KIRMIZIGÜL, age, s.72.

Bilindiği gibi, TSK’da çalışan Devlet memurları, Anayasa’nın 137 ve AsCK’nın 41. maddeleri uyarınca, amirleri tarafından verilen emirler açıkça suç teşkil etmiyorsa yerine getirmek zorundadır. Anayasa, kanun, tüzük ve yönetmeliklere uygun emirlere itiraz etme durumunda bu suç oluşmaktadır. Bu bentte düzenlenen disiplin suçu emre “*itiraz*” durumudur. İtiraz emri yapmamak demek değildir²⁸¹. Eğer emir yapılmamışsa AsCK’nın 87. maddesinde düzenlenen suç oluşacaktır.

k. Borçlarını ödememek

“*Borçlarını kasten ödemeyerek hakkında yasal yollara başvurulmasına neden olmak*” (657 SK m.125/B-k).

Kişisel borçlarını ödememek suretiyle haklarında yasal işlem yapılmasına sebebiyet veren memurlara kınama cezası verilebilir. Burada yasal yoldan maksat icra dairesince “*ödeme emri*” gönderilmesi ve “*haciz*” işlemlerine başlanmasıdır²⁸².

l. Çalışma huzur ve düzenini bozmak

“*Kurumların huzur, sükûn ve çalışma düzenini bozmak*” (657 SK m.125/B-l).

Herhangi bir nedenle çalıştıkları kurumun huzur, sükûn ve çalışma düzenini bozan memurlara kınama cezası verilebilir. Buradaki düzenlemede suçun unsuru, hafif nitelikteki huzur ve sükûnu bozucu fiillerdir²⁸³.

m. Basına bilgi veya demeç vermek

“*Yetkili olmadığı halde basına, haber ajanslarına veya radyo ve televizyon kurumlarına bilgi veya demeç vermek*” (657 SK m.125/B-m)²⁸⁴.

657 SK’nın 15. maddesinde, Devlet memurlarının, görevleriyle ilgili olarak basına, haber ajanslarına, radyo ve televizyon kurumlarına bilgi veya demeç veremeyecekleri, bu konuda gerekli bilginin, yetkili kişiler tarafından verilebileceği hükme bağlanmış bulunmaktadır. Mevzuatın aksine hareket edenler, disiplin suçu işlemiş sayılırlar.

²⁸¹ KILINÇ, agm, s.17.

²⁸² TAŞKIN, age, s.216.

²⁸³ ASLAN, age, s.69.

²⁸⁴ Bu suç daha önce kademe ilerlemesinin durdurulması cezası gerektiren (125/D-g) bir disiplin suçu iken 17.9.2004 tarihli 5234 SK’la yapılan değişiklikte kınama cezası gerektiren bir suç haline getirilmiştir.

1.3.3.3.2.3. Aylıktan kesme cezası gerektiren disiplin suçları

Aylıktan kesme cezası, 657 SK'nın 125. maddesinin (C) fıkrasında 10 bent halinde sayılan fiillere uygulanan bir disiplin cezasıdır. Aylıktan kesme cezasını gerektiren fiiller şunlardır;

a. Göreviyle ilgili kasıtlı disiplinsizlikler yapmak

“Kasıtlı olarak; verilen emir ve görevleri tam ve zamanında yapmamak, görev mahallinde kurumlarca belirlenen usul ve esasları yerine getirmemek, görevle ilgili resmi belge, araç ve gereçleri korumamak, bakımını yapmamak, hor kullanmak” (657 SK m.125/C-a).

Yukarıdaki fiillerin kasıtlı olarak işlenmesi halinde bu suçları işleyen memurlara aylıktan kesme cezası verilebilir²⁸⁵.

b. Göreve gelmemek

“Özürsüz olarak bir veya iki gün göreve gelmemek” (657 SK m.125/C-b).

Memurun kabul edilebilir herhangi bir özrü olmadan görevine bir veya iki gün gelmemesi, aylıktan kesme cezasını gerektirir. Disiplin suçunu işleyen memurun ileri sürdüğü mazeretlerin özür olarak kabul edilip edilmeyeceğini disiplin amiri takdir edecektir²⁸⁶.

Kamu görevlerinde süreklilik esastır. Bu yüzden memurlar görevlerini sürekli olarak ve kesintisiz yapmak zorundadır. Memurlar görevlerini ancak ilgili mevzuatın öngördüğü ve imkân verdiği hal ve koşullarda bırakabilecektir. Görevin, keyfi bir şekilde ya da bazı kişisel veya toplu hak arama vb. nedenlere dayalı olarak bırakılması söz konusu olamaz²⁸⁷.

²⁸⁵ “Askeri Hastanede görevlendirildiği gece nöbeti esnasında uyuyan sivil memurun fiili, 657 SK'nın 125/C-a maddesinde belirtilen fiili oluşturduğundan; disiplin amirince davacıya verilen 1/8 oranındaki aylıktan kesme cezası hukuka uygundur” (AYİM, 2.D.22.11.1995, E.352, K.929, AYİMD, S.11, 1997, s.491-493); “Personelin şahsi ve aile durumlarında meydana gelen değişiklikleri belirlemek ve emir komuta altındaki personel hakkında yeterli bilgi dokümanını oluşturmak amacıyla tüm personelden ‘Personel Bilgi Formu’ doldurmaları talep edildiği, formda personelin kendisi ve eşine ait fotoğraf bölümü bulunduğu, davacının eşinin fotoğrafını yapıştırmadığının tespit edilmesi üzerine amiri tarafından forma eşinin fotoğrafını yapıştırmasının tekrar istenildiği, buna rağmen fotoğraf yapıştırmayan davacının savunması alınarak 657 SK'nın 125/C-a maddesi gereğince 1/10 oranında aylıktan kesme cezası ile cezalandırılması hukuka uygundur” (AYİM, 2.D.3.6.1998, E.120, K.449, AYİMD, S.13, 1999, s.394-398).

²⁸⁶ TAŞKIN, age, s.218.

²⁸⁷ ASLAN, age, s.71.

Devamsızlığın bir veya iki gün olarak hesaplanmasında da birbirini izleyen iş günleri esas alınır. İşe gelinmeyen günün sonrası tatile rastlıyor ve tatil bitiminde memur işe geliyorsa, bu sadece bir gün işe gelmeme olarak dikkate alınmalıdır²⁸⁸.

c. Devlete ait eşyayı özel menfaatinde kullanmak

“Devlete ait resmi belge, araç, gereç ve benzerlerini özel menfaat sağlamak için kullanmak” (657 SK m.125/C-c).

d. Yalan söylemek

“Görevle ilgili konularda yükümlü olduğu kişilere yalan ve yanlış beyanda bulunmak” (657 SK m.125/C-d).

Devlet memurunun göreviyle ilgili bulunan konularda yükümlü olduğu kişilere yalan veya yanlış beyanda bulunması disiplin suçu sayılmıştır. Herhangi bir zararın meydana gelip gelmemesi önemli değildir. Ancak yalan veya yanlış beyanın görevle ilgili olmayan konularda olması disiplin suçunu oluşturmaz²⁸⁹.

e. Amire saygısızlık

“Görev sırasında amirine sözle saygısızlık etmek” (657 SK m.125/C-e).

Memurun görevi sırasında amirine sözle saygısızlık etmesi disiplin suçu olarak kabul edilmiştir. Suç kapsamına sadece görev sırasında işlenen sözlü saygısızlık fiilleri alınmıştır²⁹⁰. Sözle saygısızlığı, TCK’nun 125. maddesinde düzenlenen hakaret suçunu oluşturmayacak hafif nitelikteki fiiller olarak anlamak yerinde olacaktır²⁹¹.

f. Görev yerini kullandırmak

“Görev yeri sınırları içerisinde her hangi bir yerin toplantı, tören ve benzeri amaçlarla izinsiz olarak kullanılmasına yardımcı olmak” (657 SK m.125/C-f).

²⁸⁸ D5D, 22.10.1984, E.1538, K.1713, KIRMIZIGÜL, age, s.82.

²⁸⁹ ASLAN, age, s.72; KILINÇ, age, s.19.

²⁹⁰ “Davacının söylediği, ‘hayır istemiyorum, mahkemeye vereceğim, hakkımı alacağım’ şeklindeki sözler, bir irade beyanının açığa vurulması ve dava hakkını kullanacağını bildirilmesi şeklinde olsa dahi, söyleniş tarzının bağırarak ve amir karşısında uygun olmayan tavır ile olması, diğer memurların önünde söylenmesi nedeniyle ‘amire sözle saygısızlık’ olarak nitelendirilip davacıya aylıktan kesme cezasının verilmesi tüm unsurları itibarıyla hukuku uygundur” (AYİM, 2.D.13.7.1994, E.850, K.1450, AYİMD, S.9, 1995, s.313-316).

²⁹¹ ASLAN, age, s.73.

Devlete ait bina ve yerler, yetkililerden önceden izin alınmadan, herhangi bir toplantı, tören ve benzeri amaçlarla kullanılamaz. Aksine hareket halinde, kullanılmasına yardımcı veya vasıta olan memurlara aylıktan kesme cezası verilebilir.

g. İkamet yerini terk etmek

“İkamet ettiği ilin hudutlarını izinsiz terk etmek” (657 SK m.125/C-g).

657 SK’nın Ek 20. maddesi uyarınca, memurların, görev yaptıkları kurum ve hizmet birimlerinin bulunduğu yerleşme merkezlerinde ikamet etmeleri esastır. Devlet memurlarının görevlerini aksatmamak kayıt ve şartıyla belirtilen hudutlar dışında ikamet edebilmeleri için yetkili amirince izin verilmesi gerekir. İzin almadan il hudutlarının terk edilmesi, aylıktan kesme cezasını gerektirir. İkamet edilen ilin ilçelerine izinsiz olarak gitmek bu suçu oluşturmaz. Burada kastedilen ilin sınırlarıdır, yoksa il merkezi değildir²⁹².

h. Toplu müracaat veya şikâyet

“Toplu müracaat veya şikâyet etmek” (657 SK m.125/C-h).

Daha önceki açıklamalarımızda belirttiğimiz gibi, Devlet memurları, müracaat ve şikâyet hakkına sahiptirler. 657 SK’nın 26, İçHizK’nın 25 ve 28. maddelerinde müracaat ve şikâyet hakkının kullanılma usulüne sınırlama getirilmiştir. Bu düzenlemeye göre, müracaat ve şikâyet hakkının, birden fazla Devlet memuru tarafından topluca kullanılması yasaktır. Bu yasağa uymamanın yaptırımı ise, aylıktan kesme cezası olarak düzenlenmiştir.

ı. Hizmette itibarı sarsacak davranış yapmak

“Hizmet içinde Devlet memurunun itibar ve güven duygusunu sarsacak nitelikte davranışlarda bulunmak” (657 SK m.125/C-ı).

Bu bentte düzenlenen suç yoruma müsaittir. Davranışların itibar ve güven duygusunu sarsıcı sayılıp sayılmaması mesleğin özelliğine ve fiilin niteliğine göre değişmektedir. Ayrıca disiplin cezası verilirken hizmet içi - hizmet dışı ayrımının doğru yapılması gerekir²⁹³. Çünkü hizmet dışında Devlet memurunun itibar ve güven duygusunu sarsacak nitelikteki davranışlar daha hafif bir cezayı gerektirmektedir.

²⁹² TAŞKIN, age, s.219.

²⁹³ ASLAN, age, s.74-75.

j. Yasak yayın bulundurmak

“Yasaklanmış her türlü yayını görev mahallinde bulundurmak” (657 SK m.125/C-j).

Suçun oluşması için, mahkeme kararıyla yasaklanmış yayının kısa bir süre de olsa görev yerinde bulundurulması yeterlidir.

1.3.3.3.2.4. Kademe ilerlemesinin durdurulması cezası gerektiren disiplin suçları

Kademe ilerlemesinin²⁹⁴ durdurulması, fiilin ağırlık derecesine göre memurun bulunduğu kademe ilerlemesinin 1 - 3 yıl durdurulmasıdır. Kademe ilerlemesinin durdurulmasını gerektiren fiiller 657 SK'nın 125. maddesinin (D) fıkrasında 14 bent halinde sayılmıştır. Kademe ilerlemesinin durdurulması cezasını gerektiren fiiller şunlardır;

a. Görevde içkili olmak

“Göreve sarhoş gelmek, görev yerinde alkollü içki içmek” (657 SK m.125/D-a).

Devlet memurunun özellikle görev yerinde içki bulundurması, içki içmesi, göreve alkollü gelmesi memuriyet disiplini ile bağdaşmayan bir davranış biçimidir. Bu nedenle de disiplin suçu olarak düzenlenmiştir. Memurun görevine sarhoş geldiğinin sabit olması ve bunun devamlılık gösterir nitelik kazanması²⁹⁵ halinde fiilin ağırlık derecesine göre 1-3 yıl kademe ilerlemesinin durdurulması cezası verilir.

b. Kesintisiz göreve gelmemek

“Özürsüz ve kesintisiz 3 - 9 gün göreve gelmemek” (657 SK m.125/D-b).

Memurun kabul edilebilir bir özrünün bulunması veya herhangi bir özrü bulunmamasına rağmen göreve gelmemesinin kesintisiz olarak 3 günü tamamlamaması yani devamsızlığın birer, ikişer günlük kesintilerle gerçekleşmesi halinde suç oluşmayacak ve kademe ilerlemesinin durdurulması cezası uygulanması da söz konusu olamayacaktır.

c. Görevi ile ilgili çıkar sağlamak

“Görevle ilgili olarak her ne şekilde olursa olsun çıkar sağlamak” (657 SK m.125/D-c).

²⁹⁴ Kademe ilerlemesi; Memurun görev ve rütbesinde değişiklik olmadan belli bir hizmet süresini doldurması ve olumlu sicil alması durumunda aylık bakımından yaptığı yatay ilerlemedir (AKYILMAZ, age, s.383).

²⁹⁵ ASLAN, age, s.76.

657 SK'nın 29. maddesine göre, Devlet memurlarının, doğrudan doğruya veya aracı eliyle hediye istemeleri ve görevleri sırasında olmasa dahi menfaat sağlamak amacıyla hediye kabul etmeleri veya iş sahiplerinden borç para istemeleri ve almaları yasaktır. Bu nedenle suçun oluşabilmesi için çıkar sağlamının görevle ilgili olması gerekir²⁹⁶.

d. Amir veya emrindekileri aşğılamak

“Amirine veya maiyetindekilere karşı küçük düşürücü veya aşğılayıcı fiil ve hareketler yapmak” (657 SK m.125/D-d).

Memurun astına veya üstüne karşı küçük düşürücü veya aşğılayıcı fiiller yapması disiplin suçu olarak kabul edilmiştir²⁹⁷. Bu bentte aynı statüdeki kişilere karşı işlenen fiiller kapsam dışı bırakılmıştır.

Sözle saygısızlık etmek fiili aylıktan kesme cezasını gerektirmektedir. Dolayısıyla, sözle saygısızlıktan daha ağır olarak nitelenebilecek fiiller küçük düşürücü vasıfta kabul edilmeli ve kademe ilerlemesinin durdurulması cezasının uygulanmasına esas alınmalıdır. Fiilin üst sınırı ise, fiili saldırıdır²⁹⁸.

e. Görev yerini izinsiz kullanmak veya kullandırmak

“Görev yeri sınırları içinde herhangi bir yeri toplantı, tören ve benzeri amaçlarla izinsiz kullanmak veya kullandırmak” (657 SK m.125/D-e).

f. Sahte belge düzenlemek

“Gerçeğe aykırı rapor ve belge düzenlemek” (657 SK m.125/D-f).

Belirli bir rapor ya da rapor grubu değil, memurun görevi gereğı düzenlemesi gereken tüm raporlar esas alınmıştır²⁹⁹. Örneğın, doktor raporu, sicil raporu, teftiş raporu vs. Suçun oluşması için gerçeğe aykırı rapor ve belge düzenlemek yeterlidir. Böyle bir rapor ve belgeyi kullanmak bendin kapsamı dışındadır³⁰⁰.

²⁹⁶ ASLAN, age, s.77.

²⁹⁷ “Davacının yüksek sesle cevaplar vermesi üzerine saygılı olması konusunda ikaz edildiğı, bunun üzerine davacının ‘iki elim yakanda olacak, şikayete gidiyorum, mahkemeye ver ne yaparsan yap, benimle uğraşırsan bende seninle sonuna kadar uğraşacağım’ diyerek odadan çıktığı, bu suretle gelişen olayda, davacının 657 SK’nın 125/D-d maddesi uyarınca 1 yıl süre ile kademe ilerlemesinin durdurulması işlemi hukuka ve mevzuata uygundur” (AYİM, 2.D.30.12.1998, E.412, K.961, AYİMD, S.13, s.392-394).

²⁹⁸ ASLAN, age, s.78.

²⁹⁹ ASLAN, age, s.78.

³⁰⁰ KILINÇ, agm, s.22.

h. Ticaret yapmak

“Ticaret yapmak veya Devlet memurlarına yasaklanan diğer kazanç getirici faaliyetlerde bulunmak” (657 SK m.125/D-h)

657 SK’nın 28. maddesinde düzenlenen yasağa aykırı fiiller disiplin suçu olarak düzenlenmiştir. Devlet memurlarının, Türk Ticaret Kanununa göre tacir veya esnaf sayılmalarını gerektirecek herhangi bir faaliyette bulunmaları bu bentteki suçu oluşturur³⁰¹.

ı. Ayrımcılık yapmak

“Görevin yerine getirilmesinde dil, ırk, cinsiyet, siyasi düşünce, felsefi inanç, din ve mezhep ayrımı yapmak, kişilerin yarar veya zararını hedef tutan davranışlarda bulunmak” (657 SK m.125/D-ı)

j. Mal bildiriminde bulunmamak

“Belirlenen durum ve sürelerde mal bildiriminde bulunmamak” (657 SK m.125/D-j).

Devlet memurları, 3628 sayılı Mal Bildiriminde Bulunulması, Rüşvet ve Yolsuzluklarla Mücadele Kanunu’nun³⁰² ilgili hükümlerine uygun mal bildiriminde bulunmak zorundadırlar. Bu yükümlülüğe uymayanlara, disiplin cezasının yanı sıra adı geçen kanundaki cezalar verilir.

k. Yasaklanan bilgileri açıklamak

“Açıklanması yasaklanan bilgileri açıklamak” (657 SK m.125/D-k).

l. Hakaret veya tehdit etmek

“Amirine, maiyetindekilere, iş arkadaşları veya iş sahiplerine hakarete bulunmak veya bunları tehdit etmek” (657 SK m.125/D-l).

m. Yurtdışında borçlanmak

“Diplomatik statüsünden yararlanmak suretiyle yurt dışında, haklı bir sebep göstermeksizin ödeme kabiliyetinin üstünde borçlanmak ve borçlarını ödemedeki tutum ve

³⁰¹ “Dava ve soruşturma dosyasındaki belgelerin incelenmesinden, davacının babasının adına kayıtlı ticari otoyolu başka bir şoförün çalıştırdığı ve hâsılatı davacıya teslim ettiği, davacının ise boş zamanlarda bu otoyolu kullandığı anlaşılmakta ise de, bu hallerin, Türk Ticaret Kanununun 16. ve 17. maddelerinde belirlenen tacir ve esnaf tanımı kapsamında bulunmadığı açıktır” (D10D, 15.4.1987, E.1987/178, K.1987/792, DD, S.68-69, s.688).

³⁰² RG, 4.5.1990, S.20508.

davranışlarıyla Devlet itibarını zedelemek veya zorunlu bir nedene dayanmaksızın borcunu ödemedi yurda dönmek” (657 SK m.125/D-m).

657 SK’nın 9. maddesinde, Devlet memurlarından sürekli veya geçici görevle veya yetiştirme, inceleme ve araştırma için yabancı memleketlerde bulunanların Devlet, itibarını veya görev haysiyetini zedeleyici fiil ve davranışlarda bulunmaları yasak kapsamına alınmıştır. Bu yasağa aykırı borçlanmak disiplin suçu olarak düzenlenmiştir.

n. Emirleri kasten yapmamak

“Verilen görev ve emirleri kasten yapmamak” (657 SK m.125/D-n).

Daha önceki açıklamalarımızda da belirttiğimiz gibi TSK’da çalışan Devlet memurları, amirlerinin verdiği konusu açıkça suç oluşturmeyen tüm emirleri yerine getirmek ve verilen görevleri yapmak zorundadırlar³⁰³. Bu yükümlülüklerini kasten yerine getirmemeleri halinde, bu suç oluşabilir³⁰⁴.

o. Siyasi faaliyette bulunmak

“Herhangi bir siyasi parti yararına veya zararına fiilen faaliyette bulunmak” (657 SK m.125/D-o)

1.3.3.3.2.5. Devlet memurluğundan çıkarma cezası gerektiren disiplin suçları

Devlet memurluğundan çıkarma cezası, bir daha Devlet memurluğuna atanmamak üzere memurluktan çıkarmaktır. Devlet memurluğundan çıkarma cezasının uygulanmasını gerektiren fiiller, 657 SK’nın 125. maddesinin (E) fıkrasında 11 bent halinde sayılmıştır³⁰⁵. Devlet memurluğundan çıkarma cezasını gerektiren fiiller şunlardır;

³⁰³ “TSK’da çalışan memurlara hizmet sınıfı dışında da olsa becerisi dâhilinde ve mensup olduğu idari kuruluşun faaliyet alanı içinde olan hizmete ilişkin, geçici ve diğer personele yardım mahiyetindeki görevlerin amirler tarafından verilmesinde yasalara ve hukuka aykırı bir yönü olmadığından; bu doğrultuda amirince verilen görevi hiç yerine getirmeyen memureye kademe ilerlemesinin durdurulması disiplin cezası verilmesi uygundur” (AYİM, 1.D.27.3.1990, E.1989/498, K.1990/198, AYİMD, S.7, 1993, s.392-395).

³⁰⁴ “Amirinin masasında birikmiş evrakları getirmesi konusunda davacıya emir verdiği, davacının ‘getirmiyorum, git şikâyet et’ diyerek evrakları getirmediği, emrin bir kaç kez tekrarına rağmen davacının evrakları getirmediği, bu nedenle davacının 657 SK’nın 125. maddesinin (D) fıkrasının (n) bendi uyarınca kademe ilerlemesinin 2 yıl süre ile durdurulması yönünde tesis edilen işlemin hukuka uygun olduğu” (AYİM 2.D. 30.12.1998, E.412, K.961, AYİMD, S.13, s.392-394).

³⁰⁵ “657 SK’nın 125/C-J fıkrasında, ‘yasaklanmış her türlü yayını görev mahallinde bulundurmak’ fiilinin dahi maaş kesme cezasını gerektirmesi karşısında bu yayınları görev mahalli dışında bulundurulmasının Devlet memurluğundan çıkarma cezasını gerektirdiğinin kabul edilemeyeceği” (D12D, 25.4.2002, E.2000/1481, K.2002/1726, DBİM).

a. İdeolojik amaçlarla kurumların huzurunu bozmak

“İdeolojik veya siyasi amaçlarla kurumların huzur, sükûn ve çalışma düzenini bozmak, boykot, işgal, engelleme, işi yavaşlatma ve grev gibi fiillere katılmak veya bu amaçlarla toplu olarak göreve gelmemek, bunları tahrik ve teşvik etmek veya yardımında bulunmak” (657 SK m.125/E-a)³⁰⁶.

657 SK’nın 26. maddesinde, Devlet memurlarının kamu hizmetlerini aksatacak tarzda memurluktan kasıtlı olarak çekilmeleri veya görevlerine gelmemeleri veya görevlerine gelmelerine rağmen, Devlet hizmetlerini ve işlerini yavaşlatma veya aksatma sonucunu doğuracak hareketlerde bulunmaları; 27. maddesinde de greve katılmaları yasaklanmıştır.

Devlet memurlarının görevi terk etmesi, uzun veya kısa süreli de olsa disiplin suçunu oluşturur. Suçun oluşumu için memurların görevi aynı zamanda terk etmeleri de şart değildir. Değişik zamanlarda görevin bırakılması halinde de suç oluşur³⁰⁷.

Salt olarak siyasi veya ideolojik amaçla hareketlerde bulunmak, bu suçun oluşumu için yeterli değildir. Ayrıca söz konusu fiiller nedeniyle kurumun huzur, sükûn ve çalışma düzeni de bozulmalıdır. Kurumun huzur, sükûn ve çalışma düzeninin bozulması ise, iş veriminin düşmesi, kamu hizmetindeki kalitenin azalması veya personelin psikolojik ve ruhsal olarak yorulması ve yıpranmasıdır. Bu hususların objektif olarak tespiti çok zor olduğundan keyfi uygulamaya açıktır³⁰⁸.

Kurumun huzur, sükûn ve çalışma düzenini bozan siyasi veya ideolojik hareketlerin adli açıdan suç teşkil etmesi gerekmez. Zira 657 SK’nın 125. maddesinin (E) fıkrası altındaki Devlet memurluğundan çıkarılmayı gerektiren fiiller, ceza hukuku anlamında suç oluşturup oluşturumamasına göre belirlenmemiştir.

b. İdeolojik amaçlı yayınlara yardım etmek

“Yasaklanmış her türlü yayını veya siyasi veya ideolojik amaçlı bildiri, afiş, pankart, bant ve benzerlerini basmak, çoğaltmak, dağıtmak veya bunları kurumların herhangi bir yerine asmak veya teşhir etmek” (657 SK m.125/E-b).

³⁰⁶ Maddede geçen, ideoloji, siyaset, siyasal suç, kurumun huzur, sükûn ve çalışma düzenini bozmak, grev, boykot, işyeri işgali ve işi yavaşlatma kavramları konusunda ayrıntılı bilgi için bkz. TAŞKIN, age, s.224-235.

³⁰⁷ ASLAN, age, s.84.

³⁰⁸ TAŞKIN, age, s.227.

Bu düzenlemeyle memurların siyasi ve ideolojik tarafsızlığını sağlama amaçlanmıştır. Ancak bu bentte memurların kurum dışı faaliyetleri de dikkate alınmıştır. Memurun maddede belirtilen yayınları kurum içinde asması ya da teşhir etmesi halinde kurumun ve memurun tarafsızlığı zedeleneyeceği için çıkarılma cezasının verilmesi uygun görülebilir. Ancak memurun kurum dışında siyasi veya ideolojik amaçlı yayınlar basması, çoğaltması veya dağıtması sırasında, kişi memur sıfatını ve yetkilerini kullanmadığı veya kamu hizmeti etkilenmediği sürece Devlet memurluğundan çıkarılma cezasının verilmesi, Kanunun maksadını aşacağı gibi memurun düşünce, ifade ve haberleşme hürriyetlerine müdahale oluşturabilecektir³⁰⁹.

c. Siyasi partiye girmek

“Siyasi partiye girmek” (657 SK m.125/E-c).

“Hâkimler ve savcılar, Sayıştay dâhil yüksek yargı organları mensupları, kamu kurum ve kuruluşlarının memur statüsündeki görevlileri, yaptıkları hizmet bakımından işçi niteliği taşımayan diğer kamu görevlileri, Silahlı Kuvvetler mensupları ile yükseköğretim öncesi öğrencileri siyasi partilere üye olamazlar” (Ay. m.68/5).

657 SK’nın *“Tarafsızlık ve Devlete bağlılık”* başlıklı 7. maddesi de Anayasaya paralel bir düzenleme getirmiştir. Kanunun 125. maddesinin (D) fıkrasına göre, tarafsızlığını bozarak herhangi bir siyasi parti yararına veya zararına fiilen faaliyette bulunan memura, kademe ilerlemesinin durdurulması cezası olarak verilebilecekken; Devlet memurunun siyasi partiye girmesi halinde, (E) fıkrasının (c) bendine göre Devlet memurluğundan çıkarılma cezası verilebilecektir³¹⁰.

d. Yıl içinde 20 gün göreve gelmemek

“Özürsüz olarak 1 yılda toplam 20 gün göreve gelmemek” (657 SK m.125/E-d).

Kabul edilebilir bir özrü olmaksızın 1 yılda toplam 20 gün süre ile görevine gelmeyen memur Devlet memurluğundan çıkarılabilecektir. 20 günlük devamsızlığın kesintisiz olması gerekmez. Ayrıca sürelerin hesabında işgünü esas alınmalıdır³¹¹.

Bilindiği gibi, 657 SK’nın *“Çekilme”* başlığını taşıyan 94. maddesinde memurun görevden çekilmesine ilişkin esaslar düzenlenmiştir. Bu düzenlemeye göre, izinsiz ve

³⁰⁹ TAŞKIN, age, s.236.

³¹⁰ D8D, 15.10.1992, E.1991/1864, K.1992/2348, DBİM.

³¹¹ “657 SK’nın 125/E-d maddesine göre bir yılda toplam özürsüz olarak 20 gün göreve gelmemek Devlet memurluğundan çıkarmayı gerektiriyorsa da, devamsızlığın sonunun tatil olan cumartesi ve pazar günlerine rastlaması ve ilgilinin tatil günlerinden sonraki işgününde göreve başlaması nedeniyle devamsızlığın 20 gün olarak kabulüne olanak bulunmadığı” (D10D, 29.9.1986, E.466, K.1659, DD, S.68-69, s.28).

mazeretsiz olarak 10 gün süre ile görevini terk eden memur, yazılı müracaatı aranmaksızın çekilme isteğinde bulunmuş sayılmaktadır. 20 günlük gelmeme süresinin hesabında 94. maddedeki 10 gün gelmeme durumunun da araştırılması, eğer memur çekilmiş sayılıyorsa memuriyette çıkarma cezasının verilmemesi gerekmektedir³¹².

Devlet memurluğundan çıkarma için öncelikle memurun göreve devamsızlığının özürsüz olması şartı aranmıştır. Tutukluluk ya da gözaltına alınma gibi memurun iradesi dışında gerçekleşen göreve devamsızlıklar, “özür” kavramı içinde değerlendirilmelidir³¹³.

e. Olağanüstü dönemlerde emirleri yapmamak

“Savaş, olağanüstü hal veya genel afetlere ilişkin konularda amirlerin verdiği görev veya emirleri yapmamak” (657 SK m.125/E-e).

f. Amir veya emrindekilere fiilen saldırmak

“Amirine ve maiyetindekilere fiili tecavüzde bulunmak” (657 SK m.125/E-f).

İster ast olsun, ister üst olsun tüm memurlar idarenin bütünlüğünü koruyacak düzeyde uyumlu çalışmak zorundadır. Bu bendin düzenlenmesindeki esas amaç idarenin bütünlüğünü korumaktır. İdare, kendi bütünlüğünü büyük ölçüde hiyerarşi ile korur. Ast veya üstün birbirlerine yönelik fiili tecavüzü büyük oranda hiyerarşik düzene zarar verir. Fiilin cezasını ağırlaştıran husus da hiyerarşik yapıya verdiği zarardır. Ast ya da üstün kişilik veya beden bütünlüğünün korunması ikinci planda kalır. Bu nedenledir ki, aynı statüde memurların birlerine karşı fiili tecavüzü bu bent kapsamında sayılmamıştır³¹⁴.

g. Yüz kızartıcı hareketler yapmak

“Memurluk sıfatı ile bağdaşmayacak nitelik ve derecede yüz kızartıcı ve utanç verici hareketlerde bulunmak” (657 SK m.125/E-g).

Devlet memurları, resmi sıfatlarının gerektirdiği itibar ve güvene layık olduklarını hizmet içindeki ve hizmet dışındaki davranışlarıyla göstermek zorundadırlar (657 SK m.8/1). Çünkü Devlet memurları, resmi sıfatları nedeni ile Devleti temsil etmektedirler. Bu suçta korunmak istenen hukuki yarar, memuriyet sıfatının itibar, güven ve saygınlığıdır³¹⁵.

³¹² ASLAN, age, s.85.

³¹³ TAŞKIN, age, s.243

³¹⁴ Danıştay, aynı kurumda çalışan fakat aralarında amir-maiyet ilişkisi bulunmayan memurun diğer bir memura fiili tecavüzde bulunmasını Devlet memurluğundan çıkarma sebebi olarak kabul etmemiştir (D10D, 23.10.1990, E.1989/2100, K.1990/2297, TAŞKIN, age, s.251).

³¹⁵ TAŞKIN, age, s.251-252;

“*Zimmet, irtikâp, rüşvet, hırsızlık, dolandırıcılık, sahtecilik, güveni kötüye kullanma, hileli iflas*” gibi suçlar “*yüz kızartıcı suçlar*”dır. Bu bentte belirtilen “*yüz kızartıcı hareket*” kavramı, “*yüz kızartıcı suçlar*” kavramından daha geniş kapsamlıdır. Ceza hukukunda dahi kapsamı tartışmalı olan yüz kızartıcı suçlardan daha geniş yorumlanabilecek yüz kızartıcı hareketlerin sınırı, memurluk sıfatı ile bağdaşmayacak nitelik ve derecede olmasıdır³¹⁶.

h. Gizli bilgileri açıklamak

“*Yetki almadan gizli bilgileri açıklamak*” (657 SK m.125/E-h).

ı. Arananları görev yerinde gizlemek

“*Siyasi ve ideolojik fiillerden arananları görev mahallinde gizlemek*” (657 SK m.125/E-ı)

Siyasi ve ideolojik fiillerinden dolayı ilgili makamlarca aranmakta olan kişilerin Devlet memuru tarafından görev mahallinde gizlenmesi disiplin suçu sayılmıştır. Bu disiplin suçunda Devlet memurluğundan çıkarma cezası verebilmek için dört şartın varlığı gerekmektedir; Şüpheli veya sanığın siyasi ve ideolojik fiil işlemesi, memurun gizlemiş olduğu kişinin siyasi ve ideolojik fiillerden aranan birisi olduğunu bilmesi, siyasi ve ideolojik fiillerden aranan kişiyi görev yerinde gizlemesi ve şüpheli veya sanığın CMK uyarınca aranan biri olması gerekir³¹⁷.

j. Yurt dışında Devletin itibarı zedelemek

“*Yurt dışında Devletin itibarını düşürecek veya görev haysiyetini zedeleyecek tutum ve davranışlarda bulunmak*” (657 SK m.125/E-j).

k. 5816 SK’ya aykırı fiiller yapmak

“*5816 sayılı Atatürk Aleyhine İşlenen Suçlar Hakkındaki Kanuna aykırı fiilleri işlemek*” (657 SK m.125/E-k).

657 SK, Devlet memurlarının, Devlete bağlılıkları için Atatürk ilke ve inkılâplarına bağlı kalmalarını vazgeçilmez bir şart olarak görmektedir. Atatürk ilke ve inkılâplarına bağlılık aynı

³¹⁶ AYİM, 2.D.3.10.2007, E.2006/58, K.2007/773, AYİMD, S.23, 2008, s.482-485; “*Piyasaya sahte para süren bir şebekenin üyesi olmak suçundan tutuklanan ve hakkında yargılama henüz sonuçlanmayan davacının yüksek disiplin kurulunca memurluk sıfatı ile bağdaşmayacak nitelik ve derecede yüz kızartıcı ve utanç verici hareketlerde bulunduğu gerekçesiyle Devlet memuriyetinden çıkarılmasında hukuka aykırılık yoktur*” (AYİM, 1.D.30.5.1995, E.1994/1304, K.1995/611, AYİMD, S.10, 1996, s.548-549); “*Memura yalan beyanda bulunmak suçundan mahkûmiyetine konu olan fiilin idarece 657 SK’nın 125/E-g bendi kapsamında değerlendirilmesinde bir takdir zaafı bulunmamaktadır*” (AYİM, 1.D.1.10.1991, E.1990/1459, K.1991/2176, AYİMD, S.7, 1993, s.399).

³¹⁷ TAŞKIN, age, s.259.

zamanda Anayasal bir gerekliliktir. 5816 SK³¹⁸ kapsamındaki suçları işleyen memurlar, bu Kanundaki cezalara muhatap olmalarının yanı sıra, Devlet memurluğundan çıkarma cezası ile de cezalandırılırlar.

1.3.3.4. Askeri Hâkimler Kanununda düzenlenen disiplin suçları

357 SK'nın “*disiplin cezaları*” başlıklı 29. maddesinde, 657 SK'nın 125. maddesinde olduğu gibi verilecek disiplin cezaları ile her bir disiplin cezasını gerektiren fiiller belirtilmiş³¹⁹, ancak her iki cezayı gerektiren fiillere “*nitelik ve ağırlıkları itibarıyla yukarıda belirtilenlerin benzeri fiillerde bulunmak*” şeklinde torba suç hükmü olarak nitelendirebileceğimiz hükümle bu sayma anlamsız hale getirilmiştir. Şimdi uyarma ve kınama cezalarını gerektiren fiilleri inceleyelim.

1.3.3.4.1. Uyarma cezası gerektiren disiplin suçları

Uyarma, görevde daha dikkatli olması gerektiğinin yazı ile bildirilmesidir. Uyarma cezasını gerektiren fiiller şunlardır;

1.3.2.4.1.1. Görevde kayıtsızlık ve düzensizlik

657 SK'nın 125/A-a. maddesinde düzenlenen disiplin suçuna benzer düzenleme yapılmıştır. Hâkimlik görevini yaparken, ilgisizlik, umursamazlık, tertipsizlik, intizamsızlık gibi hizmetin verimliliğini ve etkinliğini azaltacak tutum ve davranışlar disiplin suçunu oluşturur.

1.3.3.4.1.2. Meslektaşlarına, emrindeki personele, görevi nedeniyle muhatap olduğu kişilere veya iş ilişkisi bulunan kişilere karşı kırıcı davranmak

Kırıcı olma, kaba, sert, çevresindekileri söz veya davranışlarıyla incitmektir³²⁰. “*Meslektaş*” kavramı, aynı meslekten değildir. Bu nedenle sadece askeri hâkimler değil, diğer asker kişiler de “*meslektaş*” kavramına girer. Dolayısıyla bir askeri hâkimin, görevi nedeniyle muhatap olduğu kişilere karşı kaba, sert ve incitici davranış ve sözleri bu disiplin suçunu oluşturur.

³¹⁸ RG, 31.07.1951, S.7872.

³¹⁹ 357 SK'nın 29. maddesinde 10.11.1983 tarihli 2948 SK'la değişiklik yapılmadan önce ihtar ve tevbih cezaları vardı. Ancak bu cezaların verilmesini gerektiren fiillerle ilgili hiçbir düzenleme yoktu.

³²⁰ TÜRKÇE SÖZLÜK, s.1158.

1.3.3.4.1.3. Mazeretsiz olarak göreve geç gelmek ve görevden erken ayrılmak

657 SK'nın 125/A-b. maddesinde düzenlenen disiplin suçuna benzer düzenleme yapılmıştır. Suçun maddi unsuru, herhangi bir haklı mazeret olmadan göreve geç gelmek veya görevden erken ayrılmaktır.

1.3.3.4.1.4. Kanun, tüzük, yönetmelik, karar ve talimatlarda açık olarak belirtilen konularda işi uzatacak şekilde davranışlarda bulunmak, yazı ve tekitleri zamanında cevaplandırmamak

Bu bentte düzenlenen suç, hâkimlik görevi ile ilgilidir. Adaletin gecikmesini önlemek için hâkimin görevini eksiksiz ve zamanında yapması gerekir. Aksi davranışlar bu disiplin suçunu oluşturur.

1.3.3.4.2. Kınama cezası gerektiren disiplin suçları

Kınama, belli bir fiil veya davranışın kusurlu sayıldığıнын yazı ile bildirilmesidir. Kınama cezasını gerektiren fiiller şunlardır;

1.3.3.4.2.1. Hizmet içinde ve dışında resmi sıfatın gerektirdiği saygınlık ve güven duygusunu sarsacak nitelikte davranışlarda bulunmak

Burada, 657 SK'nın 125/C-ı ve 125/B-d maddelerinde ayrı ayrı düzenlenen suçlar tek bir suç olarak birleştirilmiştir. Bir askeri hâkim, hâkimlik görevi ve sıfatı dolayısıyla, vatandaşın nezdindeki itibar ve güven duygusunu sarsmamak zorundadır. Aksine davranışlar bu suç oluşturur. Ancak bu bentte düzenlenen suç yoruma müsaittir. Davranışların itibar ve güven duygusunu sarsıcı sayılıp sayılmaması hâkimlik mesleğinin özelliğine ve fiilin niteliğine göre değerlendirilmesi gerekir.

1.3.3.4.2.2. Kılık ve kıyafetine dikkat etmemek

Bir kamu görevlisi olan askeri hâkimin, kılık ve kıyafetle ilgili düzenleyici işlemlere uygun hareket etmemesi bu disiplin suçunu oluşturur.

1.3.3.4.2.3. Meslektaşlarına, emrindeki personele, görevi nedeniyle muhatap olduğu kişilere veya iş ilişkisi bulunan kişilere kötü muamelede bulunmak

657 SK'nın 125/B-g maddesinde düzenlenen suç benzer düzenleme yapılmıştır. Kötü muamele, küçük düşürücü veya aşağılayıcı niteliğe ulaşmayan fiillerdir. Kırıcı davranış ve sözleri aşan nitelikteki söz ve davranışlar kötü muamele suçunu oluşturur.

1.3.3.4.2.4. Kazanç getiren sürekli faaliyetleri bildirmemek

Daha öncede de belirtildiği üzere bildirim yükümlülüğü olan işin süreklilik arz etmesi ve kazanç getirici nitelikte olması şarttır.

1.3.3.4.2.5. Mevzuat uyarınca MSB'lığının verdiği talimatı yerine getirmemek, büro ve kalem teşkilatının denetimini ihmal etmek

353 SK'nın değişik maddelerinde MSB'nın kullanabileceği yetkiler düzenlenmiştir. Örneğin “*Milli Savunma Bakanının gözetim yetkisi*” başlıklı 35. maddesinde, askeri mahkemelerin idari işleri ile askeri savcılıkların bütün işlemlerinin MSB'nın gözetimine tabi olduğu, bu görevin MSB'lığı Askeri Adalet İşleri Başkanlığı aracılığı ile yürütüleceği düzenlenmiştir. Dolayısıyla askeri mahkemede görevli askeri hâkimlerin idari işlerle ilgili, askeri savcılarının ise tüm işlemlerinde MSB'lığınca verilen mevzuata uygun talimatlarına aykırı hareket etmeleri bu disiplin suçunu oluşturur.

353 SK'nın 7. maddesinde belirtildiği gibi her askeri mahkeme ile her askeri savcılıkta birer kalem teşkilatı kurulur. Askeri Mahkemeler, Askeri Savcılıklar Kalem Teşkilatı ve Personelin Görev ve Sorumlulukları Hakkında Yönetmeliğin³²¹ 3. maddesi uyarınca her kalem teşkilatında birer başkâtip ile yeteri kadar kâtip bulunur. Yönetmeliğin 4. maddesi uyarınca askeri mahkeme başkâtipleri idari işlerde askeri mahkeme kıdemli hâkimine, adli işlerde mahkemenin bütün hâkimlerine bağlı ve sorumludurlar. Askeri savcılık başkâtipleri ise, askeri savcıya bağlı ve ona karşı sorumludurlar. Dolayısıyla kıdemli askeri hâkim ve askeri savcılar kalem faaliyetlerinin yürütülmesini denetimle görevlidirler. Bu görevlerini aksatmaları da disiplin suçunu oluşturur.

1.3.3.4.2.6. Görevin, işbirliği ve uyum içerisinde yapılmasını engelleyici tutum ve davranışlarda bulunmak

657 SK'nın 125/A-h maddesinde düzenlenen suça benzer düzenleme yapılmıştır. Bu bentte yapılan düzenleme, iç düzendeki çalışmada verimliliği sağlamaya yöneliktir. Askeri hâkimin yaptığı hareket işbirliği ilkesine uygun düşmüyorsa kınama cezası verilebilecektir

1.3.3.5. Askeri Yargıtay ve AYİM Kanunlarında düzenlenen disiplin suçları

1600 SK'nın 34. maddesi uyarınca, Askeri Yargıtay Başkanı, Başsavcısı, İkinci Başkanı, daire başkanları ve üyelerinin; 1602 SK'nın 28. maddesi uyarınca, AYİM Başkanı, Başsavcı, Daire Başkanları ve üyelerinin;

³²¹ RG, 31.3.1965, S.1197.

- hâkimlik ve askerlik vakar ve onuruna dokunan,
- şahsi haysiyet ve itibarını kıran,

- görev gereklerine uymayan davranışları nedeniyle haklarında her iki Yüksek Mahkeme içinde kurulan yüksek disiplin kurulu tarafından disiplin kovuşturması yapılır. Disiplin kovuşturması sonunda, fiilin ağırlığına göre, uyarma, kınama veya görevden çekilmeye davet disiplin cezaları verilebilir.

Söz konusu maddelerde belirtilen üç cezayı gerektiren fiiller toplu olarak ve soyut bir şekilde düzenlenmiştir. Dolayısıyla yüksek disiplin kurulunun fiilin ağırlığına göre cezayı belirleme konusunda büyük takdir yetkisi vardır. Görevden çekilmeye davet cezası, niteliği ve sonuçları itibariyle bir anlamda TSK'dan çıkarma cezası olduğundan bu şekilde soyut şekilde düzenlenen fiillere dayanılarak uygulanması hâkim bağımsızlığına, hakkaniyete ve adalete aykırı sonuçlara yol açabilecek niteliktedir.

1.3.3.6. Öğrenci mevzuatında düzenlenen disiplin suçları

Öğrenci mevzuatında disiplin suçları konusunda yeknesaklık yoktur. Her okul kendi yönetmelik ve yönergesinde değişik disiplin suçlarını düzenlemektedir. Bazılarında objektiflik sağlamak için disiplin tecavüzü (AsCK m.162/1-A) niteliğinde olan fiiller dahi ayrıntılı olarak düzenlenmektedir.

Örneğin, 1462 sayılı Harp Okulları Kanununa dayanılarak çıkarılmış bulunan Harp Okulları Yönetmeliği'nin 15. maddesine göre; *“Her öğrenciye öğrenimi süresince 160 ahlak (disiplin) notu verilir. Ahlak (disiplin) notundan hangi cezalar ve fiillerden dolayı ne miktar düşüleceği, Harp Okulları Disiplin Yönergesinde belirtilir”*. Harp Okulları Disiplin Yönergesi'nin III. kısmının 15. maddesinde suçlar, *“TCK'nın öngördüğü suçlar”, “AsCK'nın öngördüğü suçlar”, “477 SK'nın öngördüğü suçlar”, “Hiç bir kanunda yazılı olmayan fakat askeri terbiye ve disiplini bozucu nitelikleri itibariyle Harp Okulları Disiplin Yönergesi'nde örnek teşkil etmesi için gösterilen fiil ve tekasüller”* ile *“diğer fiil ve tekasüller”* şeklinde sayılmıştır. Aynı Yönergenin 17. maddesinde, disiplin tecavüzü sayılan fiiller (B) grubu suçlar olarak nitelenmiş ve 34. maddede; kıyafet, yemekhanelerde, yatakhanelerde, dersanelerde, gazino ve teneffüslerde, berberhanede, iş ocaklarında, vizite yeri ve hastanelerde, kütüphanelerde, sinemada, konferanslarda, telefon yerinde, ziyaret yerinde, içtimalarda, nöbette, denizde, hapiste, disiplin ceza yerinde, sınavlarda, ast ve üst münasebetlerinde, genel olarak ve müteferrik başlıkları altında kazuistik bir metotla sayılıp karşılarında cezaları da belirtilmiştir.

1.4. DİSİPLİN SUÇLARININ ADLİ SUÇLARLA KARŞILAŞTIRILMASI

Disiplin suçları da, ceza hukukundaki suçlar gibi bir normu ihlal ederler ve bu nedenle yaptırım davet ederler. Aralarındaki bu benzerlikten hareket edilerek, disiplin suçunun genel unsurlarının belirlenmesinde, ceza hukukundaki suç genel teorisinden yararlanmak mümkündür³²². Böylece disiplin suçunun genel unsurlarının belirlenmesiyle, bir fiili disiplin suçu haline sokan ve onu diğer hukuka aykırı fiillerden ayıran hususların neler olduğu da ortaya konulabilir. Adli suçlarla disiplin suçları arasındaki farklar;

1.4.1. Amaç ve Kapsam Bakımından

Ceza Hukukunun amacı kamu düzenini ve toplumu korumaktır. Bu nedenle ceza hukukunda, genel sosyal düzeni korumak amacıyla yaptırım altına alınan fiiller “suç” olarak nitelendirilmektedir. Cezalandırmayı gerektiren fiillerin kaynağını, kişinin bir Devletin ülkesinde yaşama ve bulunmasından ileri gelen genel bir itaat yükümlüğü oluşturur³²³. Bu genel amaca ve yükümlülüğün kaynağına bağlı olarak da ceza kanunları ülkede yaşayan herkesi kapsamına alır.

Disiplin hukukunun amacı ise, kurum düzenini koruyarak hizmetlerin gereği gibi yürütülmesini sağlamaktır³²⁴. Disiplin hukukunda, kısmi bir düzeni korumak amacıyla yaptırıma bağlanan fiiller “disiplin suçu” olarak nitelendirilmektedir³²⁵. Disiplin suçlarının kaynağını genel suçlardan farklı olarak Devlete karşı genel itaat yükümlülüğü değil, hiyerarşik yetkiyi haiz olan veya olmayan bir topluluğa bağlılıktan kaynaklanan özel bir ilişki (statü ilişkisi) oluşturur. Bu nedenle de disiplin suçları ancak statü içinde bulunan kimseleri kapsamına alır. Statü dışındaki kimselerin disiplin mevzuatıyla öngörölmüş suçları iştiraken de olsa³²⁶ işlemeleri mümkün değildir.

³²² LİVANELİOĞLU, age, s.24.

³²³ DÖNMEZER/ERMAN, age, C.I, s.340.

³²⁴ İÇEL/DONAY, age, s.3.

³²⁵ Ayrıntılı bilgi için bkz. DÖNMEZER/ERMAN, age, C.I, s.339-347; DEMİRBAŞ, Timur; Ceza Hukuku Genel Hükümler, 3. Bası, Ankara 2005, s.57-58; ÖZTÜRK, Bahri/ERDEM, Mustafa Ruhan; Uygulamalı Ceza Hukuku ve Emniyet Tedbirleri Hukuku, 8. Bası, Ankara 2005, s.96-98.

³²⁶ Ceza Kanununda yer alan ve sadece belli statüde bulunanların işleyebileceği suçları (mahsus suçlar) bu statüde bulunmayan kimselerin de iştirak suretiyle işleyebilmeleri mümkündür. Örneğin, sadece memur olanların işleyebileceği rüşvet, zimmet gibi suçlarda, memur olmayan kimselerin azmettirme veya yardım etme suretiyle bu suçlara iştirakleri cezalandırılmaktadır. Oysa kural olarak disiplin suçlarını kamu görevlisi olmayan kimselerin iştiraken de olsa işlemesi ve cezalandırılması mümkün değildir. ALACAKAPTAN, bu durumu disiplin suçları ile adli suçlar arasındaki ilk ve ana fark olarak nitelermektedir (ALACAKAPTAN, age, s.15).

1.4.2. Kanunilik İlkesi Bakımından³²⁷

Ceza hukukunda kanunilik ilkesi, gerek suç adı verilen yasak hareketlerin (suçta kanunilik) gerekse bu yasak hareketlerin işlenmesi halinde uygulanacak cezaların (cezada kanunilik) kanun tarafından açık, kesin ve belirli bir şekilde tespit edilmiş olmasını ifade eder. Bu ilkeyle kişilerin kanunlar tarafından yasaklanmış olan hareketleri önceden bilerek davranışlarını buna göre düzenlemelerine imkan sağlanmış olur³²⁸.

1982 Anayasası'nın 38. maddesinde, kimsenin işlendiği zaman yürürlükte bulunan kanunun suç saymadığı bir fiilden dolayı cezalandırılmayacağı, kimseye suçu işlediği zaman kanunda o suç için konulmuş olan cezadan daha ağır bir ceza verilemeyeceği, ceza ve ceza yerine geçen güvenlik tedbirlerinin ancak kanunla konulacağı; 15. maddesinde de, suç ve cezaların geçmişe yürütülemeyeceği hükme bağlanmıştır. Öte yandan TCK'nun 2. maddesinde, kanunun açıkça suç saymadığı bir fiil için kimseye ceza verilemeyeceği, kanunda yazılı cezalardan başka bir ceza verilemeyeceği; 7. maddesinde de, işlendiği zaman yürürlükte bulunan kanuna göre suç sayılmayan bir fiilden dolayı kimseye ceza verilemeyeceği, işlendikten sonra yürürlüğe giren kanuna göre suç sayılmayan bir fiilden dolayı da kimsenin cezalandırılmayacağı düzenlenmiştir.

Anayasa ve TCK'da yer alan bu kurallara göre kanunilik ilkesinin “*kanunla düzenlenme*”, “*kanunun açık olması*” ve “*kanunun geçmişe uygulanmazlığı*” olmak üzere üç alt ilkeye dayandığı görülmektedir³²⁹. Bu ilkelerden “*kanunla düzenlenme*”, ceza hukukunun kaynaklarını; “*kanunun açık olması*”, ceza kanunlarının formüle edilmesini ve yorumunu, “*kanunun geçmişe uygulanmazlığı*” da, kanunların zaman bakımından geçerliliğini ilgilendirmektedir³³⁰.

Ceza hukukunda kanunilik ilkesinin başta gelen ilk anlamı, suç ve cezaların “*kanun*” adı altındaki hukuki metinlerle düzenlenmesi zorunluluğudur. Bu ilke adli suçlar yönünden sıkı bir şekilde uygulanmakta ve cezalandırılacak fiiller ceza kanunlarında tek tek sayılmak suretiyle düzenlenmektedir. Disiplin suçları yönünden ise, kanunla düzenlenme ilkesine tam uyulduğunu söyleme imkânı yoktur. Disiplin suçlarında daha çok genel ibareler kullanılmaktadır.

³²⁷ Kanunilik ilkesi ile bu ilkenin ceza hukuku ve idare hukuku yönünden Anayasal konumu İkinci Bölümde daha geniş olarak ele alınacağından burada ayrıntıya girilmeyecektir.

³²⁸ SAĞLAM, agt, s.47.

³²⁹ TOROSLU, Nevzat; Ceza Hukuku, Savaş Yayınları, Ankara 2001, s.16.

³³⁰ SAĞLAM, agt, s.47-48.

Ceza Hukukunda suç olarak kabul edilen davranış modelleri (tipleri) ceza normu içeren kanunlarda tek tek tanımlanmıştır. Eğer bir fiil kanunda yazılı bu modellerden (tiplerden) hiçbirisine uymuyorsa suç olarak kabul edilemez ve cezalandırılmaz. Suç tanımlarının açık ve kesin olması konusunda da disiplin hukukunun ceza hukukundan ayrıldığını görmekteyiz. Disiplin suçlarından bir kısmı genellikle yoruma açık her yöne çekilebilen ifadeler içermektedir. Örneğin, 657 SK'nın 125. maddesinde yer alan “*Devlet memuru vakarına yakışmayan tutum ve davranışta bulunmak*” (m.125/A-e); 1602 SK'nın 34. maddesinde yer alan “*şahsi haysiyet ve itibarı kırma*” gibi disiplin suçları muğlak ve takdire açık olan suç hükümlerdir.

Disiplin hukukunda açıklık ilkesine uymayan asıl düzenlemeleri “*torba suç hükmü*” olarak adlandırdığımız kurallar oluşturmaktadır. Örneğin, 657 SK'nın 125. maddesinde her bir disiplin cezasının altında hangi suçların söz konusu cezaları gerektirdiği tek tek sayılmakla birlikte maddenin sondan dördüncü fıkrasında yer alan, “*yukarıda sayılan ve disiplin cezası verilmesini gerektiren fiil ve hallere nitelik ve ağırlıkları itibarıyla benzer fiillerde bulunanlara da aynı neviden disiplin cezaları verilir*” şeklindeki kuralla bu sayma bir bakıma anlamsız hale getirilerek açıklık ilkesinden uzaklaşmıştır³³¹. Bu ve benzeri düzenlemelerle disiplin hukukunda kıyas yoluyla yeni suçlar yaratılabileceği bizzat kanun koyucu tarafından kabul edilerek bu alanda açıklık ilkesinin geçerli olmadığı ortaya konulmuştur³³². Nitekim uygulamada da 125. maddenin anılan fıkrası esas alınarak kıyasen suç oluşturulmaktadır³³³.

³³¹ DÖNMEZER/ERMAN, 657 SK'da yer alan disiplin suçlarının tipikliği belirlemeye olanak vermeyecek şekilde genel ve açık ifadelerle düzenlendiği konusunda 124. maddenin 2. fıkrasındaki düzenlemeyi de esas alarak değerlendirme yaparken (DÖNMEZER/ERMAN, age, C.I, s.343) yukarıda değindiğimiz asıl torba suç hükmü olan 125. maddenin sondan 4. fıkrasını gözden kaçırmaktadır. 124. maddenin 2. fıkrasında yer alan hüküm 657 SK'nın 1965 tarihli ilk metninde 124. madde olarak tek fıkra şeklinde düzenlenmişti. Kanun metninin ilk halinde disiplin suçlarının 124. maddede belirtilenden başka bir tanımı yoktu. 125. maddede sadece disiplin cezalarının türleri ve tanımları belirtilmişti. 125. maddede 2 sayılı KHK ile yapılan değişiklikle bu kez hangi suçların hangi cezayı gerektirdiği tek tek sayılarak düzenlenmiş, 1982 yılında 2670 SK'la yapılan değişiklikle 124. maddeye disiplin amirlerinin kimler olacağını belirleyen birinci fıkra eklenmiştir. İlk halinde yer alan düzenleme ikinci fıkra olarak muhafaza edilmekle birlikte disiplin suç ve cezalarının tek tek sayıldığı 125. maddeye eklenen bir fıkra (sondan 4. fıkra) ile torba suç hükmü düzenlenmiştir. Söz konusu düzenlemelerin belirtilen kronolojik seyrini göz önüne aldığımızda 125. maddede disiplin suçları tek tek belirtilmiş durumda iken ve 124. maddenin anılan düzenlemesi de varlığını sürdürmekte iken kanun koyucunun bu şekilde bir torba suç hükmü ihdas etmesi başlangıçta tüm disiplin suçlarını belirtmek amacıyla getirilen 124. maddedeki çok genel nitelikli düzenlemeyi artık benzetme yoluyla suç ihdas edilmesine uygun bir hüküm olarak kabul etmediğini göstermektedir. Bu nedenle 125. maddeye eklenen torba suç hükmü sonrasında halen muhafaza edilen 124. maddenin anılan hükmünü de artık disiplin suçlarının neler olabileceği konusunda çerçeve çizen genel bir direktif hükmü olarak anlamının ve bu hükmün kıyas yoluyla yeni suç yaratmaya dayanak oluşturamayacağını kabulü gerekmektedir. Nitekim YÜCE (age, s.7) de disiplin hukukunda kıyasa cevaz veren hüküm olarak 657 SK'nın 125. maddesinin sondan 4. fıkrasını göstermektedir (SAĞLAM, agt, s.50, dn.130).

³³² ARICA, M. Nadir; Memur Suçları ve Soruşturma, Ankara 1990, s.117; AKYILMAZ, age, s.125.

³³³ Bir memur aynı konumdaki bir iş arkadaşını dövmekten mahkûm olmuş, idare bu kişiyi 657 SK'nın 125/E-f. maddesinde yer alan, “*ast ve üstlerine karşı saldırida bulunmak*” hükmüne göre memurluktan çıkarmıştır. Bu işleme karşı açılan davada idare mahkemesi fiilin ast ve üst durumunda bulunan

Geçmişe yürümezlik ilkesine ilişkin disiplin mevzuatında açık bir hüküm bulunmamaktadır. Ancak gerek doktrinde³³⁴, gerekse Danıştay³³⁵ içtihatlarında disiplin suç ve cezaları açısından da ceza hukukunun bu önemli ilkesinin geçerli olduğu kabul edilmektedir.

1.4.3. Suçun Unsurları Bakımından

Ceza Hukukuna göre bir kimsenin cezalandırılabilmesi için, sonucuna yaptırım öngörülen bir hareketin yapılması gerekir. Bir hareketin suç oluşturması ceza kanununda öngörülen çeşitli unsurları taşımasıyla mümkündür³³⁶. TCK sisteminde esas alınan suç teorisinde suçun unsurları üçe ayrılmaktadır: 1) Maddi unsur, 2) Manevi unsur, 3) Hukuka aykırılık unsuru. Bu üç unsurun birlikte olması halinde suçun varlığından söz edilir. Bu unsurlardan herhangi birinin bulunmaması, hareketi suç olmaktan çıkarır. Bir hareketin disiplin suçunu oluşturabilmesi için de bu üç unsurun bulunması gerekir.

1.4.4. Suça Etki Eden Haller Bakımından

Suçu etkileyen haller, suçun daha ağır veya daha hafif sayılmasını, bunun sonucunda temel cezanın artırılıp indirilmesini gerektiren, fakat bulunmamaları durumunda da suçun varlığını etkilemeyen nedenlerdir. Suçu etkileyen hallerin gerçekleşmesi suçun hukuki niteliğine etki yapmazlar³³⁷.

1.4.4.1. İndirim nedenleri

TCK, indirim nedenlerini haksız tahrik ve takdiri indirim nedenleri olmak üzere iki şekilde düzenlemiştir.

kimselere karşı işlenmemiş olduğu (tipiklik unsurunu taşımadığı) gerekçesiyle işlemi iptal etmiştir. Ancak Danıştay, 125. maddenin sondan 4. fıkrasına dayanarak astını veya üstünü döven kimse cezalandırılırken aynı konumdaki iş arkadaşına saldırının cezalandırılmamasının düşünülemeyeceği gerekçesiyle, uygulanan memuriyetten çıkarma cezasını uygun bularak aksi yöndeki idare mahkemesi kararını bozmuştur (D8D, 25.3.1992, E.91/171, K.92/518, DD, S.86, 1993, s.421); “657 SK’nın 125. maddesi (E) bendi (c) fıkrası memurluktan çıkarılma nedenlerinden biri olarak siyasi partiye üye olmayı saymıştır. Davacının da PKK adli yasadışı örgütün aşırı sempatizani ve üyesi olduğu ve evinde bu örgüte ait çeşitli belge ve dokümanlar ele geçip ayrıca örgüt mensubu iki militana yataklık ettiği hususu dosya içeriğinden anlaşıldığından; yasal bir siyasi partiye üye olmanın dahi Devlet memurluğundan ilişik kesilmesi için yeterli görülmesine nazaran, yasadışı örgüt üyesi hakkında memuriyetten çıkarılma işleminin tesisi gayet tabidir” (AYİM, 1.D.18.10.1994, E.590, K.1244, AYİMD, S.9, 1995, s.312-313).

³³⁴ SÜRBEHAN, age, s.36; LİVANELİOĞLU, age, s.38; TAŞKIN, age, s.142.

³³⁵ “Meydana geldiği tarihte hukukun öngördüğü koşullara uygun olarak yürürlüğe konulmuş bir disiplin yönetmeliği bulunmaması nedeniyle disiplin cezası uygulanmasına olanak bulunmayan fiilleri, sonradan yürürlüğe konulan bir disiplin yönetmeliği kapsamına alarak disiplin cezasına tabi kılmak hukukun genel ilkeleriyle bağdaşmaz” (D10D, 12.6.1984, E.958, K.1262, DBİM). Benzer yönde D10D, 30.5.1985, E.84/219, K.85/1142, DBİM.

³³⁶ Suç genel teorisinde suçun unsurlarına ilişkin olarak farklı görüşler ve sınıflandırmalar bulunmaktadır. Bu konudaki görüşler için bkz. ÖZGENÇ, Şerh, s.176-193; TOROSLU, age, s.34 vd.

³³⁷ SAĞLAM, agt, s.77.

1.4.4.1.1. Haksız tahrik

TCK'nun 29. maddesinde, “*Haksız bir fiilin meydana getirdiği hiddet veya şiddetli elemnin etkisi altında suç işleyen kimseye*” verilecek cezanın indirileceği düzenlenmiştir. Haksız tahrik, kusur yeteneğindeki azalmayı ifade etmektedir. Haksız tahrik, kusurun irade unsuru üzerinde etkili olan bir sebeptir. Haksız tahrik halinde failin iradesinde bir azalma meydana gelmektedir. Böylece haksız bir fiilin meydana getirdiği hiddetin etkisi altındaki kişinin suç işlemekten kendisini alıkoyma yeteneği, önemli ölçüde azalmış bulunmaktadır. Ancak, hiddetin kusur yeteneğini zayıflatan bir etkisini kabul edebilmek için, bunun haksız bir fiilden kaynaklanması gerekir³³⁸.

Haksız tahrikten söz edebilmek için; haksız bir fiil bulunmalıdır, bu fiil failde hiddet veya şiddetli elem meydana getirmiş olmalıdır, haksız tahrike tepki olarak gösterilen fiil gazap veya elemnin etkisi altında işlenmeli, yani bunlar arasında illiyet bağı bulunmalıdır³³⁹.

657 SK'da haksız tahrik bir indirim nedeni olarak düzenlenmemekle birlikte ceza hukukundan ayrı bir haksız tahrik müessesesi oluşturmaya gerek yoktur. Çünkü söz konusu kavram psikolojik ve sübjektif bir esasa dayanmaktadır. Bu nedenle kıyasen ve hukukun genel ilkeleri yoluyla mahiyetine uyduğu ölçüde ceza hukukunda kullanılan haksız tahrik müessesesi disiplin suçlarında da uygulama alanı bulabilir³⁴⁰. Nitekim Danıştay haksız tahriki disiplin suçları açısından bir indirim nedeni olarak kabul etmektedir³⁴¹.

AsCK'nın 92. maddesinin 1. fıkrasında yer alan; “*bir amir veya mafevk nizamla ve askerlik kaidelerine mugayir muamelede bulunmak yahut makam ve mevkiin salahiyetini tecavüz etmek suretiyle madunu tahrik eyler ve madun bu tahrik sebebiyle 82, 84, 85, 86, 87, 88, 89, 90, ve 91. maddelerde yazılı suçlardan birini hemen yaparsa, TCK'nun 51. maddesine göre, madunun cezası hafifletilir*” şeklindeki düzenleme gereği, astın haksız tahrik nedeniyle cezasının indirilebilmesi için, işlediği suçun madde de numaraları gösterilen suçlardan biri

³³⁸ ÖZGENÇ, Şerh, s.409.

³³⁹ “Mağdurun askerlik hizmetinin gereği olarak üstüne karşı askeri adap ve usullere uygun olarak göstermekle yükümlü olduğu saygıyı göstermesi gerekirken üstü olan sanıkla konuşurken sakız çiğnemeyi sürdürmesi karşısında sanığın fiilinin haksız tahrik altında gerçekleştiği” (As.Yrgt.Drl.Krl.15.3.2007, E.23, K.18, AYKD, S.21, 2008, s.529-533).

³⁴⁰ SANCAKDAR, age, s.288; ASLAN, age, s.55; KAYA, Cemil; “Memur Disiplin Suç ve Cezalarına ve Disiplin Soruşturmalarına Hakim Olan Temel İlkeler”, AİD, C.38, S.2, s.74; ÖRÜCÜ, Esin; “Disiplin Cezaları ve 657 Sayılı Devlet Memurları Kanunu Sistemi”, İÜHFD, C.32, S.2-4, 1967, s.797.

³⁴¹ “Davacı ile amiri arasında pasaportların hazırlanması hususunda çıkan tartışmada, amirin de söz ve davranışlarıyla davacıyı tahrik ettiği anlaşılmıştır. Bu durumda suçun işleniş koşulları ve oluş biçimi değerlendirilmeksizin başka bir deyişle amirin tahrik edici tutumu ve sözleri dikkate alınmaksızın davacı hakkında verilen meslekten çıkarma cezası ağır olmaktadır” (D10D, 24.1.1985, E.1984/793, K.1985/102, DBİM); “Amirin ağır tahriki, hakareti veya dövme girişimi üzerine, amirle memur arasında meydana gelen karşılıklı hakaret ve dövme olaylarından dolayı memurun meslekten çıkarılmasına imkân bulunmamaktadır” (D10D, 14.1.1990, E.1103, K.2547, DD, S.82-83, 1992, s.980).

olması gerektiği, dolayısıyla AsCK'da, TCK'dan farklı olarak haksız tahrik kusurluluğu etkileyen genel bir hafifletici neden olarak değil, ancak belirli bazı suçlarda indirim sağlayabilen özel bir hafifletici neden olarak düzenlendiği, bu noktadan hareketle 477 SK'da yer alan suçlardan, sadece 47 ve 48. maddedeki suçlarda haksız tahrik hükümlerinin uygulanabileceği söylenebilir. Ancak Askeri Yargıtay AsCK'da haksız tahrik halinin yalnız 92. maddede yazılı haller ve suçlara ilişkin olmadığını, haksız tahrik sonucunda bu maddede gösterilmeyen bir suç işlendiğinde AsCK'nın 44. maddesindeki genel atıf dolayısıyla yine TCK'nun 29. maddesinin uygulanması gerekeceğini isabetli olarak içtihat etmiştir³⁴².

1.4.4.1.2. Takdiri indirim nedenleri

TCK'nun 62. maddesinde; *“fail yararına cezayı hafifletecek takdiri nedenlerin varlığı halinde”* cezanın indirileceği ve takdiri indirim nedeni olarak, *“failin geçmişi, sosyal ilişkileri, fiilden sonraki ve yargılama sürecindeki davranışları, cezanın failin geleceği üzerindeki olası etkileri gibi hususlar”*ın göz önünde bulundurulabileceği düzenlenmiştir.

477 SK'nın 63 ve AsCK'nın 44. maddelerindeki atıf nedeniyle TCK'nın 62. maddesi, 477 SK'da düzenlenen disiplin suçlarında da uygulanmaktadır.

TCK'nun 62. maddesi, 657 SK'da düzenlenen disiplin suçlarında uygulanmaz. Zira 657 SK'da genel bir takdiri indirim nedeni mevcuttur. 657 SK'nın 125. maddesinin 3. fıkrasında düzenlenen geçmiş çalışmaları ve sicilleri iyi olan memura bir alt disiplin cezası uygulaması bu kanun kapsamındaki tüm disiplin suçları için geçerli olan genel bir takdiri indirim nedenidir³⁴³.

1.4.4.2. Artırım nedeni

Ceza hukukunda suç oluşturan davranışların bir kez işlenmesi ile birden fazla işlenmesi arasında fark gözetilmektedir. 765 sayılı TCK'da suç davranışlarının tekrarı cezayı artırıcı bir neden sayılmaktaydı. 5237 sayılı TCK'nun 58. maddesinde³⁴⁴ ise, *“Önceden işlenen suçtan dolayı verilen hüküm kesinleştikten sonra yeni bir suçun işlenmesi halinde, tekerrür hükümleri uygulanır. Bunun için cezanın infaz edilmiş olması gerekmez”* şeklinde belirtilen tekerrür, infaz aşamasında göz önüne alınabilecek bir durum olarak düzenlenmiştir³⁴⁵. Bu durum suç işleme

³⁴² As.Yrgt.Drl.Krl,19.3.1965, E.32, K.41; As.Yrgt.Drl.Krl, 14.5.1971, E.35, K.34, **ERMAN**, age, s.216.

³⁴³ **SAĞLAM**, agt, s.78.

³⁴⁴ TCK'nun 58. maddesinin gerekçesinde; *“Kişinin daha önce işlediği suç nedeniyle belli bir cezaya mahkûm edilmiş olmasına rağmen suç işlemeye gösterdiği kararlılıkla toplum açısından tehlikeliliğini ifade eden tekerrür, kişi hakkında hükmolunan cezanın infazı sırasında dikkate alınacak bir neden ve hatta infazdan sonra denetimli serbestlik tedbiri uygulanmasının nedeni olarak görülmüştür. Bu nedenle, tekerrür dolayısıyla kişinin cezasında artırma yapan sistemden vazgeçilmiştir”* denilmiştir. (**ÖZGENÇ**, Şerh, s.699).

³⁴⁵ TCK'nun 58. maddesinde düzenlenen tekerrürün niteliği ve şartları konusunda bkz. **ÖZGENÇ**, Şerh, s.699-704.

eğiliminde olan kimselerin sosyal bakımdan daha fazla cezalandırılması gereğinin ceza hukukuna yansımaları oluşturmaktadır. Bu amaca yönelik olarak tekrerrür hem ceza hukukunda hem de disiplin hukukunda kabul edilmiş bir müessesedir. Örneğin, 477 SK'nın 50. maddesinde kısa süreli kaçma veya kısa süreli izin süresini geçirme suçları tekrerrüren işlenirse ceza arttırılmaktadır. 657 SK'nın tekrerrürü düzenleyen 125. maddesinin 2. fıkrasında; “*Disiplin cezası verilmesine sebep olmuş bir fiil veya halin cezaların sicilden silinmesine ilişkin süre içinde tekrerrüründe bir derece ağır ceza uygulanır. Aynı derecede cezayı gerektiren fakat ayrı fiil veya haller nedeniyle verilen disiplin cezalarının üçüncü uygulamasında bir derece ağır ceza verilir.*” hükmü öngörülmüştür. Tekrerrür konusu Üçüncü Bölümde ayrıntılı olarak incelenecektir.

1.4.5. Suçlu ve Mağdur Kavramları Bakımından

Çağdaş ceza hukukunda suç faili olabilmek için insan olmak ve hayatta bulunmak şeklinde iki temel şartın varlığı gerekli ve yeterlidir. Askeri disiplin cezaları sadece statü içindeki kimselerin işlediği disiplin suçlarına uygulanabildiğinden, disiplin suçlarında suç faili ancak askeri personel olan bir gerçek kişi olabilir.

Suç ilişkisinin diğer tarafını mağdur oluşturmaktadır. Suçun mağduru, suçun maddi olarak üzerinde işlendiği suçun konusundan ve suçta ancak hukuki ilişkinin tarafı olabilen suçtan zarar gören durumundaki kimseden ayrılmaktadır. Örneğin üste saygısızlık (477 SK m.47) disiplin suçunda saygısızlık davranışı üst olan kişiye karşı yapılmıştır. Ancak üst bu suçta suçtan zarar gören kişidir. Suçla korunan askeri disiplin olduğundan mağdur Devlet'tir. Çünkü disiplin suçları genel anlamda askeri disiplini/kurum düzenini ihlal etmek suretiyle kamu hizmetini aksatır. Zaten disiplin suçlarının kabulündeki amaç da hizmetlerinin düzenli bir şekilde yürütülebilmesinin sağlanmasıdır³⁴⁶.

1.4.6. Suça İştirak Bakımından

Ceza hukukunda genel olarak suçun bir kişi tarafından işlenmesi ile suç oluşmaktadır. Ancak suçların birden çok kişi tarafından birlikte işlenmesi durumunda ya zorunlu iştirak veya iradi iştirak söz konusudur.

Ceza hukukunda sadece bir kişi tarafından işlenmesi mümkün olan suçlar (tek failli suçlar) bulunduğu gibi, ancak birden fazla kişinin bir araya gelmesi suretiyle işlenebilen suçlar da vardır. Bu durumda kanuni tip, faillerin birden çok olmasını suçun kurucu unsuru haline getirir. Dolayısıyla burada tek kişi tarafından gerçekleştirilmesi mümkün olmayan bağımsız bir

³⁴⁶ SAĞLAM, agt, s.79,80.

suç kategorisi söz konusudur³⁴⁷. Bu şekilde en az 3 kişinin suç işlemek için örgüt kurması, rızaya dayalı kürtaj suçu gibi birden fazla fail tarafından işlenebilen suçlara “çok failli suçlar” denilmektedir³⁴⁸.

Disiplin hukukunda da çok failli suçlara yer verildiği görülmektedir. Örneğin, “toplu müracaat veya şikâyet etmek” (657 SK m.125/C-h) suçunun oluşabilmesi için birden çok kişinin birlikte şikâyet veya müracaat etmeleri gerekmektedir. Tek bir memurun usulüne uygun müracaat ve şikâyetle bulunması her hangi bir disiplin suçunu oluşturmaz.

Bir kişi tarafından işlenebilen bir suçun birden fazla kimse tarafından önceden işbirliği yapılmak suretiyle işlenmesine “iştirak” adı verilmektedir³⁴⁹. İştirak konusunda 5237 sayılı TCK, 765 sayılı TCK’da da olduğu gibi ikilik sistemini³⁵⁰ benimsemiş, ancak farklı olarak tipiklik düzeyinde fail ve suç ortaklığı (şeriklik) ayırımına gitmiştir. Şöyle ki; 5237 sayılı TCK’da ayrımlar terk edilmiş ve iştirak; faillik ve suç ortaklığı (şeriklik) olarak iki ana başlık altında düzenlenmiştir. 5237 sayılı TCK’da faillik; “müstakil faillik”, “müşterek faillik” ve “dolaylı faillik” olarak üç şekilde düzenlenmiştir. Şeriklik ise “azmettirme” ve “yardım etme” şeklinde ikiye ayrılmaktadır. Şeriklerin sorumlu tutulabilmesi için 5237 sayılı TCK’nun 40. maddesinde belirtilen hususların gerçekleşmesi gerekmektedir³⁵¹.

657 SK’da iştirake ilişkin bir düzenleme bulunmamaktadır³⁵². LİVANELİOĞLU, bu durumun disiplin suçlarına iştirak edenlerin cezasız kalacağı anlamına gelmediğini, iştirak edenlerin her birinin 125. maddesinin sondan 4. fıkrasında yer alan ve genişletici yorum yetkisi tanıyan kuraldan hareketle cezalandırılması gerektiğini ifade etmektedir³⁵³. Benzer şekilde SÜRBEHAN da, disiplin suçlarına iştirakin cezalandırılması konusunda 657 SK’da bir hüküm bulunmamakla birlikte amirin takdir hakkı ve ceza hukukunun genel ilkelerinden hareketle suça iştirak edenlerin cezalandırılması gerektiğini ileri sürmektedir³⁵⁴.

³⁴⁷ TOROSLU, age, s.217.

³⁴⁸ ÖZGENÇ, Şerh, s.484.

³⁴⁹ İştirak konusunda ayrıntılı bilgi için bkz. ARTUK, Mehmet Emin/GÖKCEN, Ahmet/YENİDÜNYA, A. Caner; Ceza Hukuku Genel Hükümler I, 3. Bası, Ankara 2002, s.798 vd.; İÇEL, Kayıhan/AKINCI, Füsun/ÖZGENÇ, İzzet/SÖZÜER, Adem/MAHMUTOĞLU, Fatih S./ ÜNVER, Yener; İçel Suç Teorisi, 2.Kitap, 2. Bası, İstanbul 2000, s.367-413; EREM, Faruk/DANIŞMAN, Ahmet/ARTUK, Mehmet Emin; Ceza Hukuku Genel Hükümler, 14. Baskı, Ankara 1997, s.357-418.

³⁵⁰ Teklik sisteminde; tipikliğin gerçekleşmesinde aldıkları role bakılmaksızın suça katılan herkes suçun tam cezasıyla cezalandırılır. İkilik sisteminde ise; aldıkları role göre suça katılan kişiler arasında bir ayırım yapılır; bunlardan bazıları suçun tam cezasıyla cezalandırılır, bazılarına ise indirilmiş ceza verilir. Ayrıntılı bilgi için bkz. ÖZTÜRK/ERDEM, age, s.232 vd.; ARTUK/GÖKCEN/YENİDÜNYA, age, s.807.

³⁵¹ ÖZGENÇ, Şerh, s.487-488.

³⁵² BODUR, Şükrü/OZULU, Osman; Kamu Görevlileri Disiplin Cezaları, İstanbul 1976, s.53; SAĞLAM, agt, s.81, dn.201.

³⁵³ LİVANELİOĞLU, age, s.31; Aynı görüş için bkz. DİLEK, age, s.36.

³⁵⁴ SÜRBEHAN, age, s.38.

657 SK’da düzenlenen disiplin suçlarına iştirakin, ceza hukukunda düzenlenen iştirak müessesesi esas alınarak cezalandırılması mümkün değildir³⁵⁵. Suçu iştiraken işleyenlerden her biri kendisi yönünden müstakil olarak disiplin suçunu işlemiştir. Örneğin, üç sivil memur birlikte iş arkadaşlarına kötü muamelede bulunmuşlarsa, her üç memur da 657 SK’nın 125/B-g maddesinde düzenlenen disiplin suçunu işlemişlerdir. Bu üç kişinin cezalandırılması için başka bir kuralın varlığına gerek yoktur. Ancak şeriklere asıl disiplin suçu esas alınarak disiplin cezası verilmesine imkân bulunmamaktadır. 657 SK’nın 125. maddesinin sondan 4. fıkrasıyla tanınan genişletici yorum yetkisi azmettiren cezalandırmaya gerekçe olarak kullanılamaz.

657 SK’da düzenlenen disiplin suçlarına iştirakin de cezalandırılabilmesi için kanuni bir düzenleme gerekmektedir. Çünkü ceza hukukunda şerikler asıl suç esas alınarak diğer bir deyişle asıl suça ilişkin cezanın belli oranlarına göre cezalandırılmaktadır. Disiplin cezaları açısından bu tür bir yönetime başvurmak işin niteliğine uygun düşmemektedir. Suça iştirak eden kimse iştirak ettiği suça ilişkin ceza ile mi yoksa onun altında yer alan ceza ile mi cezalandırılacaktır? Bu sorulara şu an için cevap verme imkânı bulunmamaktadır³⁵⁶.

657 SK’da özel bir düzenleme olmaması nedeniyle disiplin suçuna iştirakin cezalandırılması mümkün değildir. Ancak bu durum suçun işlenmesine iştirak eden memurların fiillerinin başka bir disiplin suçu oluşturması halinde söz konusu suça ilişkin ceza uygulanabilir. Örneğin, “görev yerinde alkollü içki içmek” (657 SK m.125/D-a) suçtur. Bir memurun diğer bir memur arkadaşının isteği üzerine görev yerinden izinsiz ayrılarak alkollü içki aldığını ve bu içkiyi memur arkadaşının içtiğini düşünelim. Bu olayda görev yerinde alkollü içki içen memur anılan hükme göre cezalandırılacaktır. Oysa alkollü içkiyi alıp getiren ve bu fiiliyle diğer memurun işlediği suça yardımcı olduğu açık olan memura 125/D-a. maddedeki suç esas alınarak ceza verilemeyecek, ancak görev yerini izinsiz terk ettiğinden dolayı 125/A-b. madde uyarınca cezalandırılabilecektir. Şayet bu memur resmi daireye alkollü içkiyi getirirken görev yerini terk fiilini de işlememişse (örneğin, içkiyi sabah işine gelirken getirmişse) bu suçtan da cezalandırılması söz konusu olamayacaktır³⁵⁷.

AsCK’nın 41. maddesi gereği³⁵⁸ TCK’da yer alan iştirak kuralları askeri ceza hukukunda da uygulanacaktır. Bu durum 477 SK’nın 63. maddesi uyarınca 477 SK’da yer alan disiplin suçlarında da geçerlidir³⁵⁹.

³⁵⁵ KAYA, agm, s.78; SAĞLAM, agt, s.81-82.

³⁵⁶ SAĞLAM, agt, s.82.

³⁵⁷ SAĞLAM, agt, s.83.

³⁵⁸ “Askeri cürümlerde ve kabahatlerde iştirak halinde; Türk Ceza Kanununun 64 ncüden 67 nciye kadar olan maddeler hükmü tatbik olunur.” (AsCK m.41) 5252 SK’nın 3. maddesi uyarınca maddedeki atıf 5237 SK’nın 37-41. maddelerine yapılmış sayılmaktadır.

³⁵⁹ ERMAN, age, s.223.

1.5. DİSİPLİN CEZALARININ İDARİ YAPTIRIMLAR İÇİNDEKİ YERİ VE TANIMI

Disiplin cezasının idari yaptırımlar içindeki yerini belirleyebilmek ve tanımını yapabilmek için önce “*yaptırım*”³⁶⁰, “*ceza*” ve “*idari yaptırım*” kavramlarını incelemek uygun olacaktır.

1.5.1. Yaptırım ve Ceza Kavramları

Topluluk halinde yaşayan insanların, yine kendileri tarafından kabul edilen ve uyulması zorunlu düzen kurallarına (normlarına) aykırı davranılması halinde, bu ihlale gösterdikleri tepkiye “*yaptırım*” denilmektedir³⁶¹.

Yaptırım, düzeni bozucu bir davranışı cezalandırma iradesinden kaynaklanır³⁶². Bu nedenle yaptırım normların ihlali anıyla bağlantılıdır. Zira norm, “*olan*”ı değil, “*olması gereken*”i ifade ettiğinden, ihlal edilebilme her normun yapısında mevcuttur. Gelenekler ile din ve ahlak kurallarından kaynaklananları bir tarafa bırakırsak, bizi asıl ilgilendiren hukuk düzeninin öngördüğü yaptırımlardır. Hukuk düzeninin öngördüğü yaptırımların birçok türü vardır. Bunlar çeşitli tasniflere tabi tutulabilirler. İlk tasnif “*kamu hukuku yaptırımları*” ve “*özel hukuk yaptırımları*” şeklinde yapılabilir. Kamu hukuku yaptırımlarının belirgin özelliği Devlet tarafından verilmesi ve uygulanmasıdır³⁶³.

“*Ceza*” kavramını kısaca; suç işleyen kişiyi bir takım yoksunluklara maruz bırakan yaptırım olarak tanımlayabiliriz³⁶⁴. Cezaya özgü bulunan bu özellik, onu, bu özelliğe sahip olmayan diğer yaptırımlardan ayırmaktadır. Özellikle, özel hukuk alanındaki yaptırımlar, özde bir zarar veya kötülükten ibaret olmalarına rağmen, Devlet tarafından verilen bir zarar veya kötülükten ibaret olmadıklarından, kamusal niteliğine sahip bulunmamaktadırlar.

Cezanın “*kamu hukuku yaptırımı*” olma özelliği, onu özel hukuk alanındaki yaptırımlardan ayırmaya elverişli olmakla birlikte, kamu hukuku alanındaki diğer

³⁶⁰ Türk Dil Kurumu tarafından hazırlanan Türkçe Sözlük’te “*müeyyide*” sözcüğü, yaptırım; “*yaptırım*” sözcüğü de, isim olarak yaptırma işi, hukuki kavram olarak ise, kanun, ahlak gibi kurumların buyruklarının yerine getirilmesini sağlayan güç şeklinde açıklanmıştır (TÜRKÇE SÖZLÜK, s.1430, 2131). Bu nedenle kullanılması yavaş yavaş terk edilen “*müeyyide*” sözcüğü yerine “*yaptırım*” sözcüğünün kullanılması tercih edilmiştir.

³⁶¹ HAFIZOĞULLARI, age, s.156.

³⁶² GÖZÜBÜYÜK/TAN, age, C.I, s.707.

³⁶³ LİVANELİOĞLU, age, s.8-9.

³⁶⁴ DÖNMEZER/ERMAN, age, C.I, s.5.

yaptırımlardan (örneğin disiplin cezalarından) ayırmaya elverişli değildir³⁶⁵. Bunun nedeni, Devletin, ceza hukuku dışında, idare hukuku, disiplin hukuku ve vergi hukuku gibi kamu hukuku alanlarında da, cezalara başvurusudur. Bu cezaların çoğu da, özde Devlet tarafından verilen bir zarar veya kötülükten ibarettir³⁶⁶.

Ceza ile kamu hukuku alanındaki diğer yaptırımlar arasındaki temel fark, kanunun öngördüğü bir cezaya yargı organı tarafından karar verilip verilmemesidir. Bu anlamda örneğin, idarenin bir organı eliyle uygulanabilen yaptırımlar, ceza hukukunun değil, idare hukukunun yaptırımıdır. Bu tür yaptırımlar, uygulama alanı itibariyle, idarenin kamu düzeninin sağlanması ve korunması görev ve yükümlülüğünün yerine getirilmesi amacına yönelik bir hukuki yaptırım niteliğini taşımaktadır. İdari yaptırım uygulaması, konusu olan suçun niteliği, uygulayan merci ve uygulanan usul ile hukuki sonuçları itibariyle adli ceza uygulamasından farklılık göstermektedir. Dolayısıyla idari yaptırımlar, esasen gerçek anlamda bir ceza sayılmamaktadır³⁶⁷.

Fiilen azap ve ıstırap veren, kişiyi yoksunluklara maruz bırakan her yaptırım, ceza değildir³⁶⁸. Sadece kanunla konulabilen, amacı suç işlediği bir yargı kararı ile sabit olan kimseyi yine bir yargı kararıyla suçunun karşılığı olarak bazı yoksunluklara tabi kılarak ıslah etmek ve başkalarının suç işlemesini önlemek olan korkutucu yaptırımlara “ceza” denir³⁶⁹. Günümüzde ceza, suçlu ve toplumun ortak yararlarını göz önüne alan ve suçluyu yeniden sosyalleştirerek toplumun üretken ve kanunlara saygılı bir kişi haline getirmek amacını güden yapıcı tedbirdir³⁷⁰.

1.5.2. İdari Yaptırım Kavramı

Kişilerin ve toplulukların düzene uymayan davranışları karşısında toplumun tepkisi klasik anlamda ceza hukukunun uğraş alanını oluşturmaktadır. Topluların büyümesi, kişi ve topluluklar arası ilişkilerin giderek karmaşık bir hale gelmesi, cezai yaptırımların alanını genişletmiş, “İdari Ceza Hukuku”, “Ticari Ceza Hukuku”³⁷¹ ve “Çevre Ceza Hukuku” gibi klasik cezai yaptırımlardan farklı yaptırım türleri içeren yeni hukuk dalları ortaya çıkarmıştır³⁷².

³⁶⁵ Adli cezaların özü ve niteliği itibariyle disiplin cezalarından ayrılıp ayrılmadığı konusundaki düşünceler çalışmamızın çerçevesini aşacağından, bu tartışmalara girmeksizin ilerde adli cezalarla disiplin cezaları arasındaki farklar üzerinde durulacaktır.

³⁶⁶ KOÇYİĞİT, agt, s.7.

³⁶⁷ Uy.Mah. 28.4.2003, E.22, K.25, RG, 7.7.2003, S.25161.

³⁶⁸ DÖNMEZER/ERMAN, age, C.I, s.5.

³⁶⁹ ÖZTÜRK/ERDEM, s.340.

³⁷⁰ DÖNMEZER/ERMAN, age, C.I, s.5.

³⁷¹ ÖZAY, age, s.15.

³⁷² OĞURLU, Yücel; İdari Yaptırımlar Karşısında Yargısal Korunma, Ankara 2000, s.12; SAĞLAM, agt, s.9

İdari Ceza Hukuku - Genel Ceza Hukuku ayrımı ilk kez 18. Yüzyılın ikinci yarısında Alman hukukçular tarafından yapılmıştır. Bu ayrıma gidilmesinin amacı, kabahatleri ceza kanunlarından çıkarmak ve bu fiillerin cezalandırılmasında idareye yetki vermektir. 20. Yüzyılın başından itibaren yapılan yasama çalışmalarında kabahatleri ceza kanunlarından çıkarma eğilimi izlenmektedir³⁷³.

Dünyadaki gelişme doğrultusunda 5237 sayılı TCK'da sadece suçlar düzenlenmiş, kabahatler ise 5326 sayılı Kabahatler Kanununda düzenlenmiştir. 5326 SK'nın 2. maddesinde “*kabahat*” kavramı; “*kanunun, karşılığında idari yaptırım uygulanmasını öngördüğü haksızlık*” şeklinde tanımlanmıştır.

Kabahat nevinden bir kısım suçların, cezalarının idari yaptırıma dönüştürülerek adli suç olmaktan çıkarılması, bu alanın tümünü kapsamamaktadır³⁷⁴. Çünkü idari yaptırımların kapsam ve içeriği daha geniştir. Örneğin disiplin cezaları “*Devlet*” ve “*İdare*” kavramlarının ortaya çıkmasına bağlı olarak idari yaptırımların ilk ve en eski ortaya çıkış şekillerinden birisini oluşturmaktadır³⁷⁵. Dolayısıyla tarihi süreç bakımından disiplin cezaları, kabahatleri suç olmaktan çıkarma eğiliminin ortaya çıktığı dönemden çok daha önce var olan ve uygulanan bir idari yaptırım türü olarak karşımıza çıkmaktadır³⁷⁶.

İdarenin, hizmetlerini etkin ve hızlı yapabilmesi için, yaptırım uygulama yetkilerine ihtiyacı vardır. İdare, bu yetkilerle kamu düzeni ve güvenliğini, kamu sağlığını, ulusal servetleri zamanında ve gereği gibi koruyabilir. Bu nedenle idareye, çeşitli yaptırımlar uygulama yetkisi tanınmıştır³⁷⁷. İdare, kendi personeline (örneğin memurlara) veya hizmet sunduğu kişilere (örneğin öğrencilere) yaptırım uygulama yetkisine sahiptir³⁷⁸. Bu yetki, “*yönetim ilişkisinden*” kaynaklanmaktadır³⁷⁹.

Fransız Danıştay'ı idari yaptırımların adli yaptırımlardan ayırt edilmesinde, bu yaptırımların “*İdare tarafından kamu gücü kullanılarak tek taraflı bir şekilde alınması*” ve “*bu yaptırım türüyle tüzük, yönetmelik gibi düzenleyici işlemlere aykırılık oluşturan fiillerin cezalandırılması*” şeklinde iki ölçütü esas almaktadır³⁸⁰.

³⁷³ SAĞLAM, agt, s.10.

³⁷⁴ MAHMUTOĞLU, age, s.123.

³⁷⁵ GÖLCÜKLÜ, Feyyaz; “*İdari Ceza Hukuku’ ve Anlamı; İdarenin Cezai Müeyyide Tatbiki*”, AÜSBFD, C.18, 1963, (İdari), s.158.

³⁷⁶ SAĞLAM, agt, s.10-11.

³⁷⁷ Ay. Mah. 15.5.1997, E.1996/72, K.1997/51, RG, 1.2.2001, S.24305.

³⁷⁸ YILDIRIM, Disiplin, s.204.

³⁷⁹ Ay.Mah. 19.4.1988, E.1987/16, K.1988/8, AYMKD, S.24, s.109.

³⁸⁰ TEZCAN, Durmuş; İdari Cezalar Reformu, Yargı Reformu (Özel Sayısı), S.10, Temmuz 1996, s.152.

İdari yaptırımın baskın kimliği ise, onun bir idari işlem olmasıdır³⁸¹. Dolayısıyla, idari yaptırımların hukuki rejiminin belirlenmesinde, idari işlem kimliğinin göz önünde tutulması gerekmektedir³⁸².

Yukarıda belirtilenlere göre, idari yaptırımı; *“idarenin, kanun, tüzük, yönetmelik gibi hukuk kurallarına aykırılıkla oluşan idari bir ihlalin varlığı durumunda, bir yargı kararına gerek olmaksızın kanunların açıkça verdiği bir yetkiye dayanarak idare hukukuna özgü yöntemlerle doğrudan doğruya uyguladığı cezalar”* şeklinde tanımlayabiliriz³⁸³.

İdari yaptırımların en yaygın türünü para cezaları oluşturmaktadır³⁸⁴. Bunun yanında Devlet memurlarına, kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşları mensuplarına ve öğrencilere uygulanan disiplin cezaları, hizmetten yararlandırmama, işyeri kapatma, ruhsatın kaldırılması, radyo ve televizyon yayınlarının durdurulması, bir malın müsaderesi gibi çok değişik türde idari yaptırımlar bulunmaktadır³⁸⁵.

1.5.3. Disiplin Cezalarının İdari Yaptırımlar İçindeki Yeri ve Tanımı

Bilindiği gibi kamu idaresi ile kişiler arasında genel ve özel olmak üzere iki tür hukuki ilişki vardır. Genel hukuki ilişki kurallarına aykırı davranışlar, kamu düzenini bozar. Özel hukuki ilişki kurallarına aykırı davranışlar ise, özel bir topluluğun ya da idarenin iç düzenini bozar. Bu hukuki ilişkilerden, kişiler açısından genel ve özel olmak üzere iki tür yükümlülük doğar. Özel yükümlülükler alanında, kişilerle kamu idaresi arasında kurulu bulunan memur, öğrenci, asker vb. olma ilişkisi söz konusudur³⁸⁶.

Kişinin, idare karşısında memur olma, öğrenci olma, asker olma vb. kişisel durumundan kaynaklanan bir statüsü vardır. Bu özel ilişki veya statü durumunun sonucu olarak, idare disiplin suçu işleyenlere yaptırım (disiplin cezası) uygulama yetkisine sahiptir³⁸⁷.

³⁸¹ “İdarenin organları eliyle idari usullere göre uygulanması ve idare hukukunun bir müeyyidesi olması nedeniyle, idari işlem niteliğini taşıyan ve bu yönüyle adli cezalardan ayrılan idari cezaların yargısal denetiminde, kural olarak, idari yargı yerleri görevli bulunmaktadır” (Uy.Mah. 9.7.2001, E.49, K.61, RG,14.10.2001, S.24553).

³⁸² GÖZÜBÜYÜK/TAN, age, C.I, s.709.

³⁸³ ÖZAY, age, s.35; LİVANELİOĞLU, age, s.10; EROĞLU, agt, s.11; “İdari yaptırım” kavramı Anayasa Mahkemesi tarafından da benzer şekilde tanımlanmıştır (Ay. Mah. 23.10.1996, E.48, K.41, AYMKD, S.33, C.I, 1998, s.181-182).

³⁸⁴ ÖZAY, age, s.108.

³⁸⁵ İdari yaptırım türleri ve bu yaptırımların bir sınıflandırmaya tabi tutulması konusunda daha fazla bilgi için bkz. OĞURLU, age, s.107 vd; GÖZÜBÜYÜK/TAN, age, C.I, s.710 vd.

³⁸⁶ YILDIRIM, agm, s.81.

³⁸⁷ ÖZAY, age, s.43; YILDIRIM, age, s.211; ASLAN, age, s.26.

İdari yaptırım türlerinden biri olan disiplin cezaları, ceza hukuku uygulamasına en fazla yaklaşan yaptırımlardır. Ancak idari bir yaptırım olması nedeniyle adli cezalardan ayrıldığı gibi, özel bir yükümlülüğü gerektirmesi bakımından diğer idari yaptırımlardan da ayrılır³⁸⁸.

Disiplin cezaları, yapılan hizmetin niteliğine göre belirlenmektedir. Bu nedenle çeşitli kamu kurumlarında farklı disiplin cezaları uygulanabilmektedir. Örneğin 657 SK'da hapis cezası bulunmadığı halde, TSK'da disiplinin önemi nedeniyle disiplin suçlarına hapis cezası verilebilmesi gibi.

Disiplin cezalarının özellikleri ve ceza hukukuna yakın bir yaptırım türünü teşkil etmeleri nedeniyle idari yaptırımlar dışında, ayrı bir yaptırım kategorisi olarak dahi görülmektedir³⁸⁹. Nitekim disiplin cezalarının adli cezalarla yakın ilişkisi nedeniyle, 657 SK'da disiplin ve ceza kovuşturmalarının birbirine etkisi düzenlenmiş; disiplin cezalarının verilmesinde, yargısal usul benzeri idari usul kuralları öngörülmüş; Anayasal boyutta da disiplin cezalarına ilişkin özel düzenlemeler öngörülmüştür.

Sözlük anlamıyla disiplin cezası; disiplin suçlarından birini işleyen kimseye davranışlarının ağırlık derecesine göre verilen cezadır³⁹⁰.

Doktrinde disiplin cezası; kamu hukukundaki özel münasebetlere ilişkin idari yaptırımlar³⁹¹; Kamu görevlilerinin, hiyerarşi içinde denetimlerinin sağlanması yoluyla kamu hizmetlerinin en iyi biçimde yürütülmesi düşüncesiyle alınmış tedbirler³⁹²; Bir kamu veya özel teşkilat düzenini devam ettirmek, onun verimli, süratli ve yararlı bir biçimde çalışmasını sağlamak, onur ve saygınlığını korumak için personel hakkında uygulanacak idari yaptırımlar³⁹³; Kamu hizmetlerinin yürütülmesi ve kamunun yararının sağlanması amacıyla kamu görevlileri için görev, yetki ve sorumlulukları bakımından yasal olarak getirilmiş yaptırımlar³⁹⁴; Yasak fiil ve davranışlarda bulunan personel hakkında uygulanan idari ceza tedbirleri³⁹⁵; Kamu hizmetinin kamu yararına uygun olarak yürütülebilmesi için bu hizmeti yürütmekle görevli personele idarenin kamu gücüne dayanarak uyguladığı idari cezalar³⁹⁶ şeklinde tanımlanmaktadır.

³⁸⁸ ZANOİNİ, Guido; İdari Müeyyideler (Çev. Yılmaz GÜNAL), Ankara 1964, s.80.

³⁸⁹ AKILLIOĞLU, Tekin; Yönetim Önünde Savunma Hakları, TODAİE Yayınları, Ankara 1983, s.169.

³⁹⁰ TÜRKÇE SÖZLÜK, s.539.

³⁹¹ ZANOİNİ, age, s.7; LİVANELİOĞLU, age, s.10.

³⁹² ERDOĞDU, Ahmet; "Yeni Disiplin Cezaları", DD, S.6-7, 1972, s.8.

³⁹³ SÜRBEHAN, age, s.26.

³⁹⁴ PINAR, İbrahim; Devlet Memurları Kanunu Şerhi ve İlgili Mevzuat, 7. Baskı, Ankara 1999, s.1187.

³⁹⁵ DÖNMEZ, Mustafa; Devlet Memurları Kanunu ve Memurların Hukuki Durumu, Ankara 2000, s.205.

³⁹⁶ COŞKUN, Sabri; "Kamu Personeli Mevzuatının Uygulanmasından Doğan Yönetmelik Yargı Uyuşmazlıkları", AİD, C.21, S.1, 1988, s.126.

Danıştay’a göre, kamu görevlilerinin mevzuata, çalışma düzenine ve hizmetin gereklerine aykırı fiillerine karşı düzenlenen idari yaptırımlardır³⁹⁷.

Bu genel saptamalardan sonra adli cezalardan temel farklılıklarını incelemeye çalışalım.

1.6. DİSİPLİN CEZALARININ ADLİ CEZALARLA KARŞILAŞTIRILMASI

Anayasa Mahkemesi’ne göre; “Anayasa’nın 38. maddesinde idari ve adli cezalar arasında bir ayrım yapılmamıştır”³⁹⁸. Disiplin cezalarının özellikleri dikkate alındığında adli cezalar ile yakın ilişkisi olduğu aşikârdır. Ancak adli cezalarla disiplin cezaları arasında önemli farklar da bulunmaktadır. Şimdi çalışmamızın konusu itibarıyla fazla ayrıntıya girmeden adli cezalarla disiplin cezalarını karşılaştıralım.

1.6.1. Düzenlendikleri Norm Türü Bakımından

Ceza hukukunda suçların kanunla düzenlenmesi ilkesine ilişkin olarak tam bir mutlaklık bulunmadığı halde, cezalar açısından bu ilke istisnasız uygulanmaktadır. Kanun dışında başka bir norm türü ile ceza ihdası mümkün değildir. Oysa disiplin suçlarında olduğu gibi disiplin cezalarının da kanun dışındaki diğer düzenleyici metinlerle (tüzük, yönetmelik gibi) ihdas edildiği görülebilmektedir³⁹⁹. Fakat kanunla düzenlenme ilkesinin disiplin suçlarına nazaran disiplin cezalarında daha geniş bir uygulama alanı bulduğunu belirtmek yanlış olmayacaktır⁴⁰⁰. Örneğin AsCK’da disiplin tecavüzlerinin hangi fiiller olduğu düzenlenmediği halde disiplin tecavüzlerine verilebilecek disiplin cezaları tek tek sayılarak düzenlenmiştir.

1.6.2. Kapsamları Bakımından

Adli cezalar toplumun genel barış ve düzenini ihlal eden fiiller hakkında ve ülkede yaşayan herkese uygulanır. Oysa disiplin cezaları, ancak kurum düzenini bozucu davranışlar nedeniyle ve sadece idare ile özel ilişki içinde olanlara (memur, asker, öğrenci vb.) uygulanabilir⁴⁰¹.

TCK’da sadece kamu görevlileri tarafından işlenebilen suçlar mevcut ise de, bunlar kurum düzenini bozucu niteliklerinden dolayı değil, kamu düzenini bozucu nitelikleri nedeniyle suç olarak düzenlenmişlerdir. Örneğin, rüşvet suçunu işleyen memura hem adli ceza hem de

³⁹⁷ D12D, 26.12.2006, E.2003/3174, K.2006/6690, DBİM.

³⁹⁸ Ay.Mah. 4.4.1991, E.1990/12, K.1991/7, AYMKD, S.27, C.1, s.239-240.

³⁹⁹ SAĞLAM, agt, s.83.

⁴⁰⁰ ŞEN, Ersan; Anayasa Mahkemesi Kararlarında Ceza Hukuku, Ceza Özel Hukuku, Ceza Yargılaması Hukuku, Ceza İnfaz Hukuku, İstanbul 1998, s.210.; “Yönetmeliğin disiplin bölümünde cezaların neler olduğu ve hangi hallerde uygulanacağı tek tek sayılmıştır. Kurum personel yönetmeliğinde bulunmayan bir cezanın disiplin cezası olarak uygulanmasına da olanak yoktur” (D10D, 13.6.1984, E.812, K.1269, DBİM).

⁴⁰¹ SAĞLAM, agt, s.84.

disiplin cezası verilmesi gerekir. Oysa memur olmayan birisi, rüşvet suçuna iştirak etse bile kendisine sadece adli ceza verilebilir⁴⁰².

1.6.3. Amaç ve İşlevleri Bakımından

Adli cezalar, kamu düzenini bozan ve vahim olarak nitelenen ihlallerin karşılığını oluştururlar. Bu nedenle adli cezaların temel amacı kamu düzenini korumaktır. Adli cezaların sahip olduğu caydırma/korkutma (genel önleme), terbiye etme (özel önleme) ve tasfiye etme işlevleriyle bu amaca ulaşılmaya çalışılır⁴⁰³.

Disiplin cezalarının temel amacı ise, kurumun düzeninin korunması yoluyla kamu hizmetinin devamlı ve sağlıklı bir şekilde yürütülmesi, böylece Devletin saygınlığının korunmasıdır⁴⁰⁴. Sahip oldukları işlevler yönünden disiplin cezalarının, adli cezalardan farkı yoktur. Disiplin cezaları en başta caydırma/korkutma yoluyla disiplin suçlarının işlenmesine engel olarak genel önleme işlevini yerine getirirler. Disiplin suçu işleyen bir memura disiplin cezası verilmek suretiyle o memur terbiye edilerek tekrar suç işlemesinin önlenmesi (özel önleme) amaçlanır. Nihayet belirtilen amaçların gerçekleştirilememesi veya yeterli olamaması durumunda son çare olarak kişinin memuriyetine son verilerek kurumdan uzaklaştırılır ve bu yolla kurumdan tasfiyesi sağlanır⁴⁰⁵.

Adli cezaların infazında temel amaç suçluyu eğitip, iyileştirerek topluma yeniden kazandırmak, onun sorumluluk taşıyan bir kişi olmasını sağlamak, böylece tekrar suç işlemesini önlemektir. Ancak askeri disiplin cezalarında, cezanın caydırıcı olma özelliği, failin eğitilmesi amacından önce gelir. Çünkü askerlikle uyum sağlayamayan kişinin askerlikle ilişkisi kesilmektedir.

1.6.4. Türleri Bakımından

Adli cezalarda kamu düzenini, disiplin cezalarında ise kurum düzenini koruma amacına bağlı olarak her iki ceza türündeki cezalar da ağırlık ve nitelik bakımından oldukça farklı biçimde düzenlenmiştir. TCK'nun 45. maddesinde, "*Suç karşılığında uygulanan yaptırım olarak cezalar, hapis ve adli para cezalarıdır*" şeklinde iki tür adli ceza olduğu belirtilmiştir. Bu sayma sınırlı bir saymadır.

⁴⁰² KILINÇ, agm, s.3.

⁴⁰³ DÖNMEZER/ERMAN, age, C.II, s.559 vd.

⁴⁰⁴ D10D, 5.4.1988, E.1987/487, K.1988/576, DD, S.72-73, s.658.

⁴⁰⁵ SAĞLAM, agt, s.84.

Disiplin cezalarının türlerini sınırlı bir saymaya tabi tutma imkânı bulunmamaktadır. Uygulayan kurumun bünyesine, uygulanan kişinin konumuna, idari ihlalin konusuna göre çok çeşitli ve değişken nitelikte disiplin cezaları bulunmaktadır. Anayasa'nın 38. maddesine göre; Silahlı Kuvvetlerin iç düzeni yönünden getirilecek istisna dışında idare kişi hürriyetinin kısıtlanması sonucunu doğuran bir yaptırım uygulayamayacaktır. Bu Anayasal düzenleme disiplin cezalarının tür ve niteliği yönünden en temel belirleme ve sınırlamayı oluşturmaktadır⁴⁰⁶.

Mevzuatımızda yer alan ve en hafifi uyarma, en ağır ise memuriyetten çıkarma olan disiplin cezalarının bir kısmı moral etki gösterirken, cezaların büyük çoğunluğu mesleki ve mali etki gösterirler. Bu etki ve nitelikleri bakımından şüphesiz acı ve ızdırap verme özelliği taşırılsa da, kişinin hürriyetinden mahrum bırakılması gibi çok ağır sonuçlar içeren adli cezalardan farklı niteliktedirler⁴⁰⁷. Bu yönüyle göz ve oda hapsi cezalarının adli cezalarla aynı nitelikte olduğu söylenebilir de, söz konusu cezaların da infaz şartları ve neticeleri yönünden adli cezalardan farkları bulunmaktadır.

1.6.5. Ceza Vermeye Yetkili Makam Bakımından

Disiplin cezaları ile adli cezalar arasında en önemli fark, ceza vermeye yetkili olan makamdadır. Adli cezayı verme yetkisi sadece ve münhasıran Devlete aittir⁴⁰⁸. Disiplin cezasında ise yetki idareye aittir. Buradaki “*idare*” kavramını salt şekli/organik anlamda “*idari makamlar*” olarak değerlendirmemek gerekir. Yapısal olarak idare mekanizmasında yer almayan savcılık ve TBMM İdare Amirliği gibi makamların da idare işlevi alanında işlemler tesis etmeleri mümkündür⁴⁰⁹.

Ceza hukukunda suçu tespit ve cezalandırma yetkisi Devlete aittir. Devlet bu yetkisini mahkemeler aracılığıyla kullanır. Dolayısıyla adli cezalar, mahkemeler tarafından verilir. Disiplin cezalarını ise, iç düzeni bozulan kuruluşun niteliğine bağlı olarak kamu otoriteleri kadar, yarı kamusal veya tamamen özel nitelik taşıyan kuruluşlar da uygulayabilir. Ayrıca Devlet suç karşılığı ceza vermek hakkını kullanırken, bunu bağımsız mahkemeler aracılığıyla ve önceden belirlenmiş yargılama kurallarına uymak yoluyla gerçekleştirir. Bu faaliyet niteliği açısından bir yargı faaliyetidir. Disiplin suçlarını cezalandırmadaki faaliyet ise idari bir faaliyettir. Bu faaliyet de önceden belirlenmiş organlar aracılığıyla yapılır. Fakat bunlar idari

⁴⁰⁶ SAĞLAM, agt, s.15.

⁴⁰⁷ SAĞLAM, agt, s.85.

⁴⁰⁸ DÖNMEZER/ERMAN, age, C.I, s.341.

⁴⁰⁹ GÖLCÜKLÜ, İdari, s.148; HAFIZOĞULLARI, age, s.231. Aksi görüş, ÖZAY, ancak faal idare içinde yer alan makam ve mercilerin idari yaptırım uygulayabileceğini, bunun dışında asıl görevi yargılama olan ve yargı organı içinde yer almış bulunan kimselerce uygulanan yaptırımların idari yaptırımlar içinde değerlendirilmemesi gerektiğini ileri sürmektedir (ÖZAY, age, s.40).

örgütlenme içinde yer alan organlardır⁴¹⁰. Bu temel ayrımın sonucu olarak idari işleve sahip kamusal organlarca verilen disiplin cezaları “*idari işlem*”⁴¹¹ niteliğine sahip olmaktadır⁴¹².

477 SK’da düzenlenen disiplin suçlarından dolayı disiplin mahkemeleri tarafından disiplin cezalarının verilmesi nedeniyle adli cezalarla aynı nitelikte bir organ tarafından verilen yargısal karar niteliğinde oldukları söylenebilir. Fakat ilerde ayrıntılı olarak izah edileceği üzere, disiplin mahkemelerinin kuruluş ve fonksiyonları itibarıyla yargısal organ sayılmaları mümkün değildir.

1.6.6. Ceza Verilmesinde Uygulanan Usul Bakımından

Ceza mahkemeleri, 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunundaki ilke ve usullere uygun yargılama faaliyeti sonucunda cezaya hükmederler. Ayrıca ceza muhakeme usulünde, suç isnadında bulunan makam (savcılık) ile yargılamayı yapan makam (mahkeme) birbirinden ayrılmış, savcılığın soruşturmayı başlatmasından, kovuşturma sonunda hükmün kesinleşmesine kadar uyulacak ilke ve usuller ayrıntılı olarak belirlenmiştir. Bu ilke ve usuller suçlu olduğu iddia edilen kişilere çok önemli güvenceler sağlarlar. Bu nedenlerle kamusal nitelikli bir yaptırımın adli ceza sayılabilmesi için, onun adli bir organ tarafından ceza muhakeme usulü uygulanarak belirlenmesi gerekmektedir⁴¹³.

Disiplin cezalarının verilmesi usulünü belirleyen bir usul kanunu bulunmamaktadır. Bu nedenle disiplin suçunun işlenip işlenmediği, genellikle idari teamüllere dayanan yöntemler kullanılarak belirlenmektedir. Bu belirlemeyi yapanlar idare içinde yer alan kamu görevlileridir. Cezayı verme yetkisi bulunanlar ile soruşturma yapanlar arasında bir ayrım bulunmadığı gibi, bazen disiplin cezasını verecek kişi dahi soruşturma yapabilmektedir. Bunun sonucunda hem suç isnadına ilişkin soruşturmayı yapan, hem de cezayı veren sonuçta idari makamlar olmaktadır. İdareyi disiplin cezası verme konusunda hem savcı hem hâkim konumuna getiren⁴¹⁴ ve ceza muhakemesi hukukunun önemli bir ilkesi olan “*çelişme ilkesi*”ne⁴¹⁵ uygun olmayan bu durum disiplin cezası verilecek

⁴¹⁰ KOÇYİĞİT, agt, s.7.

⁴¹¹ İdari işlem; kamu hizmetinin yürütülmesi dolayısıyla idare tarafından, kamu gücü kullanılarak tek taraflı irade beyanı ile tesis edilen kesin ve yürütülmesi zorunlu icrai işlemdir” (D3D, 28.6.1989, E.1988/2843, K.1989/1804, DD, S.76-77, s.199).

⁴¹² YILDIRIM, Disiplin, s.206.

⁴¹³ HAFIZOĞULLARI, age, s.227.

⁴¹⁴ GÖLCÜKLÜ, İdari, s.136.

⁴¹⁵ Ceza usul hukukunda geçerli olan “*çelişme ilkesi*”, hükmün tek bir kişinin faaliyet ve çabalarıyla değil, iki veya daha fazla kişinin (yargılama makamı, iddia makamı, savunma makamı) yargılama faaliyetine katılmalarıyla, fikirlerini karşılıklı birbirlerine aktarmaları yoluyla verilmesi gerekliliğini anlatır. Buradaki çelişme, bir tenakuzu, çelişkiyi değil, karşılıklı bir fikir alışverişini ifade eder (KUNTER, Nurullah/YENİSEY, Feridun; Ceza Muhakemesi Hukuku, İstanbul 2002, 12. Bası, s.40).

kişileri güvencesiz bırakabilmektedir⁴¹⁶. Buna karşılık disiplin cezaları, adli cezalar gibi uzun yargılama işlemlerine tabi tutulmadan kısa süre içinde verilebildiklerinden caydırıcılık yönünden daha etkin olmaktadır⁴¹⁷.

Disiplin cezaları ile adli cezalar arasında bazı önemli farklılıklar bulunsa da, kişilerin hak ve özgürlükleri üzerinde ciddi sonuçlar doğurmaları yönünde aralarında benzerlik de bulunmaktadır⁴¹⁸. Bundan dolayı, kişilerin hak ve özgürlüklerini güvence altına almak için, adli cezaların verilmesinde olduğu gibi disiplin cezalarının verilmesi de bazı usul ve şekil şartlarına bağlanmıştır⁴¹⁹.

Acaba disiplin mahkemeleri tarafından verilen cezaların adli cezalarla aynı nitelikte bir yargılama neticesinde verildikleri söylenebilir mi? Bu soruya olumsuz cevap vermek gerekir. Zira sonraki bölümlerde ayrıntılı olarak inceleneceği üzere, disiplin mahkemelerinin kuruluş ve fonksiyonları itibarıyla “*çelişme ilkesi*”ne uygun bir yargılama yaptıkları söylenemez.

1.6.7. Ertelenme Bakımından

TCK’nın 51. maddesinde belirtilen şartların bulunması halinde 2 yıla kadar hapis cezalarının ertelenmesi mümkündür. 657 SK’da düzenlenen disiplin cezalarında bu tür bir erteleme mümkün değildir⁴²⁰. Esasen disiplin suçlarında gerek kovuşturma aşamasında gerekse ceza verme aşamasında yetkili amirin ceza vermeme yetkisi olduğu için artık cezanın verilmesi aşamasından sonra bir de erteleme müessesesine gerek duyulmamıştır⁴²¹.

AsCK’da düzenlenen disiplin tecavüzlerinde de disiplin amirinin faile ceza vermeme yetkisi olduğundan verilecek cezaların ertelenmesi ile ilgili bir düzenleme bulunmamaktadır. Ancak 477 SK’da düzenlenen disiplin suçlarında disiplin amiri veya disiplin mahkemesi faile ceza vermek zorundadır. Bu nedenle 477 SK’nın 45. maddesinde; “*Bu kanunun 52, 53, 54, 55, 56, 58, 59, 60 ve 61 inci maddeleri gereğince verilenler dışında disiplin mahkemelerinden verilen cezalar ertelenemez*” şeklinde düzenleme yapılarak belirtilen suçlardan dolayı verilecek disiplin cezalarının ertelenebilmesine imkân sağlanmıştır.

⁴¹⁶ SAĞLAM, agt, s.14.

⁴¹⁷ SOYASLAN, age, s.146.

⁴¹⁸ KARAHANOGULLARI, Onur; “*Memur Disiplin Hukukunun Niteliği ve İlkeleri*”, ÇYYD, C.8, S.3, s.76.

⁴¹⁹ GÖZÜBÜYÜK/TAN, age, s.926; YILDIRIM, Disiplin, s.207.

⁴²⁰ SAĞLAM, agt, s.85; TAŞKIN, age, s.163.

⁴²¹ SÜRBEHAN, age, s.41.

1.6.8. İnfazı Bakımından

Adli cezalar kesinleşmedikçe infaz edilemezler. Bu husus 5275 sayılı Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanunun⁴²² 4. maddesinde; “*Mahkûmiyet hükümleri kesinleşmedikçe infaz olunamaz*” şeklinde ifade edilmiştir. Kararlarının kesinleşmesinden sonra, cezaların infazı (yerine getirilmesi) bu iş için özel olarak örgütlenmiş olan ve Adalet Bakanlığına bağlı olarak görev yapan idari nitelikli infaz makamlarınca sağlanmaktadır.

Disiplin cezaları ise, idari bir işlem olmaları nedeniyle, genel olarak verildikleri andan itibaren idare tarafından başka bir makamın araya girmesine gerek kalmadan infaz edilebilirler⁴²³. Nitekim 657 SK’nın 132/1. maddesinde; “*Disiplin cezaları verildiği tarihten itibaren hüküm ifade eder ve derhal uygulanır*” hükmüne yer verilmiştir. Aynı şekilde AsCK’nın 182. maddesinde de; “*Ceza, tebliğ olunduğunu mütaakip infaz olunur*” hükmü bulunmaktadır.

477 SK’da düzenlenen suçlarda kural olarak disiplin mahkeme kararı kesinleştiğinde infaz edilir. Ancak 477 SK’nın 27/4. maddesinde; “*Hükümlülük halinde, disiplin mahkemesince cezanın derhal yerine getirilmesine karar verilebilir*” şeklinde istisnai bir hüküm bulunmaktadır⁴²⁴.

1.6.9. Sonuçları Bakımından

Adli cezalar, adli sicile işlenir ve kişinin tüm sosyal yaşantısını olumsuz etkilerler⁴²⁵. Ancak, disiplin cezaları sadece ilgilinin siciline işlenir ve genel olarak kişinin tüm yaşamını etkilemezler.

Disiplin cezaları ile adli cezalar tekerrür açısından birbirlerini etkilemezler. Yani biri diğeri açısından tekerrüre esas alınamazlar.

Ceza mahkemelerince verilen ve kesinleşmelerinden itibaren kesin hüküm etki ve değerine sahip olan mahkumiyet kararları neticesindeki adli cezaların (mahkumiyet kararının olağanüstü kanun yoluyla bozulması dışında) kararı verenler dahil hiç bir makam tarafından her hangi bir şekilde ortadan kaldırılmaları ya da değiştirilmeleri mümkün değildir⁴²⁶. İdari

⁴²² RG, 29.122004, S.25685.

⁴²³ SAĞLAM, agt, s.85.

⁴²⁴ KOÇ, bu düzenlemenin amacının, disiplin mahkemelerinde tutuklama müessesinin olmaması nedeniyle bozulan disiplinin bir an önce yeniden tesisi olduğunu belirtmektedir (**KOÇ, Cihan**; Askeri Ceza Kanunu, Disiplin Mahkemeleri Kanunu ve İlgili Mevzuat, 4. Baskı, Ankara, 2006, s.703).

⁴²⁵ DÖNMEZER/ERMAN, age, C.I, s.344.

⁴²⁶ DURAN, Lütfi; İdare Hukuku Ders Notları, İstanbul 1982, s.414.

işlemlerin ise belli şartlarla geri alınmaları, kaldırılmaları ya da değiştirilmeleri mümkündür⁴²⁷. Bu nedenle idari işlem niteliğinde olan disiplin cezalarının değiştirilmeleri mümkündür. Örneğin AsCK'nın 189. maddesi uyarınca disiplin tecavüzlerinde üst disiplin amirinin cezayı kaldırabilmesi veya değiştirebilmesi gibi.

1.7. DİSİPLİN CEZALARININ HUKUKİ NİTELİĞİ

Yukarıda “*idari yaptırım*” kavramını incelerken, bu yaptırımları uygulayan organın idare organı ve uygulanan yaptırımın da idari işlem niteliğinde olduğunu belirtmiştik. Disiplin cezaları da bir idari yaptırım türü olduğuna göre, aynı şey bu cezalar yönünden de geçerlidir. Yani disiplin cezaları da idari makamlarca tesis edilen idari bir işlem türüdür. Ancak, disiplin cezalarının nitelik ve sonuçları itibarıyla adli cezalara oldukça yakınlık gösteren bir yaptırım türü olması, Anayasal düzeyde birtakım düzenlemelere konu olması, bu cezaların verilmesinde yargısal usullere benzer usul kurallarına uyulması ve verilen cezalara karşı öngörülen başvuru yolları konusundaki farklılıklar bu cezaların hukuksal niteliğinin tartışılmasına yol açmıştır.

Yargı işlemi; yargı organlarından çıkan ve hukuki uyumsuzlukları karara bağlayan işlemdir. Bu tanıma göre, bir işlemin yargı işlemi olabilmesi için; hem yargı organından çıkması (organik/şekli şart), hem de bir hukuki uyumsuzluğun çözümüne ilişkin olması (işlevsel/maddi şart) gerekir. Bu iki şartı birlikte gerçekleştiren işlemler yargı işlemi, bu şartları hiç gerçekleştirmeyen veya sadece birini gerçekleştirip diğerini gerçekleştiremeyen işlemler ise yargı işlemi değildir. Yargı işlemini idari işlemden kural olarak organik kritere göre ayırmak mümkündür. İstisna olarak yargı organından çıkmakla birlikte, “*idari işlem*” niteliğinde bazı işlemlerin bulunduğunu da kabul etmek gerekir⁴²⁸.

İdari işlem ise; idari işlevin yerine getirilmesi için kamu gücü kullanılarak yapılan kamu hukuku işlemleridir. Çoğunlukla idare organı işlemleri olmakla birlikte, sadece idare organlarının işlemlerinden ibaret değildir⁴²⁹. Çünkü yasama ve yargı organlarının idari işleve ilişkin faaliyetleri nedeniyle yapacakları işlemler de idari işlemdir.

Yukarıda belirtilen açıklamalar ışığında disiplin cezalarının yargı işlemi mi, idari işlem mi olduğunu disiplin kurulları ve disiplin amirleri tarafından verilmesine göre inceleyelim.

⁴²⁷ İdari işlemlerin geri alınması konusunda geniş bilgi için bkz. **TAN, Turgut**; İdari İşlemin Geri Alınması, Ankara 1970; **ÇAĞLAYAN, Ramazan**; “İdari İşlemin Geri Alınması Üzerine”, EHFD, C.IV, S.1-2, s.43.

⁴²⁸ **TAŞKIN**, age, s.205-206.

⁴²⁹ **GÜNDAĞ**, age, s.110.

1.7.1. Disiplin Kurullarınca Verilen Cezaların Hukuki Niteliği

Disiplin kurullarınca verilen cezaların hukuki niteliğini 657 SK, 477 SK, 1600 SK ve 1602 SK yönünden ayrı ayrı incelemek gerekir.

1.7.1.1. Devlet Memurları Kanununa göre

Anayasa Mahkemesi eski tarihli bir kararında⁴³⁰ disiplin cezalarına ilişkin kararları idari işlem niteliğinde görmemiş, bu cezaları idari işlem ve fiillerden farklı tasarruflar olarak değerlendirmiştir. Ancak Mahkeme bu kararında, disiplin cezalarına ilişkin kararların hukuksal niteliğinin ne olduğunu da belirtmemiştir. Başka bir kararında da, Anayasa'nın öngördüğü anlamda bir yargı organı olmamakla birlikte kimi idari makamların yargısal nitelikli karar verebileceğini kabul etmiştir⁴³¹.

3499 sayılı Avukatlık Kanununun, Haysiyet Divanınca verilen kararların kesin olduğuna ilişkin düzenlemesiyle ilgili yapılan bir başvuruda ise; *“Anayasa'nın (1961 Anayasası) 114 ve 118. maddeleri, her türlü idari işlemlerin ve disiplin işlerinin yargı denetimine tabi olacağını kabul ederken bu denetimin, Anayasa'nın 7. maddesi uyarınca Türk Milleti adına bağımsız mahkemeler tarafından yapılmasını kastetmiştir. Mevzuatımıza göre bu nitelikteki tek merci Danıştay'dır. Disiplin Komisyonlarının ve bunlara benzer sair mercilerin kendi görevlerine giren konularda bazı idari davaları ve itirazları inceleyip karara bağlamaları mümkün olmakla beraber, son merci Danıştay olmak gerekir. Aksi takdirde yargı denetiminin varlığından bahsedilemez”*⁴³² şeklinde karar vermiştir.

Disiplin cezalarının hukuki niteliği konusundaki daha farklı ve açık nitelemelere Danıştay'ın 657 SK'nın yürürlüğe girmesinden önce verdiği kararlarda rastlanmaktadır. Danıştay 788 SK'ya göre oluşturulmuş inzibat komisyonlarını (disiplin kurulları) yargısal sıfat ve yetkiye sahip kurullar, bu kurulların verdikleri kararları da yargısal kararlar olarak

⁴³⁰ 5590 SK'nın, oda ve borsa üyelerine disiplin cezası verilmesini düzenleyen 74. maddesindeki, meclis kararlarının kesin olduğu ve bunlar aleyhine *“idari ve kazai mercilere”* başvurulamayacağı yönündeki hükmün, 1961 Anayasasının idari işlemlere karşı yargı yolunun açık olduğunu belirten 114. maddesine aykırılığı iddiasına dayanan bir iptal başvurusunda Anayasa Mahkemesi; *“Disiplin cezalarına ait kararlar, idari fiil ve işlemlerden ayrı tasarruflardır. Bu itibarla, dava, Anayasa'nın 114. maddesi ile ilgili değildir. Disiplin kararları hakkında, Anayasa'nın memur teminatı başlığını taşıyan 118. maddesinde ayrıca hüküm vardır”* gerekçesine yer vermiştir (Ay.Mah. 12.7.1963, E.114, K.190, AYMKD, 1971, S.2, s.32). Anayasa Mahkemesi bu kararında disiplin cezası işlemlerini Anayasa'nın idari işlemlere karşı yargı yolunun açık olduğunu düzenleyen 114. maddesi kapsamında değil, disiplin işlemleri için ayrıca düzenleme getiren ve bu cezaların yargı denetimi dışında bırakılamayacağını hükme bağlayan 118. maddesi kapsamında değerlendirmiş, bunu yaparken de disiplin ceza kararlarının idari fiil ve işlemlerden ayrı bir tasarruf olduğu nitelemesinde bulunmuştur (SAĞLAM, agt, s.25).

⁴³¹ Ay.Mah. 2.6.1964, E.1963/88, K.1964/44, AYMKD, S.2, 1971, s.155.

⁴³² Ay.Mah. 30.5.1963, E.75, K.129, AYMKD, S.1, 1992, s.31.

nitelendirmiş⁴³³, hatta disiplin amirlerinin verdikleri disiplin cezalarını da yargısal nitelikli kararlar olarak kabul etmiştir⁴³⁴.

ONAR, disiplin kurullarının organik bakımdan idari olmakla birlikte işlevsel bakımdan yargısal bir organ olduklarını ifade etmekte ve bu görüşünü bu kurulların oluşumunun idari hiyerarşiden ayrı olarak bağımsız bir yapıda olması ile karar verme usullerinin yargısal usullere bağlı tutulmuş olmasına dayandırmaktadır⁴³⁵. Aynı şekilde GÖLCÜKLÜ de, disiplin kurulu kararlarının hukukumuzda yargısal tasarruf olarak nitelendirilmesinin, bu kurulların kuruluşları kadar takip ettikleri usulün de sonucu olduğunu ifade etmektedir⁴³⁶. Gerçekten de disiplin cezası vermekle yetkili inzibat komisyonlarının oluşumu, karar alma süreci ve özellikle alınan kararlara karşı öngörülen başvuru yolu bu tür nitelendirmeleri haklı gösterecek unsurlar içermektedir⁴³⁷.

Danıştay'ın 788 SK döneminde amir tarafından verilen tevbih cezasını dahi yargısal nitelikte görmesi, inzibat komisyonlarının kararlarını yargısal nitelikli karar saymasındaki asıl rolün, kurulların karar alma sürecinde yargı benzeri usul izlemeleri veya idari hiyerarşi dışında bağımsız bir yapıda oluşturulmuş olmaları değil, kararlarına karşı doğrudan bir iptal davası yolu yerine temyiz davası niteliğinde bir başvuru yolunun öngörülmüş olmasından kaynaklandığını göstermektedir⁴³⁸.

Bir idari organın, işlem tesisinde mahkemelerin uyguladığı yargılama usulüne benzer bir yol takip etmesi, bu işleme yargı işlemi niteliği kazandırmaz⁴³⁹. Fakat bu durum bir idari makama hiçbir zaman yargısal nitelikli görevler verilemeyeceği anlamına da gelmez. Örneğin ülkemizde idari yargının ilk derece mahkemeleri kurularak yeniden

⁴³³ “İnzibat komisyonları kazai sıfat ve salahiyeti haiz bulunduklarından kanunla vücut bulmaları şarttır” (D5D, 31.12.1965, E.1961/2968, K.1965/267, **GELEGEN**, agm, s.239).

⁴³⁴ “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 düşünülmemeyeceği” (D3D, 22.5.1952, E.53, K.40, **ARAL, Rüştü**; Temyiz Davaları, Yüzyıl Boyunca Danıştay, Ankara 1986, s.586).

⁴³⁵ **ONAR**, age, s.1192 vd.

⁴³⁶ **GÖLCÜKLÜ**, İdari, s.167.

⁴³⁷ Komisyonlar biri Bakanlık nezdinde biri de Vilayet nezdinde olmak üzere iki kısımda ve idari hiyerarşinin dışında sürekli kurullar şeklinde oluşturulmaktaydı. Kurulların kararları herhangi bir makamın onamasına gerek kalmadan doğrudan icra yeteneğine sahip bulunmaktaydı. Ancak memur veya memurun daire amirinin 10 gün içinde bu kararı temyiz etme hakkı vardı. 788 Sayılı Kanun metni için bkz. **BAREM MEVZUATI 2**; C.1, Maliye Bakanlığı Bütçe ve Mali Kontrol Genel Müdürlüğü Yayınları, Ankara 1996, s.91-106.

⁴³⁸ **SAĞLAM**, agt, s.32.

⁴³⁹ Nitekim GÜRAN, idarenin yargısal usule benzer yöntemlerle aldığı tüm kararların yargısal karar ve bu kararları alan mercileri de yargısal makam sayılması durumunda yargısal makama dönüşmeyecek idari organ kalmayacağını belirtmiştir (**GÜRAN, Sait**; Bölge İdare Mahkemeleri ve Danıştay Üzerine Yapısal Bir Deneme, İstanbul 1977, s.79-80).

yapılandırıldığı 1982 yılına kadar çeşitli mevzuat hükümleriyle oluşturulmuş olan il ve ilçe idare kurulları, vergi itiraz ve temyiz kurulları, gümrük hakem heyetleri gibi kimi idari kurullara yargısal nitelikli görevler verilmişti⁴⁴⁰. Bu kurulların kararları bir iptal davasının konusu olarak değil, temyiz davası yoluyla Danıştay'ın önüne getirilebilmekteydi. Nitekim idari yargının yeniden yapılandırıldığı 1982 yılında çıkarılan 2576 sayılı Bölge İdare Mahkemeleri, İdare ve Vergi Mahkemelerinin Kuruluş ve Görevleri Hakkında Kanunun 15. maddesiyle idare ve vergi mahkemelerinin görev alanına giren konularda daha önce yetkili kılınan çeşitli kurul ve komisyonların görev ve yetkilerinin sona erdiği belirtilerek söz konusu kurul ve komisyonların bu tarihe kadar yargısal nitelikli kararlar verdiği kabul edilmiş oldu⁴⁴¹.

Yabancı doktrinde de, disiplin cezası verilmesinde uygulanan usullerin yargısal usullere benzerlik göstermesi nedeniyle bu işlemlerin mutlak olarak ne bir yargı işlemi ne de bir idari işlem sayılacağı, dolayısıyla bunların yargı benzeri bir işlem kategorisi içinde ele alınması gerektiği yönünde görüşler bulunmaktadır⁴⁴².

Fransa'da çeşitli yasal metinlerle bir kısım idari makamlara yargısal nitelikli görevler verilmiştir. İşlevsel açıdan tamamen yargısal nitelik gösteren bu tür işlemler iptal davasına konu olamazlar. Özellikle disiplin hukuku alanında var olan çeşitli kurul ya da komisyonların verdiği yargısal nitelikli bu kararlar ya istinaf ya da temyiz yoluyla Danıştay'ın (Conseil d'Etat) önüne gelebilir. Bu durum söz konusu kararların ilk derece yargı organı kararı olarak kabul edildiklerini göstermektedir⁴⁴³.

657 SK'nın 135. maddesinin ilk şeklinde, atamaya yetkili amirin doğrudan veya onayı ile verdiği cezalara ve Devlet memurluğundan çıkarma cezasına karşı Danıştay'a başvurulabileceği hükme bağlanmıştır. 135. maddede 23.12.1972 tarihli, 2 sayılı KHK ile yapılan değişiklikle Danıştay'a başvurma konusundaki farklılık giderilerek tüm cezalara karşı Danıştay'a başvurulabileceği hükme bağlanmıştır. Yapılan bu düzenlemeler sonrasında Danıştay'a yapılan başvurular bir iptal davası olarak görülmüştür⁴⁴⁴.

⁴⁴⁰ Bu dönemde belirtilen nitelikteki kuruluşlar: Sayıştay, il ve ilçe idare kurulları, vergi itiraz ve temyiz komisyonları, hakem heyetleri ve disiplin komisyonlarıdır (ARAL, age, s.560).

⁴⁴¹ SAĞLAM, agt, s.28.

⁴⁴² FLAUSS, Jean François; "Convention Europeenne 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, age, s.155).

⁴⁴³ ERKUT, Celal; İdari İşlemin Kimliği, Danıştay Yayınları, Ankara 1990, s.72.

⁴⁴⁴ "Anayasa'nın 118. maddesinin 3. fıkrasında; 'disiplin kararları yargı mercilerinin denetimi dışında bırakılmaz' denilmek suretiyle hangi merci tarafından ve hangi usul dairesinde verilmiş olursa olsun hiç bir disiplin cezası kararının kazai murakabe dışında kalamayacağı belirtilmiştir. Yüksek disiplin kurulları tarafından verilen 'Devlet memurluğundan çıkarma cezasına karşı Danıştay'a başvurulabileceği' kanunda açıklanmıştır. 657 sayılı Kanunda yer alan disiplin cezalarına karşı

657 SK'da disiplin cezalarının verilmesinde diğer cezalar yönünden atamaya yetkili amirler yetkili kılınmasına rağmen memuriyetten çıkarma cezasında memurun bağlı olduğu kurumdaki yüksek disiplin kurulu yetkili kılınmıştır. Yüksek disiplin kurullarının gerek idari hiyerarşiden bağımsızlıkları gerekse yargısal usule benzer karar alma yöntemleri yönünden 788 SK'daki inzibat komisyonlarından pek farklı bir yapılanmaları yoktur. Fakat 657 SK bu kurulların kararlarını yargısal nitelikli bir karar olarak öngörmemiş ve buna bağlı olarak bu işlemleri Danıştay'da temyiz davası yerine diğer idari işlemler gibi iptal davası yoluna tabi tutmuştur⁴⁴⁵.

657 SK'ya göre disiplin kurullarınca verilen disiplin cezaları, maddi kriter bakımından tamamıyla yargı işlemine benzemektedir. Önce bir kişinin disiplin düzenine aykırı davrandığı iddia edilmekte, sonra bu iddianın doğruluğu araştırılmakta, hatta ilgili kişinin savunması alınmakta ve neticede disiplin düzeninin ihlal edildiği tespit edilirse bir yaptırım uygulanmaktadır. Ancak disiplin cezası verme işlemi maddi açıdan ne kadar yargı işlemine benzerse benzesin, organik kriter açısından hiçbir zaman bir “yargı işlemi” niteliğinde değildir. Çünkü bir yargı organından değil, bir idari makamdan çıkmaktadır⁴⁴⁶.

1.7.1.2. Disiplin Mahkemeleri Kanununa göre

Disiplin mahkemelerinin kararlarının niteliğini belirleyebilmek için öncelikle disiplin mahkemesinin mevzuatımıza göre, yargı organı olup olmadığına kısaca değinmek uygun olacaktır.

1.7.1.2.1. Disiplin mahkemelerinin yargı organı (mahkeme) olup olmadığı

Disiplin mahkemelerinin kuruluş tarzı nedeniyle “yargı organı (mahkeme)” kavramı içerisinde yer alıp almadıkları tartışmalıdır⁴⁴⁷. Disiplin mahkemelerinin kurulmasını düzenleyen 477 SK'nın 2 ve 17. maddelerinin Anayasaya aykırılığı iddia edilerek itiraz yoluna başvurulmuş, Anayasa Mahkemesi de bu maddelerin 1961 Anayasası'nın 138 ve 151. (1982 Anayasası 145 ve 152) maddelerine aykırı olmadığına oyçokluğuyla karar vermiştir. Ancak

Danıştay'a başvurulabileceğine ilişkin düzenleme idari itiraz yolu olmayıp idari dava yolu niteliğindedir. İdari dava da ancak kesin ve yürütülmesi zorunlu idari işlemlere karşı açılabilmesine göre 657 sayılı Kanunun 125. maddesinde yer alan Devlet Memurluğundan çıkarma cezasının ilgiliye tebliğ edildiği tarihten itibaren kesin ve uygulanması gerektiği” (D3D, 27.2.1979, E.86, K.132, DD, S.36, s.122); “Memurlar hakkında uygulanacak disiplin cezalarına ait hükümler Anayasanın 118. maddesinde, idare bölümü içinde yer almıştır. 118. maddede disiplin kurullarınca verilecek kararların yargı mercilerinin denetimi dışında bırakılamayacağı açıkça ifade olunmak suretiyle bu kararlar idari bir işlem telakki edildiğinden” (DDDK, 10.4.1970, E.143, K.253, SANCARDAR, age, s.126).

⁴⁴⁵ ERKUT, age, s.72-73.

⁴⁴⁶ GÖZLER, age, s.640; TAŞKIN, age, s.205-206.

⁴⁴⁷ ERMAN, age, s.337; EROĞLU, age, s.23; KOÇYİĞİT, age, s.142.

Mahkemenin 6 üyesi, disiplin mahkemelerinin 1961 Anayasası'nın 151. maddesi kapsamındaki “mahkeme” kavramına girmediklerini belirtmişlerdir⁴⁴⁸.

Anayasa Mahkemesinin yukarıda belirtilen kararında, 1961 Anayasa'nın 138. maddesinde⁴⁴⁹ yer alan “Askeri yargı, askeri mahkemeler ve disiplin mahkemeleri tarafından yürütülür. Bu mahkemeler asker kişilerin.....işledikleri suçlara ait davalara bakmakla görevlidirler....Askeri yargı organlarının kuruluşu işleyişi....mahkemelerin bağımsızlığı, hakimlik teminatı ve askerlik hizmetinin gereklerine göre özel kanunla düzenlenir” hükmünden hareketle, disiplin mahkemesinin bir askeri yargı organı olduğu, belirli davalara baktığı, kuruluş ve işleyişinin Anayasa'da açıklanan ilkeler uyarınca özel kanunla düzenlendiği tespitine yer verildikten sonra disiplin mahkemelerinin Anayasa'nın 138. maddesi ile hukuki anlamda “mahkeme” niteliğini kazanmış oldukları kabul edilmiştir.

Anayasa Mahkemesince, bir disiplin mahkemesinin itiraz başvurusuyla ilgili olarak yapılan ilk incelemede de, Anayasa Mahkemesinin aynı konuya ilişkin yukarıda değindiğimiz kararına atıf yapıldıktan sonra disiplin mahkemesinin; bir askeri yargı yeri olduğu, belirli davalara bakacağı, kuruluşu ve işleyişinin Anayasa'da açıklanan ilkeler uyarınca özel kanunla düzenlenmiş olduğu, gerek ad ve gerek anlam itibarıyla “bir davaya bakmakta olan mahkeme” olduğu oy çokluğuyla kabul edilmiştir⁴⁵⁰. Bu kararda da 5 üye muhalif kalmıştır⁴⁵¹.

Ceza muhakemesi hukukunda iddia makamında, savcılar, şahsi davacılar ve müdahiller; müdafaa makamında, sanık ve müdafii; yargılama makamında ise, hâkimler vardır. İşte bu üç makamın karşılıklı ve ortaklaşa yaptığı iş ceza muhakemesidir. Ceza hukuku ve ceza muhakemesi kişi hak ve hürriyetleri ile yakından ilgili olduğundan, bu makamların usulüne uygun oluşması gerekir. Bu durum, yargı bağımsızlığının da gereğidir. 477 SK'ya baktığımızda ise, sadece savunma makamının usulüne göre oluşturulduğunu görüyoruz. Nitekim 25. maddeye göre, sanık soruşturmanın her safhasında bir müdafî tutabileceği gibi, müdafî yoksa

⁴⁴⁸ Ay.Mah. 4.6.1970, E.6, K.29, AYMKD, S.8, s.298 vd.

⁴⁴⁹ Aynı yöndeki düzenleme için bkz. 1982 Anayasası m.145.

⁴⁵⁰ Ay.Mah.26.01.1978, E.1977/137, K.1978/6, AYMKD, S.16, s.13 vd.

⁴⁵¹ “İddianame ile disiplin mahkemesine dava açılmış olduğu halde; mahkemenin yargı yetkisini, 477 SK'nın 17. maddesine göre, ancak nezdinde bulunduğu komutan veya kurum amirinin emriyle kullanabilmesi Anayasada düzenlenen “mahkemelerin bağımsızlığı” ilkesine açıkça aykırı düşmektedir. Bu maddeyi haklı gösterecek bir askeri gerek de yoktur. Disiplin mahkemelerinde görülecek davaların akıbeti böylece komutan veya kurum amirinin emrine bağlı kalmaktadır. “Disiplin mahkemesi” deyimindeki “mahkeme” sözcüğünü “disiplin” sözcüğünden ayırıp tek başına ele almak doğru değildir. “Disiplin mahkemesi” deyimindeki iki sözcük birbiriyle kaynaşmış ve yeni bir Anayasa terimi oluşmuştur. Anayasa koyucunun (1961 Anayasası) 138. maddede kullandığı “mahkeme” terimi değil, “disiplin mahkemesi” deyimidir. Askerlik hizmetlerinin gereklerinden doğan ve Anayasal özellikleri, ayrılıkları ve kendine özgü niteliği bulunan bu Anayasa kurumunun adını Anayasa koyucunun 152. maddede öngörülen “mahkeme” kavram ve anlamından değişik olarak kullandığı ortadadır” (karşıoy gerekçesi, Ay.Mah. 4.6.1970, E.6, K.29, AYMKD, S.8, s.310).

disiplin mahkemesince de müdafî tutulabilir. Disiplin mahkemeleri komutanın emriyle toplandıklarından (m.17), yargılama makamı usulüne göre oluşmamaktadır⁴⁵².

Batı tipi demokrasilerle yönetilen ülkelerde, Devletin yargısal işlevi, hâkimlik ve savcılık mesleklerine mensup kamu görevlileri tarafından yapılır. Kural olarak ülkemizde de böyledir. Fakat bu kurala aykırı olarak disiplin mahkemelerinin üyeleri, hâkimlik mesleğinden olmayan, başka bir deyişle askeri hâkim sınıfından olmayan subaylardan olabilmektedir. Bu durumdaki bir kuruluşu, Anayasa’da “mahkeme” adı verilmesi nedeniyle yargı organı saymak mümkün değildir⁴⁵³.

Disiplin mahkemeleri bağımsızlık ve tarafsızlık bakımından en küçük bir teminattan dahi yoksundurlar⁴⁵⁴. Bir kere, disiplin mahkemesi üyeleri birlik komutanı tarafından atanırlar ve görev süreleri bir yıldır. İkinci olarak disiplin hazırlık soruşturması birlik komutanının emriyle başlar. Üçüncü olarak, disiplin mahkemesi birlik komutanının emriyle toplanır. Dördüncü olarak disiplin mahkemeleri ve disiplin subayları silsile yoluyla nezdinde kuruldukları komutanların gözetimine ve Milli Savunma Bakanlığının teftişine bağlıdır. Her ne kadar, bu gözetim ve teftiş yetkisine dayanılarak yargı işlerine karışılmazsa da, komutanın gözetimine ve Bakanlığın teftişine tabi bir mahkemenin bağımsız olduğunu ileri sürmek mümkün değildir⁴⁵⁵. Nihayet, gerek mahkeme üyelerinin gerek disiplin subayının hiyerarşik sicil amiri, bu mahkemede dava açılmasına karar veren, dolayısıyla sanığın cezalandırılmasını isteyen birlik komutanıdır. Ayrıca bu üyelerin kıtadaki normal görevi de devam etmekte, asıl görevinde tamamen birlik komutanına tabi çalışmaktadırlar. Böyle bir durumda bulunan mahkeme üyelerinin birlik komutanının yapabileceği muhtemel etkiye direnmeleri mümkün değildir⁴⁵⁶. Tarafsızlık bağımsızlık kavramıyla yakından ilgilidir. Bu nedenle burada disiplin mahkemelerinin tarafsızlığını ayrıca tartışmaya gerek yoktur. Bağımsızlıkları bu derece şüpheli olan bir mahkemenin tarafsızlığından da söz edilemez⁴⁵⁷.

YILDIRIM’a göre, üyelerinin çoğunluğu hâkim sınıfından olmayan görevlilerden oluşan bir mahkeme, Anayasa’nın 9. maddesi uyarınca yargı yetkisini bağımsız olarak kullanan bir mahkeme olarak kabul edilemez⁴⁵⁸. AİHM de, disiplin mahkemelerinin bağımsız ve tarafsız

⁴⁵² GÜL, Hulusi; “Anayasa Mahkemesi Kararlarındaki ‘Mahkeme’ Kavramına Eleştirel Yaklaşım”, AAD, S.105, Mayıs 1999, Y.27, s.25.

⁴⁵³ Lütfi ÖMERBAŞ’ın karşıoy gerekçesi (Ay.Mah. 4.6.1970, E.6, K.29, AYMKD, S.8, s.301).

⁴⁵⁴ ERMAN, age, s.334; GÖZLER, Kemal; “Askeri Yargı Organlarının Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesine Uygunluğu Sorunu”, İHY, C.21-22, 1999-2000, (Askeri), s.91; Askeri yargı organlarının bağımsızlığı ve tarafsızlığı konusunda bkz. ERMAN, age, s.337-338; KARDAŞ, Ümit; Hâkim Bağımsızlığı Açısından Askeri Mahkemelerin Kuruluşu ve Yetkileri, İstanbul, 1992, s.7-25.

⁴⁵⁵ ERMAN, age, s.334-335.

⁴⁵⁶ GÖZLER, Askeri, s.90.

⁴⁵⁷ GÖZLER, Askeri, s.91.

⁴⁵⁸ YILDIRIM, agm, s.123.

oldukları görüntüsü vermedikleri için AİHS'nin 6. maddesine aykırı olduklarına karar vermiştir⁴⁵⁹. Kanaatimizce de, mahkemelerin bağımsızlığı ilkesine dayanmayan, hâkimlik güvencesi olmayan ve hâkimlik niteliğini taşımayan sırf subaylardan oluşmuş, bir Komutanlığa bağlı, kararlarına karşı temyiz yolunun kapalı olduğu bir heyetin “*yargı organı (mahkeme)*” olarak kabulü mümkün değildir. Anayasa'nın 145. maddesinde “*disiplin mahkemesi*” ibaresinin kullanılması ve kanunla kurulması, bir kuruluşu “*mahkeme*” durumuna getiremez. Bu durumdaki bir kuruluşun adı “*mahkeme*” olsa da, niteliği “*disiplin kurulu*”dur.

1.7.1.2.2. Disiplin mahkemelerinin kararlarının niteliği

Yukarıda disiplin mahkemelerinin “*yargı organı (mahkeme)*” olmadıklarını belirttik. Şimdi de kararlarının niteliğini organik ve işlevsel açıdan ele alalım.

1.7.1.2.2.1. Organik açıdan

Disiplin mahkemelerin kararları, idari niteliktedir. Çünkü disiplin mahkemeleri her ne kadar, Anayasa'nın “*yargı*” başlığını taşıyan 3. Bölümünde yer alan 145. maddesinde düzenlenmiş ise de, başkan ve üyeleri, Devletin organik yapısı içinde yürütme organı ve onun doğal uzantısı olan idare içinde yer almaktadır. Çünkü disiplin mahkemesi başkanı veya üyesi olabilmek için sadece “*subay olmak*” yeterlidir. Bundan dolayı bütün subaylar disiplin mahkemesi başkanı veya üyesi olabilmektedir⁴⁶⁰.

Disiplin mahkemesi başkan ve üyelerinde sadece “*subay olma*” niteliği arandığından, her sınıftan (muhabere, personel, levazım, piyade gibi) subaylar disiplin mahkemesine başkan ve üye olarak seçilebilirler. Ancak disiplin mahkemesi başkan ve üyelerinin askeri hâkim sınıfından olup olamayacağı hususu tartışmalıdır.

ERMAN'a göre, disiplin mahkemesinin sırf hâkim olmayan subaylardan kurulmuş olması 1961 Anayasası'na aykırı düşmektedir⁴⁶¹. ERMAN, 1961 Anayasası döneminde disiplin mahkemesinde üyelerin çoğunluğunun hâkimlik niteliğine sahip olmasının şart olmadığını ve fakat hiç olmazsa bir üyenin hâkimlik niteliğine sahip olması gerektiğini savunurken 1982 Anayasası'ndan sonra bu durumun geçerliliğini kaybettiğini de belirtmektedir. Kanaatimizce de

⁴⁵⁹ Veyisoğlu/Türkiye kararı, 26.6.2007, <http://www.kazanci.com/kho2/inshaklari/kararlar.htm>. 19.01.2009; Bayrak/Türkiye kararı, 3.5.2007, <http://www.kazanci.com/kho2/inshaklari/kararlar.htm>. 19.01.2009.

⁴⁶⁰ YILDIRIM, agm, s.122.

⁴⁶¹ ERMAN bu düşüncesini, 1961 Anayasası'nın 14. maddesinin 2. fıkrasında yazılı, “*usulüne göre verilmiş hâkim kararı olmadıkça kişi dokunulmazlığı ve hürriyetinin kayıtlanamayacağı*”na dair Anayasa hükmüne dayandırmaktadır. ERMAN'a göre, hâkimin kim olduğu, ne gibi teminatlara sahip bulunduğu, özellikle genel ve özel hiçbir görev alamayacağı, Anayasa'da düzenlendiğine ve Disiplin Mahkemelerinin subay üyeleri “*hâkim*” olmadıklarına göre, hâkim olmayan mahkeme üyelerinin kararıyla bir kimsenin hürriyetinin kısıtlanması 1961 Anayasası'nın 14. maddesine aykırılık teşkil etmektedir (ERMAN, age, s.335).

1982 Anayasası'nın 145. maddesi, kuruluşla ilgili hükümleri kanunlara bıraktığından ve kuruluş biçimleri belirtilmeyen mahkemelerce verilen hürriyeti kısıtlayıcı cezaların yerine getirilmesi için kişinin hürriyetinden yoksun bırakılmasına 19. maddesiyle imkân verildiğinden, hâkim niteliğini haiz olmayanlardan kurulu mahkemelerce dahi kişi hürriyetinin kısıtlanabilmesine imkân tanınmıştır⁴⁶².

Anayasa Mahkemesi bir kararında, 1961 Anayasası'nın 138. maddesinin 4. fıkrasında askeri mahkemelerde üyelerin çoğunluğunun hâkimlik niteliğine sahip olmasının şart koşulmasına karşılık, disiplin mahkemesi üyeleri için bu yolda bir Anayasal hüküm getirilmediğinden hareketle, disiplin mahkemesi üyelerinin tamamının, bir kısmının veya yalnız birinin hâkim niteliğine sahip olabileceği gibi hiç birinin hâkim niteliğine sahip olmamasının da Anayasaya aykırı olmadığına karar vermiştir⁴⁶³. Bazı yazarlar da, Anayasa Mahkemesi gibi disiplin mahkemesi üyelerinin tümünün, çoğunluğunun ya da birinin hâkim niteliğine sahip olabileceği gibi hiçbirinin hâkim niteliğine sahip olmayabileceği görüşündedir⁴⁶⁴.

Yukarıda belirtilen Anayasa Mahkemesi kararını eleştiren ÖZBAKAN, 477 SK'nın genel gerekçesinde, bu mahkemelerin “...disiplin işleri ile çok daha yakın ilgileri bulunan askerlerden teşekkül edeceğinin” yazılı olduğunu, sözü geçen “askerler” deyimiyile hâkim niteliğini haiz subaylardan ziyade kıta ile daha yakın ilişkileri bulunan muharip ve yardımcı sınıflara mensup subayların kastolunduğunu, bu nedenle 477 SK'nın ilgili maddelerinde gerekli değişiklik yapıp disiplin mahkemesi başkan ve üyelerinin hâkim sınıfından olacağına dair bir açıklık getirilmedikçe disiplin mahkemelerine hâkim sınıfından subay atanmasının mümkün olmadığını, aksi halde kanunun amacına aykırı hareket edilmiş olunacağını ileri sürmektedir⁴⁶⁵.

Kanaatimizce de, 357 sayılı Askeri Hâkimler Kanunu'nun “hâkimlik hizmeti” başlıklı 39. maddesinde⁴⁶⁶ açıkça disiplin subaylığının hâkimlik hizmetinden sayılacağı belirtildiği halde hâkimlik hizmeti sayılabilecek görevler arasında disiplin mahkemelerine yer verilmediğinden

⁴⁶² EROĞLU, agt, s.23.

⁴⁶³ Bkz. Ay.Mah.04.06.1970, E.6, K.29 sayılı kararı (KARDAŞ/ÇINGİ, Disiplin, s.2-6).

⁴⁶⁴ KARDAŞ/ÇINGİ, Disiplin, s.2.

⁴⁶⁵ ÖZBAKAN, Disiplin, s.39, 40; Aksi görüşte olan YILDIRIM'a göre, 477 SK'nın hiçbir yerinde “hâkim niteliğini haiz subaylar hariç” cümlecğine rastlanmamakta, bunun yerine aynı Kanunun 2. ve 3. maddeleri, “subay”dan bahsetmektedirler. Dolayısıyla, bütün subaylar gibi, askeri hâkimler de disiplin mahkemesine üye veya başkan olarak seçilebilirler (YILDIRIM, agm, s.122).

⁴⁶⁶ “Askeri hâkimlerin askeri mahkemelerdeki askeri hâkimlik ve askeri savcılık görevi kadroları ile Askeri Yargıtay ve AYİM kadrolarında geçen hizmet sürelerinden başka adli müşavirlikler ile disiplin subaylıklarında, Askeri Adalet İşleri Başkanlığı ile Askeri Adalet Teftiş Kurulu Başkanlığı kadrolarında ve yargı ile ilgili idari görev kadrolarında geçen hizmet süreleri de hâkimlik hizmetinden sayılır. Yargı ile ilgili idari görev kadroları şunlardır: A) MSB'lığı Kanunlar ve Kararlar Daire Başkanlığı kadroları, B) MSB'lığı Hukuk Müşavirliği kadroları, C) Genelkurmay Başkanlığı ile kuvvet komutanlıklarındaki (Jandarma Genel Komutanlığı dâhil) Hukuk İşleri Müdürlüğü kadroları” (357 SK m.39).

ve 477 SK'nın kuruluş amacı ve işlevi de göz önüne alındığında, askeri hâkimlerin disiplin mahkemesinde başkan veya üye olarak görev yapmaları mümkün değildir.

Mevcut yasal düzenleme karşısında, disiplin mahkemelerinin başkan ve üyelerinin hepsinin askeri hâkim sınıfından seçilmesi bile, disiplin mahkemelerinin kararlarının organik açıdan idari nitelikte olmasının değiştirmez. Bunun nedeni, Anayasa'nın 139. maddesinde güvence altına alınan hâkimlik güvencesinden yoksun olmalarıdır. Zira 477 SK'nın 3. maddesine göre başkan, üye ve yedekleri; nezdinde disiplin mahkemesi kurulan komutan tarafından bir yıl için seçilirler⁴⁶⁷.

1.7.1.2.2.2. İşlevsel açıdan

Disiplin mahkemelerinin kararları, işlevsel açıdan yargısal bir karardır. Bir kamusal karar veya işlemin, işlevsel açıdan yargısal nitelikte olabilmesi için, o karar veya işlemin, Devletin yargı işlevi çerçevesinde alınmış veya yapılmış olması gereklidir. Devletin yargısal işlevi, yasama organının çıkarmış olduğu yasaları hukuksal ilişkilere ve olaylara uygulamak, bir başka deyişle tutum ve davranışların hukuk kurallarına uygun olup olmadığını göstermek, uygun olmayan anlayış ve hareketleri önlemek, bu konudaki uyuşmazlıkları, kuşkuları ortadan kaldırarak hukuk düzenini korumaktır⁴⁶⁸.

Devletin yargısal işlevini, kural olarak yargı organı içinde yer alan kamusal makamlar ve merciler yerine getirir. Ancak istisna olarak birçok konuda yasalar idari kurulları yargısal işlevlerle donatmışlardır. Bunlardan bir tanesi de disiplin mahkemeleridir. Organik açıdan idari nitelikte olan bir karar veya işlem, maddi açıdan pekâlâ yargısal bir karar veya işlem olabilir. Eğer alınan karar veya yapılan işlem hukuk düzeninin korunması amacına yönelikse, bu işlem yapılırken veya karar alınırken yargılama usulleri uygulanıyorsa, bu işlem veya karar aleyhine ancak yargılama usulü çerçevesinde tanınan kanun yollarına (itiraz, temyiz vs.) başvurulabiliyorsa, bu başvuru yollarının kullanılmaması veya kullanılmasından sonra kesinleşiyorsa ve değiştirilemiyorsa, bu kararlara herkes ve Devletin bütün organları uymak zorundaysa; Devletin hangi organı içinde yer alan kamusal merciler tarafından yapılırsa yapılsın, ortada bir yargısal işlem veya karar vardır⁴⁶⁹.

1.7.1.3. Askeri Yargıtay ve AYİM Kanunlarına göre

Daha önce de belirttiğimiz gibi, idare mekanizmasında yer almayan yargı veya yasama

⁴⁶⁷ YILDIRIM, agm, s.123.

⁴⁶⁸ ONAR, age, C.1, s.2; YILDIRIM, agm, s.123.

⁴⁶⁹ YILDIRIM, agm, s.123.

organlarının da idare işlevi alanında işlemler tesis etmeleri mümkündür⁴⁷⁰. Bu anlamda Askeri Yargıtay ve AYİM birer yüksek mahkeme olmalarına rağmen, bünyelerinde kurulan Yüksek Disiplin Kurullarının disiplin cezası verme ve Genel Kurullarının disiplin cezasıyla ilgili itirazı inceleme faaliyetleri idari faaliyettir ve bunun sonucunda verdikleri kararlar da idari işlemdir⁴⁷¹.

1.7.2. Disiplin Amirince Verilen Cezaların Hukuki Niteliği

Disiplin amirlerinin, disiplini sağlamak için maiyetlerine disiplin cezası verirken yaptıkları işlemler, gerek organik açıdan, gerekse işlevsel açıdan birer idari işlemdir⁴⁷². Her ne kadar, disiplin cezası verilirken ceza hukukuna egemen olan birçok ilke ve kurala uyulması gerekse de, disiplin amirlerinin verdiği cezaların niteliğini idari olmaktan çıkaramaz⁴⁷³. Hatta amirlerin verdikleri disiplin cezaları, maddi açıdan bir öznel işlemdir. Çünkü disiplin amiri cezayı belirlerken, suçlunun kişisel durumunu dikkate almaktadır. Böyle olunca, örneğin AsCK'nın 181. maddesinde sözü edilen kesinleşme, idari açıdan kesinleşmedir⁴⁷⁴.

657 SK'nın 136/3. maddesinde, itiraz mercilerinin itiraz edilen kararı gözden geçirerek verilen cezayı aynen kabul edebilecekleri, hafifletebilecekleri ya da kaldırabilecekleri belirtilmiştir. AsCK'nın “*Şikâyetin kabulü veya reddi*” başlıklı 189. maddesinde de, şikâyetin haklı görülmesi halinde cezanın kaldırılacağı veya değiştirileceği düzenlenmiştir. Bilindiği gibi İdare Hukukunda, bir idari işlemin kaldırılması veya değiştirilmesi, kaldırılma anı veya değiştirilme tarihinden itibaren ileriye doğru hukuksal sonuçlar doğurmaktadır. Ancak disiplin cezalarının kaldırılma veya değiştirilmesi, tıpkı iptal gibi geçmişe yönelik hukuki sonuçlar doğurmaktadır. Örneğin para cezası kaldırılırsa, tahsil edilen para cezalıya geri ödenir. Ancak, itiraz üzerine yapılacak işlem de, tıpkı cezalandırma işlemi gibi organik ve işlevsel açıdan idari işlemdir⁴⁷⁵.

⁴⁷⁰ GÖLCÜKLÜ, İdari, s.148; HAFIZOĞULLARI, age, s.231.

⁴⁷¹ “AYİM Yüksek Disiplin Kurulu'nun verdiği disiplin cezası ile itiraz üzerine AYİM Genel Kurulu'nun bu cezayı onama kararı idari işlemdir. 1602 SK'nın 28. maddesinde ‘Genel Kurulun kararları kesindir’ ibaresiyle kastedilenin artık başka bir idari prosedürün kapalı olduğu, yani kesinlik tabirinin idari yönden olduğudur” (AYİM, Drl.Krl.16.1.2004, S.2003/56, K.2004/19, AYİMD, S.19, 2004, s.872-902)

⁴⁷² “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. Yasama faaliyetinin, Anayasa'nın 87-92. maddelerinde yazılı yetkilerin TBMM'ce kullanılması, yargı faaliyetinin ise objektif hukukun, bağımsız mahkemeler tarafından somut bir olaya uygulanması olduğu düşünülecek olursa, 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.” (AYİM, 2.D.10.2.1985, E.1985/113, K.1985/168, AYİMD, S.7, 1993, s.329-332).

⁴⁷³ ÖZAY, age, s.43.

⁴⁷⁴ YILDIRIM, agm, s.120.

⁴⁷⁵ YILDIRIM, agm, s.121.

1.8. DİSİPLİN CEZALARININ TÜRLERİ

Yukarda genel olarak idari yaptırımları incelerken bu yaptırımların korunan idari menfaate, yaptırımın muhatabına veya uygulayan kurumun bünyesine göre birçok çeşidinin bulunduğunu belirtmiştik. İdari yaptırımların bir alt türü olan disiplin cezalarının da kendi içinde birçok farklı türü bulunmaktadır. Hatta bu farklılık disiplin cezalarının, fiillerin ağırlık derecesine bağlı olarak hafiften ağıra doğru farklı şekillerde düzenlenmesinin yanında, ceza türlerinin kurumdan kuruma değişmesine, daha da ötesi aynı fiile kurumdan kuruma farklı ceza öngörülmesi şeklinde karşımıza çıkmaktadır⁴⁷⁶. TSK’da uygulanan disiplin cezalarının türleri de asker kişiler hakkında disiplin suç ve cezalarının düzenlendiği kanunlara göre değişmektedir⁴⁷⁷. Bu nedenle disiplin cezalarının düzenleniş şeklini, ülkemizdeki tarihi gelişimi çerçevesinde incelemek uygun olacaktır.

1.8.1. Devlet Memurları Kanununda

Devlet memurlarının tabi olacakları disiplin hükümleri, Tanzimat döneminden başlayarak, memur statülerini belirleyen çeşitli kanun, nizamname ve talimatnamelerde yer almıştır⁴⁷⁸. Kanun, nizamname ve talimatnamelerde, disiplin cezaları, hafiften ağıra doğru belirlenmiş olmakla birlikte, bu cezalardan hangilerinin hangi fiiller için uygulanacağı, azli gerektiren nedenler dışında tespit edilmemiş ve böylelikle bu cezaların uygulanmasında yetkili makamlara geniş bir takdir yetkisi verilmişti. Daha sonra yapılan düzenlemelerde, her bir cezanın uygulanmasını gerektiren fiiller tahdidi olarak belirlenmek suretiyle bu husustaki takdir yetkisinin sınırlandırılması yönünde bir gelişme görülmüştür⁴⁷⁹.

1926 tarihli 788 sayılı Memurin Kanunu’nun, “*inzitabi cezalar*” başlığı altında, 26. maddesinin ilk şeklinde, “*ihtar (Memuru vazifesinde dikkate davet)*”, “*tevhîh (Memurun idari ve inzibati nakırası dolayısıyla muayyen bir fiilden muatebe edilmesi)*”, “*maaş katı (Memurun bir haftadan on beş güne kadar maaşının kesilmesi)*”, “*kıdem tenzili (Memurun yalnız terfîne müessir olmak üzere kıdeminden üç aydan bir seneye kadar tenzil)*”, “*sınıf tenzili (Memurun maaş itibarıyla bir mertebe madununa indirilmesi)*” ve “*memuriyetten*

⁴⁷⁶ Örneğin, 657 SK’da “*yer değiştirme cezası*” adı altında bir disiplin cezası yokken, 2802 sayılı Hâkimler ve Savcılar Kanununda bu tür bir ceza türüne yer verilmiştir. Yine örneğin, borçlarını kasten ödemeyerek hakkında yasal yollara başvurulmasına neden olmak 657 SK’da kınama cezasını gerektiren bir fiil olarak sayılmışken, aynı durum 2802 SK’da kademe ilerlemesinin durdurulması cezasını gerektiren bir fiil olarak kabul edilmiştir.

⁴⁷⁷ Örneğin askeri cezaevlerinde yatan tutuklu ve hükümlülerin disipline aykırı davranışları halinde, cezaevi düzeninin sağlanması için, kınama, ziyaretçi kabulünden mahrumiyet, mektup yazmak ve almaktan mahrumiyet ve hücre hapsi cezaları bulunmaktadır. Bu kişilerin statüleri farklı olduğundan belirtilen cezalar ve bu cezaların uygulanma usulü ayrıca ele alınmayacaktır.

⁴⁷⁸ Tarihçe konusunda geniş bilgi için bk. **ORHUN, Hayri**; Türkiye’de Devlet Memurlarının Hukuki Rejimimi Hatlarıyla Tarihi Gelişimi ve Bugünkü Durum, İstanbul 1946, s.157-193.

⁴⁷⁹ **LİVANELİOĞLU**, age, s.15.

ihraç” olmak üzere altı çeşit disiplin cezası öngörülmüştü⁴⁸⁰. İhtar dışındaki cezalar komisyon kararıyla Bakan veya valiler tarafından uygulanıyordu. Buradaki Bakan veya valilerce uygulanma inzibat komisyonu kararını onaylama anlamında olmayıp, sadece karar gereklerinin yapılmasıdır. Çünkü Kanunun 57. maddesinde; “*inzibat komisyonlarının kararlarının tasdike muhtaç olmaksızın lazımülicra oldukları, ancak memur veya memurun mensup olduğu daire amirinin kararı tebliğ tarihinden itibaren 10 gün içinde Danıştay’da temyiz edebilecekleri*” hükme bağlanmıştı⁴⁸¹.

788 SK’da yer alan bu disiplin cezaları, 657 SK’nın yürürlüğe girmesine kadar uygulanmıştır. 657 SK’nın 125. maddesinin ilk metninde disiplin cezaları; “*uyarma (Memura, görevinde daha dikkatli davranması gerektiğini yazı ile bildirmek)*”, “*kınama (Memura, görevinde ve davranışında kusurlu sayıldığını yazı ile bildirmek)*”, “*kısa süreli durdurma (Memurun bulunduğu kademedeki ilerlemesinin altı ay için durdurulması)*”, “*uzun süreli durdurma (Memurun bulunduğu kademedeki ilerlemesinin bir, bir buçuk veya iki yıl durdurulması)*”, “*geçici olarak görevden çıkarma (Memuru, kadrosu saklı kalmak suretiyle, bir aydan altı aya kadar aylıksız olarak geçici süre ile görevinden çıkarmak)*” ve “*Devlet memurluğundan çıkarma*” şeklinde 6 çeşit olarak düzenlenmişti.

23.12.1972 tarihli 2 sayılı KHK⁴⁸² ile 657 SK’nın bazı disiplin hükümlerinde önemli değişiklikler getirilmiş, fakat kısa ve uzun süreli durdurma cezalarına ilişkin durdurma süreleri dışında disiplin cezası türlerinde bir değişiklik öngörülmemiştir.

12.5.1982 tarihli 2670 SK’la⁴⁸³ ceza türleri de dâhil olmak üzere 657 SK’nın disiplin hükümleri önemli değişikliklere tabi tutulmuştur. Söz konusu Kanunla yapılan değişiklikle kısa ve uzun süreli durdurma cezaları kaldırılarak bunların yerine, “*kademe ilerlemesinin durdurulması*” cezası ihdas edilmiş, geçici olarak görevden çıkarma cezası ise tümüyle yürürlükten kaldırılmıştır. 657 SK’nın disiplin cezalarının türlerini belirleyen 125. maddesi halen değiştirilen şekliyle yürürlükte bulunmaktadır. Bugün için 657 SK’da öngörülen disiplin cezaları; “*uyarma*”, “*kınama*”, “*aylıktan kesme*”, “*kademe ilerlemesinin durdurulması*” ve “*Devlet memurluğundan çıkarma*” olarak beş türden oluşmaktadır⁴⁸⁴.

⁴⁸⁰ ÖRÜCÜ, agm, s.784.

⁴⁸¹ SAĞLAM, agt, s.36.

⁴⁸² RG, 30.12.1972, S.14407.

⁴⁸³ RG, 16.5.1982, S.17696.

⁴⁸⁴ Mukayeseli hukukta kamu görevlileri için öngörülen disiplin cezalarına baktığımızda, genel olarak; uyarma, kınama, terfi listesinden silinme, kademe indirme, sınıf tenzili, emeklilik hakkı saklı kalmak üzere azil ve azille birlikte emeklilik hakkının da kaybı, gelecekte yapılacak bir zammın durdurulması, önceden kazanılmış zam hakkının kaybı, para cezası, disiplin amacıyla başka bir yere nakil, işten el çektirme, rütbe indirimi, emeklilik maaşı indirilerek emekli edilme, maaş indirimi, alt görevlere atama,

1.8.2. Askeri Ceza Kanunu ve Disiplin Mahkemeleri Kanununda

Osmanlı İmparatorluğu'nda, askerliğe büyük önem ve değer verilmiştir. Önceleri gönüllü askerliğe dayanan ordunun, sonraları tımar ve zeamet sahiplerinin beslemek ve yetiştirmekle yükümlü oldukları kuvvetlerle sağlandığı, bunun yanında devşirme usulüne başvurularak tamamıyla merkezi kuvvete bağlı yeniçerilerin meydana getirildiği, bu örgütün işlevini kaybetmesi üzerine de, ilk askeri kuvvetin kurulduğu bilinen şeylerdir.

Uzun süre merkezi otoriteye bağlı tek disiplinli ve askerliği meslek edinmiş kuvvet olan yeniçeriler, ancak kendi subayı tarafından ve kendi kışlası içinde cezalandırılabilirdi. 1826 yılında yeniçerilik teşkilatı ortadan kaldırılınca, 1829 yılında “*Kanunname-i Asakir-i Muhammediye*” adında bir kanun yayımlandı. Bu kanun göz hapsi, mahpes, kışlık koğuştaki hapis, tomruka (demir) konmak, angariye hizmet, ekmek ve suya hasren tevkif gibi bugünkü AsCK'da bulunan cezalara da az çok benzeyen yaptırımlar içeriyordu⁴⁸⁵.

Cumhuriyetin ilanından sonra girilen büyük hukuk devrimi sonucunda Alman kanunları esas tutularak ve aynı zamanda Fransa'da kabul edilmiş olan 1928 tarihli Kanundan da yararlanılarak 1632 sayılı Askeri Ceza Kanunu oluşturulmuş ve 15.10.1930 tarihinden itibaren yürürlüğe girmiştir⁴⁸⁶. 1964 tarihli 477 SK'nın yürürlüğe girmesine kadar tüm disiplin suçlarına AsCK'nın hükümleri uygulanmış, disiplin cezaları konusunda AsCK'da 2000 yılına kadar önemli bir değişiklik yapılmamıştır.

AsCK'nın 165. maddesinde 4551 SK'la değişiklik yapılmadan önce disiplin cezaları; “*tevbih*”, “*şiddetli tevbih*”, “*maaş katı*”, “*göz hapsi*”, “*oda hapsi*”, “*sıra harici hizmet*”, “*izinsizlik*”, “*katıksız hapis*”⁴⁸⁷ olarak 8 çeşitti.

ücretsiz olarak geçici işten el çektirme gibi cezaların bulunduğunu görmekteyiz. Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. **CHAPMAN, Brian**; İdare Mesleği, Avrupa'da Devlet Memurluğu (Çev.Cahit TUTUM), Ankara 1970; **CEM, Cemil**; “*Disiplin ve Disiplin Hukuku*”, AnkBD, C.26, S.5, s.827; **LİVANELİOĞLU**, age, s.22; **GELEGEN**, agm, s.229; **SANCAKDAR**, age, s.149; **SAĞLAM**, agt, s.35.

⁴⁸⁵ **ERMAN**, age, s.14; Söz konusu kanun metni için bkz. **SEVİĞ, Vasfi Raşid**; “*Askeri Adalet*”, Ankara 1955, s.100-187.

⁴⁸⁶ **TUNÇ/ÇAPANOĞLU/AKMANER**, age, s.XV; Mukayeseli askeri disiplin hukukunun gelişimi konusunda ayrıntılı bilgi için bkz. **GİLİSEN, John (Çev. Naim SUCU)**; “*Askeri Hukukun Bugünkü Evrimi Üzerine Genel Bildiri*”, II, YD, C.8, S.3, 1982, s.313; **KÖPRÜ, Orhan**; “*Mukayeseli Hukukta Askeri Yargı*”, AAD, S.93, Mayıs 1995, Y.23, s.3.

⁴⁸⁷ 4551 SK'la kaldırılan katıksız hapis cezası; erbaş ve erlere 21 güne kadar verilebilen bir kısa hapis cezasıydı. Erbaş ve erler katıksız hapis cezasını hapis odasında tek başına geçiriyorlardı. Katıksız hapis, mahkûma bir katı minder ve gıda olarak yalnız su ve istihkak miktarı ekmek verilmek ve tütün ve sair verilmemek suretiyle infaz ediliyordu. Bu mahrumiyetler hapsin 4., 8., 12. günleriyle bundan sonra mahkûmiyet müddetince her 3 günde bir kaldırılıyordu. Mahkûmun sıhhati katıksız hapse müsait değilse, disiplin cezasının bir derece daha hafifi uygulanırdı. Cezayı veren disiplin amirleri zaruret halinde cezanın sonraya bırakılmasını veya fasıla ile infazını emredebilirdi. Katıksız haptiste cezanın sıhhati bu cezaya uzun zaman dayanmasına müsait değilse ve cezanın sonraya bırakılması veya fasıla ile icrası hizmet dolayısıyla caiz görülmezse oda hapsiyle değiştirilebilirdi. Belirtilen ceza Anayasa Mahkemesi tarafından Anayasa'ya aykırı bulunmamıştı (Ay.Mah.28.6.1966, E.1963/132, K.1966/29, RG, 27.6.1967, S.12632).

4551 SK’la yapılan değişiklik sonrası disiplin cezaları; “uyarı”, “aylık kesilmesi”, “izinsizlik”, “sıra harici hizmet”, “göz hapsi”, “oda hapsi” ve “rütbenin geri alınması” olmak üzere 7 çeşittir⁴⁸⁸.

1.8.3. Askeri Hâkimler, Askeri Yargıtay ve AYİM Kanunlarında

26.10.1963 tarihli 357 SK’dan önce askeri hâkimler, disiplin yönünden, AsCK’ya tabiydiler. AsCK’nın 173. maddesi uyarınca hapis cezası dışındaki diğer cezalar askeri hâkimlere verilebiliyordu. 357 SK’la yapılan özel düzenleme sonrası AsCK’nın disiplin cezalarıyla ilgili hükümlerinin askeri hâkimlere uygulanmasına imkân yoktur⁴⁸⁹.

357 SK’nın 29. maddesinde askeri hâkim subaylara verilebilecek disiplin cezaları; uyarma ve kınama olarak belirlenmiştir. 357 SK’nın 29. maddesinde 10.11.1983 tarihli 2948 SK’la değişiklik yapılmadan önceki ilk halinde disiplin cezaları; “*ihtar (görevde dikkati çekmek veya bir fiil ve tutumundan dolayı ilgiliyi uyarmak)*” ve “*tevbih (belli bir fiil veya tutumundan dolayı onu işleyeni kınamak)*” olarak belirlenmişti.

1600 SK’nın 31 ve 1602 SK’nın 28. maddesinde disiplin suçlarından dolayı Yüksek Disiplin Kurulunun, “uyarma”, “kınama” ve “görevden çekilmeye davet” disiplin cezaları verebileceği düzenlenmiştir.

⁴⁸⁸ Mukayeseli askeri disiplin hukukunda sözlü uyarı, yazılı uyarı, kınama, fazla mesai, aylıktan kesme, gözetim altında tutulma, toplu alanları kullandırmama, ziyaretçiyle görüştürülmeme, lojman hapsi, kışla hapsi, rütbe indirme, rütbe terfiinin ertelenmesi, işten uzaklaştırma, işten çıkarma gibi cezalar bulunmaktadır. Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. **NOLTE, Georg**; European Military Law Systems, De Gruyter Rechtswissenschaften Verlags, Berlin 2003; **ERYDING-BERG, Stefan**; “İsveç’te Askeri Yargı ve Asker Kişilerin İşledikleri Suçların Kimi Açılardan Ele Alınması”, (Çev.Ersin KARATEKİN), Askeri Yargıtay’ın 90. Kuruluş Yıldönümü Sempozyumu, Ankara 2004, s.21-26; **RANT, James W.**; “İngiltere Askeri Yargı Sistemi”, Askeri Yargıtay’ın 85. Kuruluş Yıldönümü Sempozyumu, Ankara 1999, s.106-126; **PORETSCHKIN, Alexander**; “Almanya’da Askeri Yargılama”, Askeri Yargıtay’ın 85. Kuruluş Yıldönümü Sempozyumu, Ankara 1999, s.158-168; **EGELEN, Andrew M.**; “Amerikan Askeri Yargı Sistemi”, Askeri Yargıtay’ın 85. Kuruluş Yıldönümü Sempozyumu, Ankara 1999, s.82-105.

⁴⁸⁹ Ay.Mah.28.6.1966, E.1963/132, K.1966/29, RG, 27.6.1967, S.12632.

İkinci Bölüm

TÜRK SİLAHLI KUVVETLERİNDE UYGULANAN DİSİPLİN SUÇ VE CEZALARININ ANAYASAL İLKELERE VE AVRUPA İNSAN HAKLARI SÖZLEŞMESİ'NE UYGUNLUĞU

2.1. DİSİPLİN SUÇ VE CEZALARININ ANAYASAL İLKELERE UYGUNLUĞU

Kanunilik ilkesi, savunma hakkı, hukuk devleti ve yargı yolu disiplin suç ve cezalarıyla doğrudan ilgili Anayasal ilkelerdir. Şimdi bu ilkeleri inceleyelim.

2.1.1. Kanunilik İlkesi Açısından

Disiplin suç ve cezalarında kanunilik ilkesinin önemini anlayabilmek için önce ilkenin Anayasal konumunu ortaya koymak gerekmektedir.

2.1.1.1. İlkenin Anayasal konumu

Kanunilik ilkesinin Anayasal konumu denildiğinde akla ilk olarak Anayasa'nın 38. maddesinde düzenlenen “*suçta ve cezada kanunilik ilkesi*” gelir. Ancak Anayasa’da kanunilik ilkesinin daha geniş uygulama alanı vardır¹. Anayasa’nın 13. maddesinde² temel hak ve hürriyetlerin kanunla sınırlanabileceği; 123. maddesinde³ idarenin kanunla düzenleneceği; 128. maddesinde⁴ de memurların ve diğer kamu görevlilerinin özlük işlemlerinin kanunla düzenleneceği belirtilmiştir. Bu örnekleri çoğaltmak mümkündür.

Disiplin suç ve cezalarının Anayasal ilkelere uygunluğu incelenirken, üzerinde durulması gereken en önemli hususlardan birisi kanunilik ilkesine uygunluğudur. Zira disiplin suç ve cezalarının Anayasa’nın 38. maddesi kapsamında olup olmadığı konusunda doktrinde ve yargı kararlarında fikir birliği yoktur.

Anayasa’nın 128/2. maddesi uyarınca kamu görevlilerinin özlük işlerinin kanunla düzenlenmesi zorunludur. Dolayısıyla kamu görevlilerinin özlük işleriyle çok yakından ilgili bir konu olan disiplin suç ve cezalarının da kanunla düzenlenmesi gerekmektedir. Disiplin suç ve cezalarının Anayasa’nın 128/2. maddesi kapsamında olduğuna ilişkin doktrin ve yargı kararlarında fikir birliği bulunmaktadır.

¹ SAĞLAM, agt, s.90.

² “Temel hak ve hürriyetler, özlerine dokunulmaksızın yalnızca Anayasa’nın ilgili maddelerinde belirtilen nedenlere bağlı olarak ve ancak kanunla sınırlanabilir” (Ay. m.13).

³ “İdare, kuruluş ve görevleriyle bir bütündür ve kanunla düzenlenir” (Ay. m.123/1).

⁴ “Memurların ve diğer kamu görevlilerinin nitelikleri, atanmaları, görev ve yetkileri, hakları ve yükümlülükleri, aylık ve ödenekleri ve diğer özlük işleri kanunla düzenlenir” (Ay. m.128/2).

Kanunilik ilkesinin yorumunda ve sonuçlarında, Anayasa'nın 38 ve 128/2. maddeleri arasında önemli farklılıklar bulunmaktadır. Örneğin, Anayasa'nın 38. maddesi kapsamındaki suç ve cezalar, KHK ile düzenlenememektedir. Buna karşılık 128/2. maddesi kapsamında kamu görevlilerinin özlük işleri KHK ile düzenlenebilir⁵.

Konunun Anayasal düzeydeki bu iki farklı boyutu nedeniyle kanunilik ilkesinin Anayasa'nın 38. maddesi açısından ve 128/2. maddesi açısından ayrı ayrı ele alınarak incelenmesi gerekmektedir. Bu nedenle öncelikle kanunilik ilkesi her iki Anayasa hükmü açısından ayrı ayrı incelenecek, daha sonra da disiplin suç ve cezalarının söz konusu maddeler karşısındaki durumu değerlendirilecektir.

2.1.1.2. Anayasa'nın 38. maddesi açısından kanunilik ilkesi

Kanunilik ilkesi, ceza hukukunu diğer hukuk dallarından ayıran en önemli ilkedir⁶. Aydınlanma devrinin ceza hukukuna kazandırdığı bu ilke, ilk defa Montesquieu tarafından ifade edilmiş ve 1789 Fransız İnsan Hakları ve Yurttaş Hakları Bildirisine de iktibas edilmiştir⁷. Roma hukukunda tanınmamasına rağmen, ilkeyi Latince bir formülle ifade eden Alman ceza hukukçusu *Fauerbach* olmuştur: “*nullum crimen sine lege, nulla poena sine lege*”⁸. İlke, İnsan Hakları Evrensel Bildirisi ve AİHS’de de düzenlenmiştir.

Kanunilik ilkesi, dar anlamda suçta kanuniliği ve cezada kanuniliği anlatır. Suçta kanunilik, hiç kimsenin kanunda suç olarak belirtilmeyen bir fiilden dolayı cezalandırılmamasını, cezada kanunilik ise hiç kimseye kanunda yer almayan bir cezanın verilememesini ifade eder⁹.

Anayasa'nın “suç ve cezalara ilişkin esaslar” başlığını taşıyan 38. maddesinde; “(1)Kimse, işlendiği zaman yürürlükte bulunan kanunun suç saymadığı bir fiilden dolayı cezalandırılmaz; kimseye suçu işlediği zaman kanunda o suç için konulmuş olan cezadan daha ağır bir ceza verilemez. (2) Suç ve ceza zamanaşımı ile ceza mahkûmiyetinin sonuçları konusunda da yukarıdaki fıkra uygulanır. (3) Ceza ve ceza yerine geçen güvenlik tedbirleri ancak kanunla konulur. (4)Suçluluğu hükmen sabit oluncaya kadar, kimse suçlu sayılamaz....(11) İdare, kişi hürriyetinin kısıtlanması sonucunu doğuran bir müeyyide

⁵ “TBMM, Bakanlar Kuruluna KHK çıkarma yetkisi verebilir. Ancak sıkıyönetim ve olağanüstü haller saklı kalmak üzere, Anayasanın ikinci kısmının birinci ve ikinci bölümlerinde yer alan temel haklar, kişi hakları ve ödevleri ile dördüncü bölümünde yer alan siyasi haklar ve ödevler KHK’lerle düzenlenemez” (Ay. m.91/1).

⁶ SAĞLAM, agt, s.91.

⁷ ÖZGENÇ, Şerh, s.65-66.

⁸ FEUERBACH, Paul Johann; Lehrbuch Des Gemeinen in Deutschland Geltenden Peinlichen Rechts, 14. Ausgabe, GieBen, 1847, § 23 (nakleden; ÖZGENÇ, Şerh, s.66).

⁹ HALL, Jerome; General Principles of Criminal Law, New York 1960, s.27 (nakleden; SAĞLAM, agt, s.92).

uygulayamaz. Silahlı Kuvvetlerin iç düzeni bakımından bu hükme kanunla istisnalar getirilebilir” şeklinde düzenlenmiştir.

Suçta ve cezada kanunilik ilkesine ilişkin olarak TCK’nın 2. maddesinde; “(1) Kanunun açıkça suç saymadığı bir fiil için kimseye ceza verilemez.... Kanunda yazılı cezalardan ...başka bir ceza ve güvenlik tedbirine hükmolunamaz. (2) İdarenin düzenleyici işlemleriyle suç ve ceza konulamaz. (3) Kanunların suç ve ceza içeren hükümlerinin uygulanmasında kıyas yapılamaz. Suç ve ceza içeren hükümler, kıyasa yol açacak biçimde geniş yorumlanamaz” esasına yer verilmiş; “Zaman bakımından uygulama” başlıklı 7. maddesinde de; “(1) İşlendiği zaman yürürlükte bulunan kanuna göre suç sayılmayan bir fiilden dolayı kimseye ceza verilemez. İşlendikten sonra yürürlüğe giren kanuna göre suç sayılmayan bir fiilden dolayı da kimse cezalandırılmaz.... (2) Suçun işlendiği zaman yürürlükte bulunan kanun ile sonradan yürürlüğe giren kanunların hükümleri farklı ise, failin lehine olan kanun uygulanır ve infaz olunur. (3) Hapis cezasının ertelenmesi, koşullu salıverilme ve tekerrürle ilgili olanlar hariç; infaz rejimine ilişkin hükümler, derhal uygulanır” esasına yer verilmiştir.

Anayasa’nın 38 ile TCK’nın 2 ve 7. maddelerinde ifadesini bulan suçta ve cezada kanunilik ilkesi, en yalın anlatımla, suç teşkil eden fiillerin ve bu fiillere uygulanacak cezaların önceden “kanun” adındaki hukuki metinler tarafından açık, kesin ve belirli bir şekilde tespit edilmiş olmasını ifade eder. Bu şekilde kişilerin kanun tarafından yasaklanmış olan davranışları önceden bilmelerine ve davranışlarını buna göre düzenlemelerine imkân sağlanmış olur¹⁰. Dolayısıyla Devletin bireye karşı keyfi muamele yapması önlenmiş olur¹¹. Ayrıca suç ve cezaların yasama organı tarafından belirlenmesi, kişi hak ve hürriyetlerinin siyasi iktidarlara karşı korunmasını da sağlar¹².

Anayasa ve TCK’da yer alan kurallara göre kanunilik ilkesinin “kanunla düzenlenme”, “kanunun açık olması” ve “kanunun geçmişe uygulanmazlığı” olmak üzere üç alt ilkeye dayandığı görülmektedir¹³. Şimdi bu ilkeleri inceleyerek, anlam ve kapsamalarını ortaya koymaya çalışalım.

¹⁰ SAĞLAM, agt, s.92.

¹¹ ÖNDER, Ayhan; Ceza Hukuku Genel Hükümler, C.I, İstanbul 1991, s.109.

¹² ŞEN, age, s.16; “Kanunsuz suç ve ceza olmaz ilkesinin esası, yasa tarafından, suçun, yani ne gibi eylemlerin yasaklandığının hiçbir şüpheye yer verilmeyecek biçimde belirtilmesinden ve buna göre cezanın yasayla belirlenmesinden ibarettir. Kişinin, yasak eylemleri ve bunların cezalarını önceden bilmesi gerekir. Bu durum, kişinin temel hak ve özgürlüklerinin güvencesidir. Bu nedenle de Anayasanın kişinin temel hak ve ödevlerine ilişkin ikinci bölümünde bu güvenceye yer verilmiştir” (Ay.Mah. 6.7.1993, E.5, K.125, AYMKD, S.31, C.I, 1996, s.218).

¹³ TOROSLU, age, s.16.

2.1.1.2.1. Kanunla düzenlenme (Kanunun tekelciliği)

Ceza hukukunda kanunilik ilkesinin ilk anlamı, suç ve cezaların “*kanun*” adı altındaki hukuki metinlerle düzenlenmesi zorunluluğudur. Kanunla düzenlenme ilkesi ceza hukukunun kaynağını ilgilendirmektedir.

“*Kanun*” kavramı, “*şekli*” ve “*maddi*” olmak üzere iki şekilde açıklanmaktadır. Maddi anlamda kanun anlayışına göre, genel, soyut ve sürekli nitelik gösteren kuralların, “*kanun*” adını taşımayan tüzük, yönetmelik gibi düzenleyici işlemlerle de konulması mümkün bulunmaktadır. Şekli anlamda kanun ise, içerdiği kuralların niteliğine bakılmaksızın yasama organınca “*kanun*” adı altında ve kanunlar için öngörülen usuller izlenerek yapılan bir yasama işlemidir. Şekli kanunun konusu da genellikle genel ve soyut hukuk kurallarıdır. Ancak şekli kanunun mutlaka genel ve soyut hukuk kuralları içermesi gerekmez¹⁴. Örneğin, il veya ilçe kurulmasının TBMM tarafından onaylanması, şekli bir kanun olmakla birlikte genel, soyut ve sürekli nitelikte olmaması nedeniyle maddi anlamda kanun değildir¹⁵. Aynı şekilde genel, soyut ve sürekli kurallar içeren tüzük ve yönetmelikler, maddi anlamda kanun niteliğinde olmakla birlikte TBMM tarafından kabul edilmemeleri nedeniyle şekli anlamda kanun sayılmazlar.

Kanunla düzenlenme ilkesinin çok katı uygulanmasının ortaya çıkardığı sorunlar¹⁶ ve sosyo-ekonomik gelişmeler, zaman içinde bu ilkenin çok katı uygulanmasından vazgeçilmesi yönünde eğilimleri doğurmuş ve yürütme organına sınırlı ölçüde de olsa suç koyma yetkisi tanınmıştır¹⁷. Bu nedenle kanunla düzenlenme ilkesinin katı bir şekilde uygulandığı ceza alanı ile daha esnek uygulandığı suç alanının ayrı ayrı incelenmesinde yarar vardır.

2.1.1.2.1.1. Ceza alanında

Anayasa’nın 38. maddesinde düzenlenen “*ceza ve ceza yerine geçen güvenlik tedbirlerinin ancak kanunla konulacağı*” kuralı uyarınca kanun dışındaki düzenleyici işlemlerle ceza konulmasına imkân bulunmamaktadır¹⁸. Cezanın, suçlunun kişiliğine

¹⁴ GÜNDAY, age, s.81.

¹⁵ AKYILMAZ, age, s.22.

¹⁶ Yasama organının ağır işlemesi, teknik konuların yasama organının ihtisas alanı dışında bulunması, kamu hizmetlerinin artışı, ekonomik ve ticari hayattaki gelişmeler, şehirleşmenin ortaya çıkardığı kültürel, ekonomik ve ideolojik sorunlar, olağanüstü durumlar gibi (YÜCE, **Turhan Tufan**; “*Ceza Hukuku İlkelerinin Disiplin Ceza Hukukunda Geçerliliği Sorunu ve Danıştay Kararlarının Bu Açıdan Tahlili*”, DD, S.88, 1994, (Tahlil), s.9; SOYASLAN, age, s.29).

¹⁷ SAĞLAM, agt, s.95.

¹⁸ TOROSLU, age, s.23; DÖNMEZER/ERMAN, age, C.I, s.151; FEYZİOĞLU, **Metin**; “*İşyeri Kapatma Cezası ve Anayasa Karşısındaki Konumu*”, TBBD, 1993, S.I, s.16; SOYASLAN, age, s.89.

uydurulabilmesi için, alt ve üst hadlerinin kanun tarafından belirlenerek¹⁹, asıl cezayı belirleme yetkisinin hâkime bırakılması cezanın kanunla düzenlenmesi ilkesine aykırı değildir. Ancak, kesin ve açık bir düzenlemenin yapılması zorunludur²⁰.

2.1.1.2.1.2. Suç alanında

Kanunla düzenlenme ilkesi, cezaların düzenlenmesinde mutlak bir uygulama alanı bulduğu halde, zaman içindeki çeşitli gelişmeler bu ilkenin suçların düzenlenmesinde daha esnek bir şekilde uygulanmasına yol açmıştır²¹.

Kanunilik ilkesinin suçların düzenlenmesi alanındaki esnek uygulamasına ilk örnek “açık (beyaz) ceza normu” adı verilen norm türlerinde söz konusu olmaktadır. Bir ceza normu kural olarak hüküm (suç tanımı) ve yaptırım (ceza) olmak üzere iki kısımdan oluşur. Bu tür ceza normlarına “tam ceza normu” adı verilmektedir. Bazı durumlarda ise ceza normu, yaptırım (ceza) ve suçun konusunu içermesine karşılık davranış (hüküm/fiil) kısmını içermemektedir. “Açık ceza normu” adı verilen bu tür normlarda normun davranış kısmı ilerde ortaya çıkacak bir ihlale bağlanmaktadır. Bu ihlal de idarenin bir düzenleyici tasarrufuna veya bir emrine aykırı davranmak şeklinde ortaya çıkmaktadır²².

Tam ceza normlarında, hem yasaklanan fiil (hüküm) ve hem de yaptırım (ceza) açıkça kanunda düzenlendiğinden kanunilik ilkesine uyulmaktadır. Ancak açık ceza normlarında, ceza kanunla belirlenmesine rağmen suçun oluşmasının ilerde gerçekleşecek idari bir emre aykırılığa bağlanması, bu tür normların kanunilik ilkesine uygunluğunun tartışılmasına neden olmaktadır²³. Örneğin, TCK’nın 297. maddenin 2. fıkrasında; “yetkili makamlar tarafından infaz kurumuna veya tutukevine sokulması yasaklanmış bulunan eşyayı”

¹⁹ “Cezanın yasallığı ilkesi, bir suça uygulanacak yaptırım türlerinin, hangi sınırlar içinde uygulanacağını, nelerin ve ne ölçüde hafifletici veya ağırlaştırıcı sebep olacağını yasa koyucu tarafından kurala bağlanmasını zorunlu kılmaktadır” (Ay.Mah. 6.7.1993, E.1993/5, K.1993/25, AYMKD, S.31, 1996, s.218).

²⁰ “İtiraz konusu kural para cezasının belirlenmesine ilişkin olduğundan bunun suç ve cezadaki yasallık ilkesi gereği objektiflik ve genellik esaslarına göre kesin ve açık bir biçimde düzenlenmesi gerekir. Ceza davalarında davanın sonuçlanma tarihi, davanın özelliğine ve yargılama sürecine bağlı olarak değişkendir. Dava konusu yasa kuralı, cezayı hüküm tarihindeki asgari ücrete bağlı kılmak suretiyle aynı tarihte işlenen suçlara farklı para cezasının verilmesine sebep olabilecektir. İtiraz konusu sözcükler sebebiyle hakkında ne zaman hüküm verileceğini ve o tarihte asgari ücretin ne olacağını bilmesi imkânsız olan kişinin, ne kadar ceza alacağını bilmesi de mümkün değildir. Bu nedenlerle, itiraz konusu sözcükler Anayasa’nın 38. maddesine aykırıdır” (Ay.Mah. 7.6.1999, E.10, K.122, AYMKD, S.36. C.1, 2001, s.485).

²¹ SAĞLAM, agt, s.96.

²² HAFIZOĞULLARI, age, s.286; TOROSLU, age, s.12.

²³ Açık ceza normu yoluyla suç ihdasının mümkün olduğuna 1982 Anayasası’nın 38. maddesinin gerekçesinde de yer verilmiştir; “Bu hükme göre suç ve cezalar ve güvenlik tedbirleri ancak yasama tasarrufuyla konulabilecektir. Keza, gene bu kural uyarınca, kanunun suç olarak öngörmediği ve ceza koymadığı bir fiil sebebiyle de kimse cezalandırılmayacaktır. Bu hüküm kanun koyucunun ‘açık suç hükmü’ koymasına; yani ‘fiili’ bildirmeden suç konusunu gösterip bunun müeyyidesini belirtmesine engel değildir. Mesela Türk Parasının Kıymetinin Korunması Hakkındaki Kanunun yaptığı gibi; bu gibi hallerde ne yasama yetkisi devredilmiş, ne de ‘kanunsuz suç ve ceza olmaz’ ilkesi ihlal edilmiştir” (KUZU, Burhan; Türk Anayasa Metinleri ve İlgili Mevzuat, İstanbul 1997, s. 65).

infaz kurumuna veya tutukevine sokmak, bulundurmak veya kullanmak suç olarak düzenlenmiştir. Burada suçun konusu, doğrudan kanunla belirlenmemiş, suç konusu eşyayı belirleme hususunda idari makamlar yetkili kılınmıştır²⁴. Benzer durum TCK'nın 174/1 ve 193. maddelerinde düzenlenen suçlarda da vardır.

Açık ceza normu olan 765 sayılı TCK'nın 526. maddesinin²⁵ suçta kanunilik ilkesine aykırı olduğu iddiasıyla yapılan bir başvuru Anayasa Mahkemesince; *“Yasama organının kanun yaparken bütün olasılıkları gözönünde bulundurarak 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. Bundan başka, yukarıda da değinildiği gibi 526. maddenin birinci fıkrasında suçun ne gibi eylemleri kapsadığı açıkça belirtildiğine ve cezası da önceden saptandığına göre itiraz konusu kuralın 'kanunsuz suç ve ceza olamaz' ilkesine de uymayan bir yönü yoktur”*²⁶ şeklindeki gerekçeyle reddedilmiştir. Mahkeme aynı kararında, uyulmaması durumunda 526. maddeye göre suç teşkil edecek idari emir veya tedbirlerin önceden yayınlanarak halka duyurulmuş olması gerektiğini belirtmiştir.

Sonuç olarak, doktrindeki eleştirilere²⁷ rağmen kanunda cezasının gösterilerek suç teşkil edecek davranışların idare tarafından yayınlanacak emir veya düzenleyici işlemlerle belirlenmesine imkân verilmesi pozitif hukukumuzda uygulanan bir yöntemdir²⁸.

2.1.1.2.2. Kanunun açık olması (Kıyas yasağı)

Ceza hukukunda kanunilik ilkesinin güvence işlevini yerine getirebilmesi için, kanunla düzenlenme ilkesinin benimsenmesi yeterli değildir. Aynı zamanda, kanunda yer alan suç tanımlarının açık olması gerekir. Yani, hangi insan davranışlarının suç oluşturduğunun kanun

²⁴ ÖZGENÇ, Şerh, s.75.

²⁵ “Yetkili makamlar tarafından adli işlemler dolayısıyla ya da kamu güvenliği ve kamu düzeni veya genel sağlığın korunması düşüncesiyle kanun ve nizamla aykırı olmayarak verilen bir buyruğu dinlemeyen veya bu yolda alınmış bir önleme uymayan kimse, eylem başka bir suç oluşturmadığı takdirde.....cezasıyla cezalandırılır” (765 sayılı TCK m.526/1).

²⁶ Ay.Mah. 7.6.1973, E.12, K.24, AYMKD, S.11, 1974, s.265.

²⁷ DÖNMEZER/ERMAN, age, C.1, s.147-149; SOYASLAN, age, s.66 vd.; ŞEN, age, s.14 vd.; İÇEL/DONAY, age, 110 vd.; GÖLCÜKLÜ, İdari, s.125 vd; ÖZGENÇ, Şerh, s.69.

²⁸ Nitekim 5326 sayılı Kabahatler Kanunu (RG, 31.3.2005, S.25772) da “Kanunilik ilkesi” başlığı altında; “(1) Hangi fiillerin kabahat oluşturduğu, kanunda açıkça tanımlanabileceği gibi; kanunun kapsam ve koşulları bakımından belirlediği çerçeve hükmün içeriği, idarenin genel ve düzenleyici işlemleriyle de doldurulabilir. (2) Kabahat karşılığı olan yaptırımların türü, süresi ve miktarı, ancak kanunla belirlenebilir” şeklinde düzenleme yapmıştır.

metninden açık bir şekilde anlaşılabilir olması gerekmektedir²⁹. TCK'nın 2. maddesinde “*Kanunun açıkça suç saymadığı bir fiil için kimseye ceza verilmez*” şeklinde belirtilmiştir.

Bir fiilin cezalandırılabilmesi için, fiilin kanunda öngörülen tarife (tipe) uygun olması gerekir. Tipikliği belirleyebilmek ise, suç tipinin kesin bir şekilde tanımlanmış olmasını zorunlu kılar³⁰. Buna göre kanunun açık olması, bir normun hukuki metinde yazılış biçimi ve ifade tarzıyla ilgilidir.

Kanunla düzenlenme ilkesi, ceza kanunlarının kaynağı (düzenlendikleri norm türü) ile ilgili olmasına karşılık, kanunun açık olması ilkesi ceza normlarının yazılışıyla ilgilidir. Dolayısıyla kanunla düzenlenme ilkesi yürütme gücünün keyfiliğini önleme amacı güderken, kanunun açık olması ilkesi kanunda açıkça yazılmamış olan durumların cezalandırılmasına engel olarak yargıcın keyfiliğini önleme amacı taşır³¹.

Ceza hukukunda suç olarak kabul edilen davranış modelleri (tipleri) ceza normu içeren kanunlarda tek tek tanımlanmıştır. Eğer bir fiil kanunda yazılı bu modellerden (tiplerden) hiçbirisine uymuyorsa suç olarak kabul edilemez ve cezalandırılmaz. Bu nedenle suç tanımlarında bulunması gereken açıklık/belirlilik özelliği kıyas yasağını da zorunlu olarak içerir. Kıyas yasağının gereği olarak ceza kanunundaki suç tiplerinden hiçbirisine uymayan bir fiil, başka bir suç tipine benzetilerek cezalandırılmaz.

Şunu hatırlatmak gerekir ki, yorum ile kıyas aynı şey değildir. Bilindiği gibi, yorum, bir kanun hükmünün anlamını ve kanun koyucunun gerçek iradesini ortaya çıkarmaya yönelik fikri faaliyettir. Hâlbuki kıyas, kanunda açık bir şekilde suç olarak tanımlanmamış olan bir fiilin, bununla bazı yönlerden benzerlik gösteren başka bir fiille ilgili suç kapsamına sokulmasıdır³².

Ancak genişletici yorumla kıyas arasındaki sınırı belirlemek de oldukça güçtür. Bu nedenle, belirsizliğin olduğu somut durumlarda, kıyas yasağını ihlal etmemek ve dolayısıyla hukuk güvenliğini korumak uğruna, cezalandırılabilirliğin alanını dar tutmak isabetli olur³³.

²⁹ ÖZGENÇ, Şerh, s.77; EREM/DANIŞMAN/ARTUK, age, s. 95; İÇEL/DONAY, age, s.54.

³⁰ ALACAKAPTAN, age, s.29 vd.

³¹ TOROSLU, age, s.24-25.

³² İÇEL/DONAY, age, s.124. Örneğin, lokantada yemek yedikten sonra bedelini ödmeden çıkıp giden bir kişinin fiili 765 sayılı TCK'nın hırsızlık suçuna ilişkin tarifine uyan bir fiil değildi. Buna karşılık YCGK kıyas yoluna başvurarak bu şekildeki fiillerin de hırsızlık suçu oluşturduğunu kabul etmişti (YCGK, 7.2.1977, E.76/6-577, K.77/47, DÖNMEZER/ERMAN, age, C.I, s.33, dn.87). Yargıtay'ın bu kararı ceza hukukunda kıyas yasağını ihlal etmekteydi. Daha sonra 3756 Sayılı Kanunla bu tür fiiller de açıkça suç haline getirilmişti.

³³ ÖZGENÇ, Şerh, s.78-79.

TCK'nın 2. maddesinin 3. fıkrası ile, ceza hukukunda kıyas yasağının kanuni dayanağı oluşturulmuştur. Buna göre; *“Kanunların suç ve ceza içeren hükümlerinin uygulanmasında kıyas yapılamaz. Suç ve ceza içeren hükümler, kıyasa yol açacak biçimde geniş yorumlanamaz”*.

Haksızlık teşkil eden bazı fiillerin suç olarak tanımlanması konusunda ceza kanunlarında boşluklar olabileceği, kaçınılmaz bir gerçektir. Ancak, bu gerçeğe rağmen, kıyas yoluyla suç ihdası kabul edilmemiştir. Kanunun açıkça suç olarak tanımlamadığı bir fiilden dolayı bir kişiyi cezalandırmak, somut olayda rahatsız edici görünse bile, hukuk güvenliğiyle bağdaşmaz³⁴.

Aleyhte kıyas yasağı mutlak bir uygulama alanı bulduğu halde, hukuka aykırılığı ortadan kaldıran nedenler, isnat yeteneğini kaldıran veya azaltan nedenler gibi sanığın lehine olan durumlarda bu yasağın uygulanmayacağı, bu tür durumlarda lehe kıyasın yapılabileceği genellikle kabul edilmektedir³⁵.

Sonuç olarak, suç ve ceza alanında geçerli olan kıyas yasağı uyarınca, kanunda açıkça suç olarak düzenlenmeyen bir fiilin suç olarak düzenlenen bir başka fiile benzetilerek cezalandırılması mümkün bulunmadığı gibi, kanunda öngörülen bir cezanın uygulama alanının benzetme yoluyla genişletilmesi ya da ağırlaştırılması da mümkün değildir³⁶.

2.1.1.2.3. Kanunun geçmiş yürümezliği

Kanunilik ilkesinin içerdiği diğer bir alt ilke de ceza kanunlarının zaman bakımından uygulanması konusuna ilişkin olan geçmişe yürüme yasağıdır. Ceza hukukunda geçmişe yürümezlik ya da geçmişe uygulanmazlık ilkesi, ceza kanunlarının sadece yürürlüğe girmelerinden sonra işlenen fiillere uygulanabilmelerini ifade eder³⁷. Bu ilkeyi tamamlayan bir ilke de yürürlükten kalktıktan sonra uygulanmazlık ilkesidir. Bu ilke kanunun yürürlükten kalktıktan sonra işlenen fiillere uygulanamamasını anlatır.

Ceza kanunlarının yürürlüğe girerek ve yürürlükten kalkarak birbirini izleyişinde TCK'nın 7. maddesi üç ayrı durumu düzenlemiştir. Maddenin 1. fıkrasında yer alan; *“İşlendiği zaman yürürlükte bulunan kanuna göre suç sayılmayan bir fiilden dolayı kimseye*

³⁴ ÖZGENÇ, Şerh, s.79.

³⁵ TOROSLU, age, s.26; İÇEL/DONAY, age, s.85.

³⁶ “Doktrinde kanunsuz suç ve ceza olmaz vecizesiyle ifade edilen bu kural, ceza hukukunun genel ilkelerindendir. Hâkim, yorum yoluyla suç ve ceza yaratamayacağı gibi, yasaların açık hükmüyle tayin edilen indirim oranlarını da değiştiremez”(YCGK, 22.10.1984, E.262, K.34, YAŞAR, Osman; Uygulamada Türk Ceza Yasası, Genel Hükümler, Ankara 2000, s.27).

³⁷ HALL, age, s.58 vd.

ceza verilemez” hükmüyle, aleyhteki kanunun geçmişe yürütülemeyeceği kabul edilmiştir. Yine 1. fıkrada yer alan; *“İşlendikten sonra yürürlüğe giren kanuna göre suç sayılmayan bir fiilden dolayı da kimse cezalandırılmaz”* şeklindeki hükümle lehe olan kanunun geçmişe yürütüleceği kabul edilmiştir. Nihayet maddenin 2. fıkrasında yer alan; *“Suçun işlendiği zaman yürürlükte bulunan kanun ile sonradan yürürlüğe giren kanunların hükümleri farklı ise, failin lehine olan kanun uygulanır ve infaz olunur”* şeklindeki hükümle de değişikliğin aleyhe olan kısmı yönünden geçmişe uygulanmazlık ilkesi, lehe olan kısmı yönünden ise geçmişe uygulanırılık ilkesi benimsenmiştir. Bu son halde mevcut bir suçun kaldırılması ya da yeni bir suç ihdas edilmesi söz konusu olmayıp önceden var olan ve şimdi de varolmayı sürdüren bir suçun cezasında değişiklik yapılması söz konusudur.

Geçmişe uygulama yasağı da, suçun unsurlarının yanında suça ve cezaya etki eden ağırlaştırıcı ve hafifletici nedenleri kapsayan genel bir uygulama alanına sahiptir. Buna karşılık cezalandırma açısından failin aleyhine hükümler içeren (örneğin, temyiz yolunu daraltan) kurallar dışındaki muhakeme hukuku kuralları geçmişe uygulanma yasağının dışındadır³⁸.

Kıyas yasağı, bir uygulama ve yorum sorunu olmasına karşılık, geçmişe uygulanmazlık uygulayıcının yanısıra yasama organına da hitabeden bir sınırlama niteliğindedir³⁹.

2.1.1.3. Anayasa’nın 128/2. maddesi açısından kanunilik ilkesi

Anayasa’nın 128/2. maddesi açısından kanunilik ilkesini açıklayabilmek için öncelikle *“memur güvenliği”* kavramı ve amacı ile memur güvencelerinin türlerini açıklamak uygun olur.

2.1.1.3.1. Memur güvenliği kavramı

“Güvenlik” kavramı, insan davranışlarını etkileyen temel güdüler arasında yer alır. Bu kavramın kamu hizmetinde çalışanlar için çok daha özel bir anlamı vardır. Günümüzde Devletin yüklendiği görev ve sorumlulukların fazlalığı ve niteliği, kamu hizmetlerinin memurluğu meslek edinmiş kişilerle yürütülmesini zorunlu kılmaktadır. Memurluğun bir meslek olarak kabul edilmesi ise, *“memur güvenliği”* kavramını da beraberinde getirmiştir. Çünkü kamu hizmetlerini yürüten kimsenin verimli olabilmesi, ağır kusuru olmadan işini ve memuriyet statüsüne bağlı haklarını kaybetmeyeceğinden

³⁸ İÇEL/DONAY, age, s.88 vd.

³⁹ SAĞLAM, agt, s.103.

emin olmasına bağlıdır. İşte “*memur güvenliği*” kavramı, bu düşüncenin ürünü olarak ortaya çıkmıştır. Memura tanınan güvenceler hizmetin daha iyi görülmesi amacına yönelik olup, memurun kişiliğine tanınan bir ayrıcalık niteliği taşımazlar. Bu nedenle memur güvenliği sübjektif değil, objektif bir hukuksal durum yaratır⁴⁰.

Tek partili sistemlerde, idare içinde yükselme parti aracılığıyla gerçekleşir ve memurlar parti yönetiminin yakın gözetim ve denetimi altında çalışır. Böyle bir ortamda memurun güvenliği söz konusu değildir. Bu nedenle tek partili siyasal sistemlerde memurun iktidara bağlılığı mutlak olup, kendisini koruyacak bir güvence sistemi bulunmamaktadır. Buna karşılık siyasal iktidarın demokratik yollarla değiştirilebildiği siyasal rejimlerde, memurlara iktidar karşısında nisbi bir bağımsızlık sağlanmaktadır. Bu tür sistemlerde, siyasi iktidarın idareyi kendi siyasi amaçlarına alet etmemesi ve ayrıca memurların da siyasi iktidarın icraatını güçleştirmemesi ve vatandaşlara hizmet ederken siyasi nedene dayalı ayrımcılık yapmamaları gerekir. İşte bunun sağlanabilmesi için de, memurlara birtakım güvencelerin sağlanması zorunludur. Şüphesiz güvencelerin türü, kapsamı ve güvenceleri sağlayan hukuki araçların niteliği ülkeden ülkeye değişen farklılıklar göstermektedir⁴¹. Örneğin, bazı ülkelerde memurlara kanunlarla etkili hukuksal güvenceler tanınırken, Anglo-Sakson ülkelerde geleneklere dayalı güvenceler tanınmaktadır.

2.1.1.3.2. Memur güvencelerinin türleri

Genel olarak memurlara tanınan güvenceleri, Devlete karşı koruyan güvenceler ve idare edilenlere karşı koruyan güvenceler olmak üzere iki grupta toplayabiliriz. Memurun idare edilenlere karşı korunması, iftira ve hakaret durumlarında memurun amiri tarafından haksız isnatta bulunan kişiye karşı dava açılmasını savcılıktan istemesi⁴² gibi pek de işlerliği olmayan bir mekanizma yoluyla sağlanmaktadır⁴³. Memurun Devlete karşı korunması ise, yasama, yürütme (siyasi iktidara) ve yargı organına karşı koruma şeklinde sınıflandırılmaktadır⁴⁴.

⁴⁰ TUTUM, Cahit; Türkiye'de Memur Güvenliği, TODAİE Yayınları, Ankara 1972, s.3-7; SAĞLAM, agt, s.104.

⁴¹ TUTUM, age, s.8-10.

⁴² 657 SK'nın “İsnat ve iftiralara karşı koruma” başlığını taşıyan 21. maddesi şu şekildedir; “Devlet memurları hakkındaki ihbar ve şikâyetler, garaz veya mücerret hakaret için, uydurma bir suç isnadı suretiyle yapıldığı ve soruşturma veya yargılamanın tabi olduğu kanuni işlem sonucunda bu isnat sabit olmadığı takdirde, merkezde memurun en büyük amiri, illerde valiler, isnatta bulunanlar hakkında kamu davası açılmasını Cumhuriyet Savcılığından isterler”.

⁴³ SAĞLAM, agt, s.105.

⁴⁴ TUTUM, age, s.11.

Memurun yasama organına karşı korunması, bu konuda Anayasa’da bir takım bağlayıcı kuralların yer almasıyla sağlanmaktadır⁴⁵. Nitekim Anayasa’nın memurlarla ilgili bazı konularda yasama organını bağlayıcı düzenlemelere yer vererek memurları yasama organına karşı koruduğunu görmekteyiz. Örneğin, hizmete alınmada görevin gerektirdiği niteliklerden başka hiçbir ayırım gözetilemeyeceği (m.70), savunma hakkı tanınmadıkça disiplin cezası verilemeyeceği (m.129), uyarma ve kınama cezaları hariç disiplin cezalarının yargı denetimi dışında bırakılamayacağı (m.129) gibi.

Memurlara tanınan Anayasal güvencelerden bir kısmı yargıyla ilgili güvencelerdir. Örneğin, idarenin her türlü eylem ve işlemine karşı yargı yolunun açık tutulması (m.125), memurlar ve diğer kamu görevlileri hakkında ceza kavuşturması açılmasının kanundaki istisnalar dışında yetkili idari makamın iznine bağlı tutulması (m.129) gibi.

Memurlara tanınan asıl güvenceleri yürütme organına karşı tanınan güvenceler oluşturmaktadır. Yürütme organı, biri siyasi iktidarı temsil eden “*Hükümet*”, diğeri de Hükümetin siyasi kararlarını yasalara uygun olarak yerine getirmekle görevli hiyerarşik bir düzeni ifade eden ve memurlar tarafından temsil edilen “*idare*” olmak üzere iki yönlü bir yapılanmayı anlatır. Bu yönüyle memur hem idare içindeki hiyerarşik amirin, hem de Hükümetin etki alanı içinde bulunur⁴⁶. İşte memuru yürütme organına karşı koruyan güvenceler, yürütmenin hem siyasi yönüne, hem de idari yönüne karşı iki yönlü bir koruma sağlar⁴⁷.

Memurun yürütme organına karşı korunmasının en temel yolu, memur statüsünün Anayasa, kanun ya da idari metinlerle düzenlenmesidir. Bu yolla yürütme organının takdir yetkisi sınırlanır. Ancak bu arada şunu belirtelim ki, memurluk statüsüne ilişkin kuralların Anayasa, kanun ya da idari metinlerle düzenlenmesine ilişkin sistemlerin avantaj ve dezavantajları bulunmaktadır. Örneğin, statü kurallarının Anayasa’da yer alması personel rejiminin değişen şartlara ayak uydurmasını zorlaştırırken, bu alanın tümüyle idarenin düzenleme yetkisine terkedilmesi de memur güvenliği açısından sakıncalar yaratır. Bu açıdan kanunla düzenleme, idari metinlerle düzenlemeye nazaran daha fazla güvence ve istikrar, Anayasa ile düzenlemeye nazaran ise değişen şartlara uyum açısından kolaylık sağlar⁴⁸.

Demokratik geleneklerin tam olarak yerleşmediği ve memurluğun siyasi amaçlarla kullanılabilirdiği ülkemizde memurluk statüsünün Anayasa ve kanunlarla düzenlenmesinde zorunluluk bulunmaktadır. Bu doğrultuda disiplin cezalarının savunma alınmadan

⁴⁵ SAĞLAM, agt, s.105.

⁴⁶ GÜRAN, Sait; Memur Hukukunda Kayırma ve Liyakat Sistemleri, İstanbul 1980, s.137.

⁴⁷ TUTUM, age, s.13-14.

⁴⁸ TUTUM, age, s.19.

verilemeyeceği ve bu işlemlerin yargı denetimi dışında bırakılamayacağı gibi bir kısım önemli konular doğrudan Anayasa’da düzenlenmiş, genel olarak memurluk statüsünün kanunla düzenlenmesi esası getirilmiştir. Az sonra inceleyeceğimiz gibi, kanunla düzenleme ilkesinin uygulanması da, temel konuların kanunla belirlenmesi, diğer konuların ise yürütmenin düzenleme yetkisine bırakılması şeklindedir. Buna göre Türk Hukukunda personel statüsünün düzenlenmesi konusunda orta yol bulunmuştur⁴⁹.

Memurların kanunilik ilkesi yoluyla yürütme organına karşı korunması Anayasa’nın 128/2. maddesinde düzenlenmiştir. Şimdi Anayasa’nın 128/2. maddesinde öngörülen kanunilik ilkesinin anlamını, kapsamını ve sınırlarını Anayasa Mahkemesi kararları ışığında belirlemeye çalışalım.

2.1.1.3.3. Anayasa’nın 128/2. maddesine göre kanunla düzenlenme ilkesi

Hukuk Devletin “*olmazsa olmaz*” unsurlarından birisi de, idarenin kanuniliğidir. İdarenin kanuniliği ilkesi gereği, idare hem teşkilât hem de faaliyet olarak kanuna dayanmak zorundadır. Bu husus Anayasa’nın 123. maddesinde; “*İdare, kuruluş ve görevleriyle bir bütündür ve kanunla düzenlenir*” şeklinde vurgulanmıştır. Bu ilkenin “*kanunun önceliği ilkesi*” ve “*kanuni dayanak ilkesi*” olmak üzere iki boyutu vardır⁵⁰. Yürütme yetkisi ve görevi, Anayasa’ya ve kanunlara uygun olarak kullanılır. O halde idare, öncelikle yürürlükteki kanunlara saygılı olmalıdır. Kanuni dayanak ilkesine göre de, özellikle kişilerin özgürlüklerini etkileyen idari eylem ve işlemlerde idarenin pozitif bir hukuki dayanağının bulunması zorunludur⁵¹.

İdarenin kanuniliği ilkesinin bir boyutu da, memurlar ve diğer kamu görevlilerinin statülerinin kanunla düzenlenmesi ilkesidir⁵². Anayasa’nın 128/2. maddesinde yer alan; “*Memurlar ve diğer kamu görevlilerinin nitelikleri, atanmaları, görev ve yetkileri, hakları ve yükümlülükleri, aylık ve ödenekleri ve diğer özlük işleri kanunla düzenlenir*” şeklindeki emredici hüküm karşısında hukukumuzda yasama ve yürütme organlarının memur statüsünün düzenlenmesi konusunda başka türlü hareket etme imkânları bulunmamaktadır.

⁴⁹ SAĞLAM, agt, s.107, dn.38.

⁵⁰ MAUER, Hartmut; Allgemeines Verwaltungsrecht, München 1990, s.83 (nakleden; AKYILMAZ, age, s.85).

⁵¹ AKYILMAZ, age, s.85-86.

⁵² Anayasa Mahkemesi, Anayasa’nın 128/2. maddesi kapsamında bulunmayan kamu personelinin kanunla düzenleme güvencesinden yararlanamayacakları düşüncesindedir (Ay.Mah. 21.1.1988, E.1987/11, K.1988/2, AYMKD, S.24, 1989, s.19); Mahkemenin bu yöndeki kararları doktrinde eleştirilmekte ve işçiler için dahi bir çok yasa kuralının çıkartıldığı gözönünde tutulduğunda 128/2. madde kapsamında olmayan İl Genel Meclisi üyeleri, Belediye Başkanları gibi özel idare usullerine tabi asli-geçici nitelikli kamu personelinin hukuki statüsünün hiç olmazsa temel bir yasayla düzenlenmesinin aranması gerektiği belirtilerek bu tür personelin hukuksal rejiminin belirlenmesinin tümüyle idareye bırakılmasının uygun olmadığı ileri sürülmektedir (GÜRAN, Sait; “Anayasa Mahkemesi’nin 1982 Anayasası Döneminde Personel Hukukuna Bakışı”, AY, S.6, 1989, (Bakış), s.58-59).

Acaba memur statüsünün kanunla düzenlenmesinin kapsamı ve sınırı ne olacaktır? Kamu personeline ilişkin her türlü konunun kanunla düzenlenmesi gerekir mi? Yoksa bu konudaki temel ve belirleyici noktaların kanunla düzenlenmesi yeterli olur mu?

Kanun koyucunun düzenleyemeyeceği hiçbir alan yoktur. Yani, Anayasa'ya aykırı olmamak şartıyla her konu, kanunla düzenlenebilir. Buna, “*yasama yetkisinin genelliği ilkesi*” adı verilir⁵³. Kanun koyucu, dilediği takdirde memur statüsünü en ince ayrıntılarına kadar düzenleyip idareyi bağlı yetki ile sınırlayabilir. Ancak günümüzde gelişen teknolojiye bağlı olarak yeni nitelikler kazanan ve daha karmaşık biçimler alan, uzmanlaşmış ve çok geniş alanlara yayılmış bulunan idari teşkilat ve faaliyetlerin kanun koyucu tarafından önceden ayrıntılı olarak düzenlenmesi düşünülemez. Zira buna ne çalışma süresi, ne teknik uzmanlığı ve ne de ağır işleyen çalışma usulleri imkân verir⁵⁴. Bu nedenle memur statüsünün kanunla düzenlenmesi mutlak olarak uygulanmamakta, temel ilkelerin, ölçü ve sınırların kanunla belirlenip uzmanlık ve teknik konulara ilişkin ayrıntıların belirlenmesinin yürütme organına bırakılması şeklinde yumuşak bir anlayışla uygulanmaktadır⁵⁵.

Anayasa'nın 128/2. maddesi anlamında kanunilik ilkesinin anlam ve kapsamı, Anayasa Mahkemesi'nin bazı kararlarında açıklanmıştır. Mahkeme, idarenin tüzük ve yönetmelik çıkarmak gibi klasik düzenleme yetkisinin, idarenin kanuniliği ilkesi çerçevesinde özerk bir yetki olmayıp sınırlı ve tamamlayıcı bir yetki olduğunu, bu bakımdan Anayasa'da öngörülen istisnai durumlar dışında kanunlarla düzenlenmemiş bir alanda kanunla yetkili kılınmış olsa da, idarenin sübjektif hakları etkileyen bir kural koyma yetkisinin bulunmadığını, hakkında kanun bulunmayan konularda tüzük ve yönetmelik çıkarılamayacağını, yetkili organların, düzenleyici işlemler için Anayasa'da dayanak aramak zorunda olduklarını belirterek, personele yapılacak prim dağıtım esaslarının çıkarılacak yönetmelikle belirlenmesi konusunda idareye yetki veren bir kanun değişikliğini iptal etmiştir⁵⁶.

⁵³ AKYILMAZ, age, s.86.

⁵⁴ AKYILMAZ, Bahtiyar; “*Takdir Yetkisinin Yargısal Denetimi*”, S.Ü. Sosyal Bilimler Meslek Yüksekokulu Dergisi, 1998. S.1, s.23-24; GÜNDAY, age, 43-44.

⁵⁵ SAĞLAM, agt, s.108; “*Anayasa'nın 7. maddesinde yasama yetkisinin TBMM tarafından kullanılacağı ve devredilemeyeceği kurala bağlanmıştır. Bu kural karşısında, Anayasa'da yasayla düzenlenmesi öngörülen konularda yürütme organına genel ve sınırları belirsiz bir düzenleme yetkisinin verilmesi imkânlı değildir. Yürütmenin düzenleme yetkisi, sınırlı, tamamlayıcı ve bağımlı bir yetkidir. Bu nedenle, Anayasa'da öngörülen ayrık durumlar dışında, yasalarla düzenlenmemiş bir alanda, yasa 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 yönetimin düzenlemesine bırakmaması gerekir. Temel kuralları koymadan, ölçüsünü belirlemeden ve sınırı çizmeden yürütmeye düzenleme yetkisi veren kural, Anayasa'nın 7. maddesine aykırı düşer*” (Ay. Mah.6.7.1993, E.5, K.25, AYMKD, S.31, C.I, 1996, s.218); “*Anayasa'ya göre yasa ile düzenlenmesi öngörülen konularda, yürütme organına, genel, sınırsız, esasları ve çerçevesi belirsiz bir düzenleme yetkisi verilemez. Yasada temel esasların belirlenmesi koşuluyla, uzmanlık ve teknik konulara ilişkin ayrıntıların düzenlenmesinin yürütmeye bırakılması Anayasa'ya aykırılık oluşturmaz*” (Ay.Mah. 27.11.1997, E.37, K.69, AYMKD, S.35, 2000, s.122).

⁵⁶ Ay.Mah. 19.4.1988, E.1987/16, K.1988/8, AYMKD, S.24, 1989, s.81.

Mahkeme, başka bir kararında da; “Anayasa’nın çeşitli maddelerinde yer alan ‘kanunla düzenlenir’ deyiminden neyin anlaşılması gerektiği hususuna Anayasa Mahkemesi, kararlarıyla açıklık getirmiştir. Örneğin, 18.6.1985 günlü, E.3, K.8 sayılı kararında, konuyu şöyle belirginleştirmiştir: ‘Yasa koyucu, belli konularda gerekli kuralları koyacak, çerçeveyi çizecek, eğer uygun ve zorunlu görürse, onların uygulanması yolunda sınırları belirlenmiş alanlar bırakacak, idare ancak o alanlar içinde takdir yetkisine dayanmak suretiyle yasalara aykırı olmamak üzere bir takım kurallar koyarak yasanın uygulanmasını sağlayacaktır’. Esasen Anayasa’nın 8. maddesinin, ‘yürütme yetkisi ve görevi Anayasaya ve kanunlara uygun olarak kullanılır ve yerine getirilir’ hükmünün anlamı da budur. Şu halde, anılan Yasanın ikinci fıkrası da, Anayasa’nın 128. maddesinin ikinci fıkrasındaki yasayla düzenleme koşuluna uyarak, kaymakamlara verilmesi öngörülen ödenekle ilgili kuralları saptamış bulunmaktadır. Yasa koyucu, sınırları belirlenmiş alanda yönetime, bu hükmün uygulanması yönünde bir takdir yetkisi vererek, esneklik sağlama amacını gütmüştür. Yasa, bu ödenekle ilgili öğeleri belirlediğine göre, Anayasa’nın 128. maddesinin ikinci fıkrasının öngördüğü buyruk yerine getirilmiş bulunmaktadır”⁵⁷ şeklinde gerekçeyle kaymakamlara, yaptıkları özel idare hizmetleri karşılığında İçişleri Bakanlığınca belirlenecek belli bir miktar aylığın ödenmesini öngören kanun maddesini Anayasa’nın 128. maddesine aykırı bulmamıştır.

Yukarıda belirtilen Anayasa Mahkemesi kararlarından da anlaşılacağı üzere, Anayasa’nın 128/2. maddesi anlamında kanunla düzenleme ilkesi, düzenlenen konudan kavram, ad ve kurum olarak söz etmek anlamına gelmez⁵⁸. Yürütme organına genel, sınırsız, esasları ve çerçevesi belirsiz bir düzenleme yetkisi tanınması Anayasa’nın 128/2 ve 7. maddelerine aykırılık oluşturur. Kanunda temel esasların belirlenmiş olması şartıyla, uzmanlık ve teknik konulara ilişkin ayrıntıların belirlenmesi konusu yürütme organının takdir yetkisine bırakılabilir. Ancak temel ve esaslı konular ile uzmanlık ve teknik alana ilişkin ayrıntı konularının neleri içerdiğinin bir belirsizlik taşıdığı ve her olayda farklı yorum ve değerlendirmelere yol açabileceği ortadır⁵⁹.

2.1.1.4. Disiplin suç ve cezalarında kanunilik ilkesi

Yukarıda belirtildiği gibi Anayasa’nın 128/2 ve 38. maddeleri arasında kanunilik ilkesinin anlamı, kapsamı ve yorumunda bazı farklılıklar bulunduğundan disiplin suç ve cezalarında kanunilik ilkesi konusunu da her iki madde açısından ayrı ayrı ele almak gerekir.

⁵⁷ Ay.Mah. 22.6.1988, E.1987/18, K.1988/23, AYMKD, S.24, 1989, s.318.

⁵⁸ Ay.Mah. 22.12.1988, E.5, K.55, AYMKD, S.24, 1989, s.165.

⁵⁹ SAĞLAM, agt, s.113.

2.1.1.4.1. Anayasa'nın 128/2. maddesi yönünden

Anayasa'nın kamu personeline ilişkin genel düzenlemeler içeren hükmü 128. maddedir. Memurlar ve diğer kamu görevlilerini kapsayan ve bunların statüleriyle ilgili olarak kanunla düzenlenme esası getiren söz konusu maddede kanunla düzenlenmesi gereken hususlar; bunların “*nitelikleri, atanmaları, görev ve yetkileri, hakları ve yükümlülükleri, aylık ve ödenekleri ve diğer özlük işleri*” şeklinde sayılmıştır.

Anayasa'nın 128/2. maddesinde, statüleri kanunla düzenlenecek olanların “*memurlar ve diğer kamu görevlileri*” olduğu belirtilmiştir. Acaba bu kavramların kapsamına kimler girmektedir?

“Mevcut kuruluş biçimine bakılmaksızın, Devlet ve diğer kamu tüzel kişilerince genel idare esaslarına göre yürütülen asli ve sürekli kamu hizmetlerini ifa ile görevlendirilenler, bu Kanunun uygulanmasında memur sayılır” (657 SK'nın m.4/A).

“*Kamu görevlisi*” kavramını; Kamu tüzelkişilerinin çeşitli birimlerinde kamu hukukuna göre çalıştırılan görevliler olarak tanımlayabiliriz⁶⁰. İdare hukukunda kimleri kapsadığı konusunda farklı görüşler bulunmakla birlikte, doktrinde genel olarak “*kamu görevlisi*” kavramı biri geniş, diğeri de dar anlamda iki şekilde açıklanmaktadır. “*Geniş anlamda kamu görevlisi*” kavramı içine hukuki durumlarına ve yaptıkları görevin niteliğine bakılmaksızın Cumhurbaşkanından işçilere kadar kamu kesiminde⁶¹ görev yapan herkes; “*dar anlamda kamu görevlisi*” kavramı içine ise, Devletin siyasal yapısını oluşturan (yasama ve yürütme) organlarındaki görevliler ile özel hukuka tâbi işçiler ve ödevliler dışındaki kamu görevlileri girmektedir⁶². Anayasa'nın 128. maddesinde belirtilen “*kamu görevlileri*” deyiminden dar anlamda kamu görevlilerini anlamak gerekir⁶³. Bu nedenle örneğin bir kamu kurumunda çalışmakla geniş anlamda kamu görevlisi sayılan özel hukuk hükümlerine ve toplu sözleşmeye tâbi bir işçi, dar anlamda kamu görevlisi sayılmadığından, statüsünün 128. madde kapsamında kanunla düzenlenmesi gerekmemektedir⁶⁴.

⁶⁰ **YILDIRIM**, age, s.157; TCK'nın 6. maddesinde; “*Kamu görevlisi deyiminden; kamusal faaliyetin yürütülmesine atama veya seçilme yoluyla ya da herhangi bir surette sürekli, sürekli veya geçici olarak katılan kişi*” anlaşılması gerektiği belirtilmiştir. Kamu görevlisini çok geniş tanımlayan bu hükmün sadece ceza kanunlarının uygulanmasında esas alınabileceğini, personel hukuku açısından uygulanamayacağını belirtelim.

⁶¹ “*Avukatlık mesleği bir kamu hizmeti olmakla beraber serbest meslek olduğundan avukatların memurlar gibi kamu görevlisi olarak kabulüne imkân yoktur*” (D8D, E.1993/117, K.1994/594, DD, S.90, s.817).

⁶² **AKYILMAZ**, age, s.368.

⁶³ **KANLIGÖZ, Cihan**; “1982 Anayasasına Göre Kamu Görevlisi Kavramının Anlam ve Kapsamı”, AÜHFD, C.43, S.1-54, 1993, s.195; **GÜNDAY**, age, s.517; **TAŞKIN**, age, s.36; **YILDIRIM**, age, s.158.

⁶⁴ **SAĞLAM**, agt, s.107, dn.37; Anayasa Mahkemesi de, Anayasa'nın 128/2. maddesi kapsamında bulunmayan kamu personelinin kanunla düzenlenme güvencesinden yararlanamayacaklarını belirtmiştir (Ay. Mah. 21.1.1988, E.1987/11, K.1988/2, AYMKD, S.24, 1989, s.19).

Mevzuatımızda “*diğer kamu görevlileri*” kavramına ilişkin bir tanım yer almamaktadır. Doktrinde, “*diğer kamu görevlileri*” deyiminin, genel idare esaslarına göre yürütülen asli ve sürekli görevleri yerine getiren, fakat Devlet memurlarından ayrı bir rejime tâbi tutulmuş olan görevlileri belirttiği ve bu anlamda hâkimler ve savcılar, KİT personelinin, üniversite öğretim elemanlarının ve TSK personelinin “*diğer kamu görevlileri*” kapsamı içinde oldukları belirtilmektedir⁶⁵.

“*Diğer kamu görevlileri*” genel olarak Anayasa’nın 128. maddesi kapsamında bulunmalarının yanı sıra, Anayasa’da bunlar yönünden ayrıca çeşitli güvenceler öngören hükümler de bulunmaktadır. Örneğin, 140/3. maddesinde; “*Hâkim ve savcılarının nitelikleri, atanmaları, hakları ve ödevleri, aylık ve ödenekleri.....haklarında disiplin kovuşturması açılması ve disiplin cezası verilmesi,...ile diğer özlük işleri mahkemelerin bağımsızlığı ve hâkimlik teminatı esaslarına göre kanunla düzenlenir*” kuralına yer verilmiş, 130/9. maddesinde de; “*Yükseköğretim elemanlarının görevleri, ünvanları ... disiplin ve ceza işleri, mali işleri, özlük hakları kanunla düzenlenir*” hükmü öngörülmüştür.

Görüldüğü gibi “*diğer kamu görevlileri*” ile ilgili diğer Anayasal hükümlerde kanunla düzenlenmesi gereken konular arasında disiplin suç ve cezaları açıkça belirtilmiştir. Oysa 128/2. maddede bu yönde bir açıklık yoktur. Acaba bu durum nedeniyle disiplin suç ve cezalarının 128/2. madde kapsamında kanunilik ilkesine tâbi olmadığı söylenebilecek midir? Bu sorunun cevabı “*hayır*” olacaktır. Şöyleki, 128/2. maddede; memurlar ve diğer kamu görevlilerinin diğer özlük işlerinin de kanunla düzenleneceği belirtilmiştir. “*Diğer özlük işleri*” kavramı ise, madde kapsamında olan kimselerin mali hakları dâhil olmak üzere disiplini, meslek içi eğitimi, yer ve görev değişikliği, sicili, emekliliği ve mesleki ilişkilerinden doğan diğer işlemleri içermektedir. Dolayısıyla, disiplin suç ve cezaları da 128/2. madde kapsamında kanunilik ilkesine tâbidir⁶⁶.

Hâkim ve savcılar ile üniversite personeli konusundaki Anayasal hükümlerde, kanunla düzenlenmesi gereken alan içinde, 128/2. maddeden farklı olarak disiplin suç ve cezalarının ayrıca sayılmış olmasını bu personelin konumu ve önemi nedeniyle gösterilmiş bir titizlik olarak değerlendirmek ve bu durumu 128/2. maddenin disiplin suç

⁶⁵ GÜNDAY, age, s.520; AKYILMAZ, age, s.370.

⁶⁶ GÜNDAY, age, s.214; GÜRAN, Bakış, s.63, 64; ASLAN, age, s.41; YÜCE, Tahlil, s.9; SAĞLAM, agt, s.114; KAYA, agm, s.64; LİVANELİOĞLU, age, s.22, DİNÇER, Yıldız; “*Devlet Memurlarının Disiplin Hukuku*”, AİD, C.9, S.1, 1976, s.75; DİLEK de, bu konuda, ceza hukukunda kanunilik ilkesinin dayanağını Anayasa’nın 38. maddesinin, disiplin suç ve cezalarının kanuniliği ilkesinin dayanağını ise Anayasa’nın 128. maddesinin oluşturduğunu ifade etmektedir (DİLEK, agm, s.31).

ve cezalarını kapsamadığı gibi bir görüşe dayanak yapmamak gerekir⁶⁷.

Disiplin suç ve cezaları, memur statüsünün en önemli unsurları arasında yer aldığı halde, kanunla düzenlenme güvencesi dışında görmek eşyanın tâbiatına aykırı bir yorum olur. Memurların mali hakları gibi ikinci derecede önemli sayılabilecek konular kanunla düzenlenme alanı içinde görülürken, yerine göre kişinin memuriyetten ihracına yol açabilecek derecede önemli boyutları bulunan disiplin suç ve cezalarını bu kapsam dışında görmek kabul edilemez bir yaklaşım tarzı olur. Konuya bu açıdan bakıldığında disiplin alanının memuriyet statüsünün kanunla düzenlenmesi gerekli unsurlarının belki en başında geldiğini kabul etmek gerekir⁶⁸.

2.1.1.4.2. Anayasa'nın 38. maddesi yönünden

Disiplin suç ve cezalarının Anayasa'nın 128/2. maddesi kapsamında olduğu açıktır. Ancak bunların Anayasa'nın 38. maddesi kapsamında olup olmadığı hususu tartışmalıdır. Disiplin suç ve cezalarının Anayasa'nın 128/2. maddesi yanında ayrıca 38. maddesi kapsamında da olup olmamasının önemli sonuçları bulunmaktadır. Örneğin, disiplin suç ve cezalarının 38. madde kapsamında olmaları halinde, KHK ile düzenlenememeleri gibi.

Yukarıda değindiğimiz gibi kanunilik ilkesinin uygulanması bakımından her iki maddenin anlam, kapsam ve yorumunda önemli farklılıklar bulunmaktadır. Bu bakımdan sorun sadece doktriner boyutu olan bir tartışma konusu değil, pozitif hukukumuz ve uygulama bakımından önemli farklılıklar yaratacak bir konudur⁶⁹.

Ceza hukukunda suçlar Anayasa'nın 38. maddesi gereği kanun tarafından tek tek tarif edildiği halde, disiplin suçlarında çoğu zaman tarif edilmeyip, daha genel ibareler ile ifade edilmektedir⁷⁰. Bu nedenle, disiplin cezalarının hangi hallerde verileceğinin kanunlarda ayrıntılı olarak düzenlenmesinin gerekli olup olmadığı, yani disiplin suç ve cezalarında kanunilik ilkesinin geçerli olup olmadığı konusunda doktrin ve yargı kararlarında görüş birliği yoktur. Şimdi bu konudaki görüşleri inceleyelim.

⁶⁷ SAĞLAM, agt, s.114-115.

⁶⁸ SAĞLAM, agt, s.115; AKYILMAZ, age, s.386.

⁶⁹ SAĞLAM, agt, s.115; Nitekim Devlet memurlarına ilişkin disiplin suç ve cezaları konusunda önemli düzenlemeler getiren ve kamuoyunda “*memur kararnamesi*” olarak adlandırılan 4588 sayılı Yetki Kanununa dayanılarak hazırlanmış olan 12.7.2000 tarihli 605 sayılı KHK taslağına ilişkin olarak Cumhurbaşkanlığı ile Başbakanlık arasında yaşanan kriz, konunun pozitif hukukumuz açısından önemini gösteren ilgi çekici bir örnek oluşturmaktadır.

⁷⁰ ASLAN, age, s.41.

2.1.1.4.2.1. Doktrindeki görüşler

Disiplin suç ve cezalarında kanunilik ilkesinin geçerli olup olmadığı, hukukçular arasında tartışma konusu olmuştur. Doktrinde bu konuda iki temel görüş bulunmaktadır:

a. Kanunilik ilkesinin uygulanacağını savunan görüş

Disiplin cezasının uygulanabilmesi için hem disiplin suçlarının, hem de disiplin cezalarının hukuksal dayanağının bulunması gerekir. Disiplin cezaları ilgilinin temel hak ve özgürlüklerini doğrudan etkileme gücüne sahiptir. Bu yüzden, disiplin suç ve cezaları da mutlaka kanunlarla düzenlenmelidir⁷¹. Bu durum Anayasa’da yer alan idarenin kanuniliği ilkesinin de doğal bir sonucudur⁷². Kamu görevlisi, hangi davranışında ne tür bir disiplin cezası verileceğini önceden bilmelidir. Disiplin suçlarının tespitinin idarenin takdirine bırakılması, farklı ve keyfi uygulamalara yol açar⁷³.

Disiplin suç ve cezalarının belirlenmesi için yürütmeye KHK çıkarma yetkisi vermek yasama işlevinin devri anlamına gelir⁷⁴. İdarenin kendiliğinden tüzük ve yönetmeliklerle disiplin suç ve cezaları düzenleyebilmesi, yasama işlevinin gasbı anlamına gelir. Politik müdahaleden korumak için disiplin suç ve cezalarının ancak kanunlarla düzenlenebilmesi gerekir⁷⁵.

Anayasa’nın 38. maddesinin 1 ve 3. fıkralarında, suç ve cezalar arasında ayırım yapılmaksızın tümünün kanun koyucu tarafından konulması emredilmiştir. Suçta ve cezada kanunilik ilkesi, kişi hak ve hürriyetlerinin siyasi otorite karşısında güvenceye alınması maksadıyla kabul edilmiştir. Adli veya idari tüm cezalar kişinin hak ve hürriyetini sınırlar. Disiplin suç ve cezalarının niteliği, kanunilik ilkesinin göz önüne alınmaması için ciddi nedenler teşkil edemez. Kişi hak ve hürriyetlerinin sınırlandığı veya kişinin bir isnat altında olduğu her yerde, idarenin keyfiliğine yer verilmemesi için önceden suç ve cezaların neler olduğunun kanun koyucu tarafından belirlenmesi gerekir⁷⁶.

Ceza hukukunda açıklık ilkesi, kanunsuz suç ve ceza olmaz ilkesinin vazgeçilmez tamamlayıcısıdır. Keyfiliği önleyen bu ilke, disiplin hukukunda da geçerli olmalıdır. Bazı disiplin suçlarında suç tanımlarının geniş ve esnek tutulması, disiplin hukukuna özgü bir durum değildir. Esnek suç tanımları ceza hukukunda da vardır. Bu nedenle disiplin

⁷¹ YILDIRIM, age, s.214; KAYA, agm, s.65.

⁷² LİVANELİOĞLU, age, s.25.

⁷³ TUTUM, age, s.42.

⁷⁴ AKYILDIZ, Ali; “Disiplin Hukukumuzda Anayasal Bakış”, Türk Hukuk Dünyası, Y.2, S.3, s.42.

⁷⁵ YILDIRIM, age, s.213.

⁷⁶ ŞEN, age, s.205-206.

hukukuyla ceza hukukunu bu açıdan ayırmak gereksizdir⁷⁷.

Kanun koyucu disiplin suç ve cezalarına ilişkin düzenleme yetkisini kullanırken 38. maddedeki ilkelere uymak zorundadır⁷⁸. Disiplin hukukunun özelliği ceza hukuku ilkelerinden ayrılmayı haklı kılamaz⁷⁹.

Disiplin hukukunda kanunilik ilkesinin uygulanmasında, disiplin hukukunun kendine özgü düzenleme tarzına uyulması gerekir. Bu yüzden disiplin hukukunda suç kalıpları ceza hukukundakine nisbetle daha genel ve esnek olabilir⁸⁰. Nitekim ceza kanunlarında her bir suçun ayrı ayrı tanımlanmasına karşılık, disiplin suçlarına ilişkin kanun hükümlerinde çoğu zaman genel (çerçeve) tanımlara yer verilmesi ve böylelikle idareye suçun tanımlanması konusunda takdir yetkisi tanınması sağlanmaktadır⁸¹.

Bazı yazarlara göre, bu konuda disiplin suçları ile disiplin cezaları arasında ayırım yapmak gerekir. Disiplin cezası koyma yetkisi kanun koyucuya ait olduğundan, kanunsuz suç ve ceza olmaz ilkesi sadece disiplin cezaları konusunda geçerlidir⁸².

b. Kanunilik ilkesinin uygulanmayacağını savunan görüş

Disiplin hukuku ile ceza hukuku birbirinden farklı şeylerdir. Bu ikisi arasında amaç, kapsam, temel ilke, uygulama ve sonuç yönünden önemli farklar vardır. Bu farklar disiplin hukukunun farklı bir şekilde düzenlenebileceğini göstermektedir.

Adli suç ve cezaların amacı kamu düzenini korumak, disiplin suç ve cezalarının amacı ise kurum düzenini korumaktır. Adli cezalar sonuçları bakımından kişiler üzerinde daha ağır kısıtlamalar getirirken, disiplin cezaları kişinin meslek hayatı ile ilgili kısıtlamalar getirir. Bu farklılıklar nedeniyle kanunsuz suç ve ceza olmaz ilkesinin disiplin alanında uygulanma yeri yoktur. Nitekim disiplin suç ve cezalarının çoğunlukla tüzük ve yönetmeliklerle düzenlenmiş olması, disiplin hukukunda suçta ve cezada kanunilik ilkesinin olmadığını gösterir⁸³.

İdarenin teşkilat yapısı ve faaliyetleri çok çeşitli ve değişkendir. Bu nedenle disiplin cezasını gerektirecek tüm durumların kanunda belirlenmesi güç ve hatta

⁷⁷ YÜCE, Tahlil, s.8-9.

⁷⁸ YILDIRIM, Turan; “Kamu Yararı ve Disiplin Cezalarının Affı”, AY, S.18, 2001, (Af), s.439; SOYASLAN, age, s.96.

⁷⁹ KIRMIZIGÜL, age, s.22.

⁸⁰ YÜCE, Tahlil, s.9.

⁸¹ LİVANELİOĞLU, age, s.25; ASLAN, age, s.49.

⁸² GÖLCÜKLÜ, İdari, s.163; ÖRÜCÜ, agm, s.801; DİLEK, agm, s.31; GÖZLER, age, s.640; ASLAN, age, s.49.

⁸³ TAŞKIN, age, s.207; GÜNAL, agm, s.211; GELEGEN, agm, s.226.

imkânsızdır⁸⁴. Disiplin suçları ve cezaları genel çizgileriyle kanunlarda belirlenmeli, bunlar arasında bağlantı kurma işi idareye bırakılmalıdır. İdare bu yetkisini yönetmelikler çıkarmak suretiyle kullanabilir. Böyle bir durumun memur güvenliği açısından ortaya çıkaracağı sakıncalar da, bir yandan yargı denetimi, diğer yandan ceza uygulanırken gerçekleştirilecek kademeli bir yetki düzeni yoluyla giderilebilir⁸⁵.

Kanunun idari davranışlara egemen olması, bunların tümünün kanun tarafından düzenlenmesi gerektiği anlamına gelmez. Aksi takdirde idare çok güç işleyen bir müessese durumuna düşer ve kamu hizmetlerinin gereği gibi yürütülmesi aksar. Bu nedenle özel güven ve istikrar gerektirmeyen konular, kanunun verdiği yetki çerçevesinde idarenin düzenleyici işlemlerine konu olabilir⁸⁶.

Disiplin suç ve cezalarında Anayasa'nın 38. maddesiyle belirlenen ilkelere uyulması, mutlak bir zorunluluk olmamakla birlikte, söz konusu maddenin disiplin suç ve cezaların düzenlenmesinde yol gösterici özelliğe sahip olduğu düşünülmelidir⁸⁷.

2.1.1.4.2.2. Yargı organlarının görüşleri

Disiplin suç ve cezalarının kanuniliği ilkesi çeşitli vesilelerle Anayasa Mahkemesi tarafından da tartışılmıştır. Anayasa Mahkemesi'ne göre, Anayasa'nın 38. maddesinde idari ve adli cezalar arasında bir ayırım yapılmamış, ayrıca ceza yerine geçen güvenlik önlemleri de madde kapsamına alınmıştır. Bu nedenle disiplin suç ve cezaları da Anayasa'nın 38. maddesi kapsamındadır⁸⁸. Mahkeme bu konudaki temel görüşünü 3359 sayılı Temel Sağlık Hizmetleri Kanunu'nun 3. maddesi⁸⁹ dolayısıyla verdiği bir kararda; *“Yönetim, yönetim ilişkisi sebebiyle yönetilenler hakkında yaptırım uygulama yetkisine sahiptir. Disiplin hukukunun kaynağını oluşturan bu yetki, Anayasa çerçevesi içinde yasalarla düzenlenen alanlarda, yine yasalarla belirlenen koşullarda kullanılır. Düzenleyici işlemlerle belirlenen türleri, yöntemleri, uygulama nedenleri, sonuçlarıyla genelde bir disiplin cezası niteliğini taşıyan yaptırımlar için, yönetim kural işlemlerle yetkili kılınır. Yönetim, yasal belirleme ve*

⁸⁴ LİVANELİOĞLU, age, s.23; TUTUM, age, s.42-43; ASLAN, age, s.49.

⁸⁵ TUTUM, Personel, s.206-207; ÖNDER, age, s.8; DÖNMEZER/ERMAN da, aralarındaki farklılıklardan hareketle kanunilik ilkesinin sadece adli suçlar açısından geçerli olduğunu, disiplin cezasını gerektiren fiillere ilişkin hükümler hakkında ise bu ilkenin geçerli olmadığını ifade etmektedir (DÖNMEZER/ERMAN, age, C.I, s.344).

⁸⁶ KILINÇ, agm, s.6.

⁸⁷ FEYZİOĞLU, agm, s.15.

⁸⁸ Ay.Mah. 4.4.1991, E.1990/12, K.1991/7, AYMKD, S.27, C.1, s.239-240.

⁸⁹ Söz konusu maddenin (g) bendiyle, sağlık personeli için bir hizmet içi eğitim programı öngörülmüş ve hizmet içi eğitim programının ne şekilde ve hangi sürelerle yapılacağının Sağlık Bakanlığınca çıkartılacak bir yönetmelikle belirleneceği hükme bağlanmıştır. Maddenin (h) bendiyle de, katılmakla yükümlü olduğu hizmet içi eğitim programlarına uymayan ya da bu programlarda başarılı olamayan sağlık personeline Sağlık Bakanlığınca geçici veya daimi olarak meslekten uzaklaştırma cezası verileceği öngörülmüştür.

dayanak olmadan herhangi bir davranışın yaptırım gerektirdiğini takdir edip kendi yetkisiyle bu konuda kural koyamaz. Yönetmelik yaptırımlar, yönetimin karar ve işlemlerinin denetimi en zorunlu olanlarındandır. Suç ve cezalar, Anayasa'ya uygun olarak ancak yasayla konulabilir. Yönetim kendiliğinden suç ve ceza yaratamaz. Bir disiplin cezası sayılacak meslekten geçici ve sürekli uzaklaştırma (çıkarma) da programa uymama ya da başarılı olamama eylemleri belirlenmişse de uymamanın tanımı yapılmamış hangi eylemlerin uymama sayılacağı açıklanmamıştır. İçeriği çok geniş ve değişik biçimde yorumlanmaya elverişli 'uymamak' kavramı, buna bağlı disiplin cezalarının uygulanmasında anlayış, yorum ve değerlendirme ayrılıklarına dayalı olarak eşitsizlik, çelişki, haksızlık doğurabileceği gibi yönetime, her an keyfiliğe dönüşmesine imkân verecek, geniş bir takdir yetkisi tanımaktadır. 'Kanunsuz suç ve ceza olmaz' ilkesi uyanınca bir Hukuk Devletinde, ceza yaptırımına bağlanan her eylemin tanımı yapılmalı, suçlar kesin biçimde ortaya konulmalıdır. Anılan ilkenin özü, yasanın ne tür eylemleri yasakladığının hiç bir kuşkuyla yer vermeyecek biçimde belirtmesi ve buna göre cezasının da yasayla saptanmasıdır. İncelenen yasa 'Hizmet içi 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 kanunla konulur' diyen Anayasa'nın 38. maddesinin üçüncü fıkrasına da aykırı düşmüştür" şeklinde ortaya koymuştur⁹⁰.

Anayasa Mahkemesi, disiplin suç ve cezalarının Anayasa'nın 38. maddesi kapsamında olduğu yönündeki görüşünü, bu alanda KHK ile düzenleme yapılamayacağına ilişkin kararlarında da sürdürmüştür⁹¹.

Danıştay'a göre de, kamu hizmetlerinden sürekli uzaklaştırılabilen gibi ağır sonuçlara uzanan disiplin cezaları, önemi nedeniyle Anayasa'nın 38. maddesindeki suç ve cezalara ilişkin kurallara tâbidir⁹². Ancak Danıştay, disiplin suç ve cezalarını düzenleyen tüzük ve yönetmeliğin dayanağını aldığı kanunun, bu hususun düzenlenmesini tüzük veya yönetmeliğe bırakmasını yeterli görmektedir⁹³.

⁹⁰ Ay.Mah. 19.4.1988, E.1987/16, K.1988/8, AYMKD, S.24, 1989, s.81.

⁹¹ "Burada öncelikle çözümlenmesi gereken konu disiplin suç ve cezalarının Anayasa'nın 38. maddesinde yer alan suç ve cezalar kapsamında olup olmadığıdır. Genel olarak disiplin cezaları kamu görevi ile ilgili bir ceza türü olarak benimsenmektedir. 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 Kısım'ın İkinci Bölümü'nde yer almaktadır. Bu bölümde yer alan haklar ve ödevler Anayasa'nın 91. maddesi uyarınca KHK ile düzenlenemeyecek konular kapsamına girmektedir" (Ay.Mah. 4.4.1991, E.1990/12, K.1991/7, AYMKD, S.27, C.1, 1993, s.185).

⁹² D12D, 26.12.2006, E.2003/3174, K.2006/6690, DBİM.

⁹³ D10D, 21.1.1986, E.1985/169, K.1986/31, DD, S.64-65, 1987, s.411.

2.1.1.4.2.3. Görüşümüz

Anayasa Mahkemesi, Anayasa hükümlerinin yorumlanması ve anlamlarının belirlenmesi konusunda Anayasa ile yetkili kılınan en yüksek yargı organıdır. Bu nedenle Anayasa Mahkemesinin de benimsediği görüş esas alınarak, disiplin suç ve cezalarında Anayasa'nın 38. maddesi kapsamında kanunilik ilkesinin geçerli olduğunu kabul etmek gerekir. Zira daha önce belirttiğimiz gibi, idari yaptırımlar içinde farklı bir konumda olan disiplin suç ve cezaları, nitelikleri itibarıyla adli suç ve cezalara en çok yaklaşan yaptırım türüdür.

Anayasa'nın 38. maddesi kapsamında kanunilik ilkesinin disiplin suç ve cezalarına uygulanamayacağını savunan yazarlar, genelde disiplin suç ve cezaları ile adli suç ve cezalar arasındaki farklılıkları ön plana çıkarmaktadırlar. Her iki yaptırım türü arasında çeşitli yönlerden farklılıklar bulunmaktadır. Fakat bu farklılıklar, disiplin suç ve cezalarının Anayasa'nın 38. maddesi kapsamı dışına çıkarılmasına gerekçe olacak nitelikte değildir.

Adli suç ve cezaların çok ağır etki ve sonuçlarının olduğu, disiplin suç ve cezalarının ise sadece kişinin meslek hayatını etkilediği şeklindeki gerekçe de subjektif bir değerlendirme içermektedir. Örneğin bu gerekçeyle bir adli para cezası önemli görülüp Anayasa'nın 38. maddesi kapsamında kanunilik ilkesine tâbi tutulurken, bir askere verilen ve adli cezalar gibi onun hürriyetini kısıtlayan oda hapsi cezasının 38. madde kapsamında olmadığını savunmak mantıklı değildir.

Disiplin suç ve cezalarının Anayasa'nın 38. maddesi kapsamında olamayacağını, idari teşkilat ve faaliyet alanının çok çeşitli ve değişken olmasına dayandıran görüş de isabetli değildir. Çünkü YÜCE'nin de belirttiği⁹⁴ gibi, disiplin suçlarının tanımının daha esnek ve cezalarının da aralıklı ve seçenekli düzenlenmesi yoluyla idari teşkilat ve faaliyete ilişkin değişkenliğin ortaya çıkarılabileceği sakıncalar giderilebilir⁹⁵. Ayrıca SAĞLAM'ın da belirttiği⁹⁶ gibi, adli suç ve cezalar alanında geçerli olan “açık ceza normu” şeklindeki düzenleme tekniğine belki biraz daha fazla başvurulabilir⁹⁷ idari

⁹⁴ YÜCE, Tahlil, s.9.

⁹⁵ Nitekim bu yönde düzenlemeler yapılmaktadır. Örneğin, 657 SK'nın 125/A-c. maddesinde yer alan ve uyarma cezasını gerektiren: “Devlet memuru vakarına yakışmayan tutum ve davranışta bulunmak” şeklindeki suç tanımı esnek bir tanımdır. 477 SK'nın 48. maddesinde düzenlenen “emre itaatsizlik” disiplin suçunun “10 günden 2 aya kadar oda veya göz hapsi” şeklindeki cezası da geniş aralıklı bir cezaya örnek oluşturmaktadır.

⁹⁶ SAĞLAM, agt, s.133.

⁹⁷ LİVANELİOĞLU, 657 SK'nın 124/2. maddesinde yer alan: “kamu hizmetlerinin gereği gibi yürütülmesini sağlamak amacı ile kanunların, tüzüklerin ve yönetmeliklerin Devlet memuru olarak emrettiği ödevleri yurt içinde veya dışında yerine getirmeyenlere, uyulmasını zorunlu kıldığı hususları yapmayanlara, yasakladığı işleri yapanlara durumun niteliğine ve ağırlık derecesine göre 125. maddede sıralanan disiplin cezalarından

faaliyet ve teşkilat alanında yapılacak değişikliklerin disiplin hukukuna kolaylıkla yansması sağlanabilecektir. Örneğin 657 SK'nın 125/A-g. maddesinde, “*belirlenen kılık ve kıyafet hükümlerine aykırı davranmak*” uyarma cezasını gerektiren bir disiplin suçu (açık ceza normu) olarak düzenlenmiştir. 16.7.1982 tarihli Bakanlar Kurulu kararıyla çıkarılan, “*Kamu Kurum ve Kuruluşlarında Çalışan Personelin Kılık ve Kıyafetine Dair Yönetmelik*”in 5/a. maddesiyle bayan personelin pantolon giymesi yasaklanmıştır. Bu nedenle kurum içinde pantolon giymek disiplin cezasını gerektiren bir davranıştır. Ancak, söz konusu Yönetmelik hükmü, 7.12.2001 tarihli Bakanlar Kurulu kararıyla değiştirilerek pantolon giymek yasak olmaktan çıkarıldı. Böylece söz konusu fiil disiplin suçu olmaktan da çıkmış oldu.

Disiplin suç ve cezalarının Anayasa'nın 38. maddesi kapsamında kanunilik ilkesine tâbi olmaması, 128/2. maddede düzenlenen kanunilik ilkesine de aykırılık teşkil edebilir. Örneğin tüzük ve yönetmelik gibi hukuk normlarıyla düzenlenmiş olan disiplin suçlarından dolayı uygulanan bir memuriyetten çıkarma cezası, memuriyet güvenliğini ihlal ettiğinden Anayasa'nın 128/2. maddesine de aykırılık oluşturur.

SAĞLAM'ın da haklı olarak belirttiği⁹⁸ gibi, hukuksal değerlendirmelerin yanında ülkemizde demokratik yapının ve idari geleneklerin henüz tam olarak yerleşmediği göz önüne alındığında, kamu personeline ilişkin düzenleme yapma yetkisini yasama organının tekeline bırakmak ve bu yolla siyasal iktidarın etki ve nüfuz alanını en aza indirmek memur güvencesi açısından önemli bir konudur⁹⁹.

birisi verilir” şeklindeki kuralı “*açık ceza (disiplin) normu*” şeklinde nitelendirmiştir (LİVANELİOĞLU, age, s.23-24). Ancak SAĞLAM (age, s.123, dn.62)'ın da haklı olarak belirttiği gibi bu görüşe katılmak mümkün değildir. Şöyle ki, ceza hukukunda uygulanan açık ceza normu, suçun cezasının ve konusunun belirtilip fiilin oluşmasının idarenin bir emrine veya tedbirine uymamak şeklinde ilerde belirlenmesini öngören ceza normu türüdür. 124. madde suçun konusunu göstermiş, fiilin belirlenmesini de genel olarak idarenin emir ve yasaklarına aykırı davranmak şeklinde belirtmiştir. Ancak, maddede açık ceza normunun varlığı için gerekli olan cezanın belirlenmiş olması esasına yer verilmemiştir. Tipik açık disiplin normu diyebileceğimiz disiplin hükümlerine örnek olarak; 657 SK'nın 125/A-g. maddesinde yer alan ve uyarma cezasını gerektiren “*belirlenen kılık ve kıyafet hükümlerine aykırı davranmak*” disiplin suçunu, yine 477 SK'nın 48. maddesinde yer alan ve 10 günden 2 aya kadar hapis cezasını gerektiren “*hizmete ait emri tam yapmamak*” disiplin suçunu göstermemiz mümkündür. Bu örneklerde suçun konusu ve cezası gösterilmiş, fakat tipik fiilin oluşması ise idarenin bir düzenleyici işlemiyle konulan kurala aykırı davranmak veya verilen bireysel bir emri kasten yerine getirmemek şeklinde ilerde oluşacak bir ihlale bağlanmıştır.

⁹⁸ SAĞLAM, agt, s.125.

⁹⁹ Nitekim 29.6.2000 tarihli 4588 sayılı Yetki Kanununa dayanılarak hazırlanan 12.7.2000 tarihli 605 sayılı KHK taslağında tüm Devlet memurları yanında mülki idare amirlerini, hâkim ve savcılar ile sözleşmeli personeli de kapsayan memuriyetten çıkarmayı gerektiren yeni bazı disiplin suçları ihdas edilmesi bu düşüncenin haklılığını ortaya koymaktadır. Söz konusu KHK taslağı Cumhurbaşkanlığı tarafından 8.8.2000 tarihinde disiplin suç ve cezalarının, Anayasa'nın 38. maddesi kapsamında olması nedeniyle Anayasa'nın 91. maddesi uyarınca KHK ile düzenlenmesine imkân bulunmadığı gerekçesiyle Başbakanlığa iade edilmiştir. Başbakanlığın 14.8.2000 tarihli yazısıyla imzalanması için tekrar Cumhurbaşkanlığına sunduğu taslak Cumhurbaşkanlığı tarafından 21.8.2000 tarihinde aynı gerekçelerle Başbakanlığa iade edilmiş ve sonrasında konu gündemden kalkmıştır (605 sayılı KHK taslağı metni ile Cumhurbaşkanlığının ve Başbakanlığın konu hakkındaki yazışmaları için bkz. <http://www.belgenet.com>

2.1.1.4.3. Pozitif askeri disiplin hukukumuzun değerlendirilmesi

Disiplin suç ve cezalarının Anayasa'nın 38. maddesi kapsamında olup olmadığı konusundaki farklı görüşleri ve görüşümüzü ortaya koyduk. Öte yandan disiplin suç ve cezalarının 128/2. madde kapsamında kanunla düzenlenmesi gerektiği konusunda farklı bir görüşün bulunmadığına da değindik. Bu açıklama ve tespitler doğrultusunda şimdi de, TSK'da disiplin suç ve cezalarına ilişkin düzenlemelerin Anayasa'nın 128/2 ve 38. maddeleri karşısındaki durumunu ayrı ayrı inceleyelim.

2.1.1.4.3.1. Anayasa'nın 128/2. maddesi açısından

Daha önce açıklandığı üzere, Anayasa'nın 128/2. maddesi anlamında kanunla düzenlenme esası, düzenlenen konuya ilişkin temel ve belirleyici noktaların kanunda yer almasını, teknik ve uzmanlık gerektiren ayrıntı konularının belirlenmesinin ise idareye bırakılabilmesini ifade etmektedir. Ancak düzenlenen konudan sadece kavram, ad ve kurum olarak söz etmek kanunla düzenlenme anlamına gelmemektedir¹⁰⁰. Acaba disiplin suç ve cezalarına ilişkin yürürlükteki düzenlemeler belirtilen ölçütlere uygun mudur?

Öncelikle şunu belirtelim ki, disiplin suç ve cezalarının düzenlenmesinde temel ve ayrıntı ayrımı yapmak konunun doğasına aykırıdır. Bir suç veya ceza gerekli tüm unsurlarıyla tanımlanmışsa düzenlenmiş sayılır. Örneğin, adı belirlenip tanımı yapılmayan bir cezanın kanunla belirlenmiş sayılmasına imkân yoktur¹⁰¹.

Disiplin suç ve ceza tanımları dışında, disiplin cezalarının verilmesine ilişkin bazı düzenleme yetkilerinin idareye bırakılması, bu anlamda kanunilik ilkesine ters düşmeyecektir. Örneğin, disiplin kurullarının oluşması, çalışma yöntemleri, disiplin soruşturmasının yürütülmesi gibi konuların idarenin düzenleme yetkisine bırakılması kanunilik ilkesine aykırılık oluşturmaz¹⁰².

Yaptığımız bu değerlendirmeye göre, disiplin cezalarının belirlenmesinde kanunilik ilkesine uyulduğu¹⁰³ halde, disiplin suçlarına ilişkin mevzuat hükümlerinin çoğunun Anayasa'nın 128/2. maddesi açısından da kanunilik ilkesine uygun olmadığını söyleyebiliriz. Bir defa AsCK'da düzenlenen disiplin tecavüzlerinde hangi davranışların suç oluşturduğunun belirlenmesi yetkisini tamamen disiplin amirine bırakan kanun

[/belge/khk605_10.html.18.01.2009](#)); Söz konusu KHK'nin yürürlüğe sokulması çabaları ile ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. SAĞLAM, agt, s.125 vd.

¹⁰⁰ Ay.Mah. 22.12.1988. E.5, K.55, AYMKD, S.24, 1989, s.165.

¹⁰¹ SAĞLAM, agt, s.130.

¹⁰² SAĞLAM, agt, s.131.

¹⁰³ Nitekim Danıştay, mevzuatta bulunmayan bir cezanın disiplin cezası olarak kurum personeline uygulanamayacağını belirtmiştir (D10D, 13.6.1984, E.812, K.1269, DD, S.56-57, s.388).

hükümleri Anayasa'nın 128/2. maddesinde belirtilen kanunilik esasına uymamaktadır. Aynı şekilde disiplin suçlarına ilişkin olarak kıyasa imkân tanıyan mevzuat hükümleri de Anayasa'nın 128/2. maddesindeki kanunilik esasına aykırıdır. Zira kıyas yetkisinin tanınmasıyla, idareye kanunda suç olarak tanımı yapılmış olan fiillere benzer fiilleri de suç olarak kabul edip cezalandırma imkânı tanınarak bu alanda bir bakıma idareye kanunda olmayan yeni suçlar yaratma yetkisi verilmiş olmaktadır.

2.1.1.4.3.2. Anayasa'nın 38. maddesi açısından

Anayasa'nın 38. maddesinde düzenlenen kanunilik ilkesinin dayandığı üç alt ilke olan; kanunla düzenlenme ilkesi, kanunun açıklığı ilkesi (kıyas yasağı) ve kanunun geçmişe yürümezliği ilkesi yönünden ayrı ayrı ele almak gerekir.

a. Kanunla düzenlenme

Daha önce de belirttiğimiz gibi TSK'da uygulanan disiplin suç ve cezaları ile ilgili düzenlemelerde yeknesaklık bulunmamaktadır. 657 SK, 477 SK ve 357 SK'da gerek suçların, gerekse cezaların belirlenmesi yoluna gidilmiştir. Ancak öğrenci mevzuatında ve AsCK'da düzenlenen disiplin suçlarında verilecek cezalar belirlendiği halde, hangi fiillerin disiplin suçu oluşturduğu düzenleyici işlemlere ve disiplin amirinin takdirine bırakılmıştır.

Ceza hukukunda suçların kaynağını sadece “kanun” şeklindeki norm türü oluşturmakta iken, disiplin hukukunda kanun dışındaki düzenleyici normlarla veya disiplin amirince de suç ihdası yapılabilmektedir¹⁰⁴.

477 SK'da gerek suçlar ve gerekse cezaların belirlenmesi yoluna gidilmiştir. Ancak askeri hizmetlerin çeşitliliği ve askeri disiplinin niteliği gereği “açık ceza (disiplin) normu” da öngörülmüştür. Örneğin 477 SK'nın 48. maddesinde düzenlenen “emre itaatsizlik” disiplin suçunda kanun koyucu “Kast veya ihmâl ile hizmete ait emri tam yapmamak, değiştirmek veya sınırını aşmak suretiyle itaatsizlik edenlere on günden iki aya kadar oda veya göz hapsi cezası verilir” şeklinde düzenleme yapmıştır. Bu durumda amirin vereceği her türlü emre aykırılık disiplin suçu olarak cezalandırılabilir. “Açık ceza (disiplin) normu” şeklindeki söz konusu madde ile suçun cezası belirlenmiş, fakat suç

¹⁰⁴ FEYZİOĞLU, age, s.16; Aynı yöndeki görüş için bkz. ÖRÜCÜ, agm, s.816; ASLAN, age, s.48; Yükseköğretim Kurumları Yönetici, Öğretim Elemanı ve Memurları Disiplin Yönetmeliğine karşı açılan davada, Danıştay, yönetmeliğin 2547 sayılı Yükseköğretim Kanununun amir hükümlerine dayanılarak çıkarıldığı ve ilgili kanunun gereği olduğunu öne sürerek, yükseköğretim kurumlarında görevli öğretim elemanlarının disiplin ve ceza işleri dâhil bütün işlemlerin kanunla düzenleneceği hususunun Anayasa'nın 130. maddesi ile kabul edildiğini gerekçe göstererek, yönetmeliğin iptalini talep eden davacının istemini reddetmiştir (D10D, 21.10.1986, E.1985/169, K.1986/31, DD, S.64-65, s.411).

tipinin oluşmasının “*yetkili amirler tarafından verilecek emirlere uyulmaması*” şeklinde gelecekte oluşacak bir unsurla tamamlanması öngörülmüştür. 477 SK’nın 48. maddesinde düzenlenen suçun oluşabilmesi için, yapılmaması suç teşkil edecek emirlerin önceden ilan ve tebliğ edilmesi gerektiğinden kanunla düzenlenme ilkesine aykırı değildir.

AsCK’nın 162. maddesinde, disiplin kabahati, AsCK’nın 18. maddesinde yazılı olup da halen askeri kabahat niteliğini koruyan fiillerin “*daha hafif halleri*” olarak tanımlandığına göre, ortada açıkça disiplin kabahati olarak tanımlanmış bir eylem bulunmadığı gibi karşılığında öngörülen ceza konusunda da muğlâklık söz konusudur¹⁰⁵. Dolayısıyla disiplin kabahatlerinin kanunla düzenlenme ilkesine uygun olmadığını söyleyebiliriz.

AsCK’nın 162. maddesinde disiplin tecavüzleri, “*askeri terbiyeyi bozan ve hiçbir ceza kanununun maddelerine uymayan fiiller ve tekasüller*” şeklinde tanımlanmaktadır. Dolayısıyla, bir fiilin disiplin tecavüzü niteliğinde olup olmadığına disiplin amiri karar verecektir. Disiplin amiri fiilin disiplin tecavüzü niteliğinde olduğuna karar verirse, faili AsCK’nın 171. maddesine bağlı cetvelde gösterilen yetkileri dâhilinde cezalandırabilir. Ancak disiplin amiri, isterse hiç ceza vermeme yetkisine de sahiptir. Bu çok geniş bir takdir hakkıdır. Disiplin amiri, bir hareketin suç olup olmadığını takdir ve tespit edebilmekte; bunun cezasını takdir ve tayin edebilmekte ve sonra da cezayı verip uygulayabilmektedir. Disiplin tecavüzlerine özgü cezalar arasında uyarı, sıra harici hizmet, izinsizlik ve aylık kesilmesi gibi cezalar bulunduğu gibi göz hapsi ve oda hapsi gibi hürriyeti kısıtlayıcı nitelikte cezalar da vardır.

AsCK’nın 162. maddesindeki düzenleme nedeniyle “*disiplin tecavüzü*” adı altında sınırları ve unsurları belli olmayan bir disiplin suç kategorisi yaratılmıştır. Hangi eylemlerin disiplin tecavüzü oldukları ve bunların sayıları belli değildir. Bu konudaki tek ölçüt fiilin askeri terbiyeyi bozması ve hiçbir ceza kanununun maddelerine uymamasıdır. Ancak ilerde ayrıntılı olarak açıklanacağı üzere, disiplin cezaları yargı denetimi dışı olduğundan disiplin amirinin hiçbir ölçüye, kurala ve ilkeye bağlı olmadan ceza vermesini engelleyecek düzenleme bulunmamaktadır. Görüldüğü gibi “*disiplin tecavüzü*” kavramı ve bu konuda disiplin amirine tanınmış olan yetkilerin “*kanunla düzenlenme ilkesi*” ile bağdaşması mümkün değildir¹⁰⁶.

Anayasa’nın 38. maddesinde, “*idare kişi hürriyetinin kısıtlanması sonucu doğuran bir müeyyide uygulayamaz. Silahlı Kuvvetlerin iç düzeni bakımından, kanunla istisnalar getirilebilir*” şeklindeki düzenlemeyle TSK’ya kişi hürriyetini kısıtlayabilecek nitelikte disiplin

¹⁰⁵ KOÇYİĞİT, agt, s.31.

¹⁰⁶ YILDIRIM, agm, s.86; KOÇYİĞİT, agt, s.31, Aksi görüş, “*Her şeyden önce bir müeyyide altına alınan her fiilin bir suç sayılamayacağı izahtan varestedir olduğu gibi, disiplin tecavüzlerinin bir suç telakki edilemeyeceği ve bu itibarla da (765 sayılı) TCK’nın 1. maddesinde ifadesini bulan (kanunsuz suç olmaz) prensibe bir aykırılık olmadığı kanaatindeyiz*” (TUNÇ/ÇAPANOĞLU/AKMANER, age, s.239-240).

cezası verebilme imkânı sağlanmıştır. ÇELEN, bu yetkiyi, kanunla düzenlenme ilkesinin askeri disiplin hukukundaki istisnası olarak görmektedir¹⁰⁷. TSK'ya Anayasa'nın 38. maddesinde tanınan istisna, disiplin suçu ihdası değildir. Disiplin suçlarına, hürriyeti bağlayıcı cezalar verilmesine ilişkindir¹⁰⁸.

Anayasa'nın içerdiği kurallar ve hükümler, bütün kanunların içerdiği kural ve hükümlerden üstündür. Kanunlarla Anayasa arasındaki bu hiyerarşi, Anayasa'nın 11. maddesinde açıkça dile getirilmiştir. Üst kurallara aykırı işlemler, ya yargı yerlerince iptal edilirler ya da uygulanmazlar¹⁰⁹. Anayasa, AsCK'dan sonra yürürlüğe girmiştir. Kanunsuz suç ve ceza olmaz ilkesini düzenleyen Anayasa'nın 38. maddesi, normlar hiyerarşisinde daha aşağı basamakta yer alan ve kendisinden daha önceki tarihte yürürlüğe giren AsCK'nın 162. maddesinde tanımlanan disiplin tecavüzünü, zımnen yürürlükten kaldırmıştır. Fakat açıkça ilgadan farklı olarak zımnen yürürlükten kaldırılmanın paralelinde kanuni düzenlemelerin yapılması zorunludur. Bu düzenlemeleri yapacak organ da kanun koyucudur¹¹⁰.

b. Kanunun açık olması (Kıyas yasağı)

Kanunun açık olması ilkesi konusunda disiplin suçlarının ceza hukukundan ayrıldığını görmekteyiz. Şöyle ki disiplin suçlarından bir kısmı genellikle yoruma açık her yöne çekilebilen ifadeler içermektedir. Örneğin, 657 SK'nın 125. maddesinde düzenlenen “*Devlet memuru vakarına yakışmayan tutum ve davranışta bulunmak*” (m.125/A-e); 477 SK'nın 47. maddesinde düzenlenen “*üste zorunlu olduğu saygıyı göstermemek*” gibi disiplin suçları muğlâk ve takdire çok açık olan suç hükümlerdir. Bu tür suç tariflerinin ceza kanununda yer alan suç tanımlarındaki açıklık ilkesine uyduğunu söylemek zordur.

Disiplin hukukunda açıklık ilkesine uymayan asıl düzenlemeleri “*torba suç hükmü*” olarak adlandırdığımız kıyasa imkân veren kurallar oluşturmaktadır. Örneğin 657 SK'nın 125. maddesinde her bir disiplin cezasının altında hangi suçların söz konusu cezaları gerektirdiği tek tek sayılmakla birlikte maddenin sondan dördüncü fıkrasında yer alan: “*Yukarıda sayılan ve disiplin cezası verilmesini gerektiren fiil ve hallere nitelik ve ağırlıkları itibarıyla benzer eylemlerde bulunanlara da aynı neviden disiplin cezaları verilir*” şeklindeki kuralla bu sayma bir bakıma anlamsız hale getirilerek açıklık ilkesinden tamamen

¹⁰⁷ ÇELEN, AsCK, s.679-680.

¹⁰⁸ YILDIRIM, agm, s.86.

¹⁰⁹ GÖZÜBÜYÜK/TAN, age, C.I, s.30.

¹¹⁰ YILDIRIM, agm, s.87; Yazara göre, disiplin tecavüzünü düzenleyen AsCK'nın 162. maddesinin hükmünü Anayasa'ya uygun hale getirebilmek için, Anayasa'nın 152. maddesinde düzenlenen itiraz yolunun işletilmesine imkân yoktur, çünkü 1602 SK'nın 21/3. maddesine göre, disiplin amirlerince verilen cezalar yargı denetimi dışındadır. Kanaatimce, disiplin tecavüzlerine bağlı ayırma, kıdem alamama, astsubaylığa geçememe gibi durumlar nedeniyle AYİM'de yapılan yargılamalarda mevcut düzenlemenin itiraz yoluyla Anayasa Mahkemesine götürülmesi mümkündür.

uzaklaşmıştır. Aynı şekilde 357 SK'nın 29/A-5. maddesinde de “*Nitelik ve ağırlıkları itibariyle yukarıda belirtilenlerin benzeri eylemlerde bulunmak*” şeklinde kıyasa açık bir düzenleme yer almaktadır. Bu ve benzeri düzenlemelerle disiplin hukukunda kıyas yoluyla yeni suçlar yaratılabileceği bizzat kanun koyucu tarafından kabul edilerek bu alanda açıklık ilkesinin geçerli olmadığı ortaya konulmuştur¹¹¹. Nitekim uygulamada da 125. maddenin anılan fıkrası esas alınarak kıyasen suç oluşturulduğunu görmekteyiz¹¹².

Disiplin tecavüzlerinin ne olduğu ve hangi eylemin cezalandırılacağı mevzuatta düzenlenmediğinden, disiplin amiri her türlü hareketi disiplin tecavüzü olarak nitelendirip ceza verebileceğinden, disiplin tecavüzlerinde açıklık ilkesine uyulmadığını söyleyebiliriz.

1600 ve 1602 SK'larda, hâkimlik ve askerlik vakar ve onuruna dokunan davranışlar nedeniyle fiilin ağırlığına göre, uyarma, kınama veya görevden çekilmeye davet disiplin cezaları verilebileceği düzenlenmiştir. Hangi eyleme hangi ceza verileceği belirsiz bırakıldığından, söz konusu düzenleme kanunun açıklığı ilkesine uygun bir düzenleme değildir.

c. Kanunun geçmişe yürümezliği

Kanunilik ilkesinin üçüncü ayağını oluşturan geçmişe uygulanmazlık yasağı konusunda disiplin mevzuatında açık bir düzenleme bulunmamaktadır. Ancak gerek doktrinde¹¹³, gerekse yargı içtihatlarında¹¹⁴ disiplin suç ve cezaları açısından da ceza hukukunun bu önemli ilkesinin geçerli olduğu kabul edilmektedir. Dolayısıyla kanunun geçmişe yürümezliği ilkesi yönünden uygulamada bir sorun bulunmamaktadır.

¹¹¹ ARICA, age, s.117; KAYA, agm, s.67.

¹¹² Bir memur aynı konumdaki bir iş arkadaşını dövmekten mahkûm olmuş, idare bu kişiyi 657 SK'nın 125/E-f. maddesinde yer alan, “*ast ve üstlerine karşı saldırıda bulunmak*” hükmüne göre memurluktan çıkarmıştır. Danıştay, 125. maddenin son 4. fıkrasına dayanarak astını veya üstünü döven kimse cezalandırılırken aynı konumdaki iş arkadaşına saldırının cezalandırılmamasının düşünülemeyeceği gerekçesiyle, uygulanan memuriyetten çıkarma cezasını uygun bulmuştur (D8D, 25.3.1992, E.1991/171, K.1992/518, DD, S.86, 1993, s.421-423); “657 SK'nın 125. maddesi (E) bendi (c) fıkrası memurluktan çıkarılma nedenlerinden olarak siyasi partiye üye olmayı saymıştır. Yasal bir siyasi partiye üye olmanın dahi Devlet memurluğundan ilişik kesilmesi için yeterli görülmesine nazaran, yasadışı örgüt üyesi hakkında memuriyetten çıkarılma işleminin tesisi gayet tabidir” (AYİM, 1.D.18.10.1994, E.590, K.1244, AYİMD, S.9, 1995, s.312-313).

¹¹³ SÜRBEHAN, age, s.36; LİVANELİOĞLU, age, s.38.

¹¹⁴ “*Meydana geldiği tarihte hukukun öngördüğü koşullara uygun olarak yürürlüğe konulmuş bir disiplin yönetmeliği bulunmaması sebebiyle disiplin cezası uygulanmasına imkân bulunmayan eylemleri, sonradan yürürlüğe konulan bir disiplin yönetmeliği kapsamına alarak disiplin cezasına tabi kılmak hukukun genel ilkeleriyle bağdaşmaz*” (D10D, 12.6.1984, E.958, K.1262, DBİM). Benzer yönde D10D, 30.5.1985, E.84/219, K.85/1142, DBİM; Aksi yönde, Danıştay, suçun işlendiği tarihte zamanaşımı konusunda bir düzenleme bulunmadığı için zamanaşımı konusunda sonradan getirilen düzenlemenin uygulanamayacağını kabul etmektedir (D8D, 26.2.1992, E.1991/1524, K.1992/346, DD, S.86, 1993, s.427).

2.1.1.4.3.3. Önerimiz

Anayasa Mahkemesi'nin KHK ile dahi düzenlenmesini Anayasa'ya uygun bulmadığı disiplin suçları konusunda kıyasa imkân tanıyan mevzuat hükümlerinin bulunması, disiplin tecavüzleri konusunda ise hiçbir kurala bağlı olunmaması karşısında Anayasa'nın 128/2 ve 38. maddelerine aykırı bir düzenleme ve uygulama olduğunu söyleyebiliriz. Söz konusu kuralların Anayasa'ya uygun hale getirilmesi konusunda şunları söylememiz mümkündür.

Kanunilik ilkesine uyularak disiplin tecavüzleri kanunlarda açıkça ya da en azından “*açık ceza (disiplin) normu*” şeklinde düzenlenmeli, bunların belirlenmesi konusundaki disiplin amirlerinin yetkisi kaldırılmalıdır.

Disiplin suçlarının kanun dışında tüzük ve yönetmelik gibi normlarla düzenlenmesi kanunla düzenlenme ilkesine aykırı olsa bile, bu tür düzenlemelerle en azından açıklık ilkesine uyumun sağlanması mümkündür. Ancak kıyasa izin veren kanun hükümleri, söz konusu kanunu uygulayacak olan amir veya kurul sayısı kadar kişi ya da organa yeni suç yaratma yetkisi tanımış olmaktadır. Bu nedenle kıyasa imkân tanıyan hükümlerin pozitif hukukumuzdan çıkarılması gerekir.

Kanunla düzenlenme ve kıyas yasağının bazı disiplinsizliklerin cezasız kalmasına ve dolayısıyla askeri hizmet ve disiplinde zaafiyete yol açabileceği ileri sürülebilir. Ancak bu tür sakıncaların bazı düzenleme teknikleriyle giderilmesi mümkündür. Örneğin, aynı tür suçlara farklı satüdeki askeri personele farklı cezalar öngörülmesi şeklinde seçenekli ceza uygulamasıyla hizmetlerin gösterdiği önem ve özelliğin gözetilmesi sağlanmış olur.

Aralıklı ceza uygulaması yoluyla da cezanın tespitinde hem bir ölçüde amire takdir hakkı tanınmış olur, hem de işlenen suçun mümkün olduğu kadar suçlunun kişiliğine uydurulması sağlanmış olur. Suç tanımlarının ceza hukukuna nazaran biraz daha esnek şekilde yapılması da kanunla düzenlenmenin ortaya çıkarabileceği katılığı ortadan kaldıracaktır.

Kanunilik ilkesine aykırı olan disiplin hükümlerinin Anayasa'nın 152. maddesi uyarınca itiraz yoluyla Anayasa Mahkemesi'ne intikal ettirilmesi de düşünülebilir. Anayasa Mahkemesi disiplin suç ve cezalarını Anayasa'nın 38. maddesi kapsamında kabul ettiğinden, kendisine intikal etmesi durumunda kanunilik ilkesine uygun olmayan disiplin hükümlerini iptal etmesi ihtimali vardır.

2.1.2. Savunma Hakkı Açısından

Savunma hakkının Anayasal konumunu incelemekten önce, bu ilkenin önemi üzerinde kısaca durmak gerekir.

2.1.2.1. Savunma hakkının önemi

Savunma hakkı, en basit anlamıyla isnadı karşılamak, isnada cevap vermek hakkıdır. Adaletsiz Devlet olamayacağı gibi, savunmasız adalet de olamaz. Adalet her şeyden önce savunmaya verilen değerle ölçülür. Savunmanın kısıtlandığı yerlerde insanları yargının doğruluğuna inandırmak hemen hemen imkânsızdır¹¹⁵.

Savunma hakkı, kişilerin dokunulmaz, devredilmez, vazgeçilmez nitelikli temel hakları arasında yer alır. Hukukun genel ilkeleri içinde yer alan bu hak, günümüzde, tüm hukuk sistemlerinde temel bir insan hakkı olarak yer almıştır. Anayasalarda ve insan hakları belgelerinde açıklanan diğer hakların öncüsü ve belirleyicisi durumundadır. Çünkü savunma hakkı tanınmadan diğer hakların tanınması fazla bir önem taşımaz. Bu haliyle savunma hakkı ile hukuk devleti arasında yakın bir ilişki bulunmaktadır¹¹⁶.

Demokratik düzenin en temel ilkelerinden biri olan savunma hakkı, sadece yargı organları önünde değil, disiplin soruşturmalarında da vazgeçilmeyecek haklardandır. Hak arama hürriyetinin kapsamı içinde savunma hakkı da bulunur¹¹⁷.

Anayasa Mahkemesi'nin bir kararında Anayasa'nın 36. maddesi kapsamında bu hakkın önemi şu şekilde ifade edilmiştir; “Savunma hakkı, Anayasa'nın ‘Kişinin Hakları ve Ödevleri’ni belirleyen ikinci bölümünde yer alan temel haklardandır. Hukuk öğretisinde olduğu kadar uygulamada da, önemi ve erdemi tartışılmaz yüceliktedir. Evrensel konumu nedeniyle, insanlığın ortak değerlerinden sayılmaktadır”¹¹⁸.

Danıştay'ın bir kararında ise; “Anayasanın ‘Hak Arama Hürriyeti’ başlıklı 36. maddesinde; herkesin meşru vasıta ve yollardan faydalanmak suretiyle yargı mercileri önünde davacı ve davalı kimliğiyle sav ve savunma hakkına sahip olduğu belirtilmiştir. Sav ve savunma hakkı birbirini tamamlayan ve birbirinden ayrılması imkânsız niteliğiyle hak arama özgürlüğünün temelini oluşturur. Önemi sebebiyle hak arama özgürlüğü yalnız toplumsal

¹¹⁵ ÖZDEMİRBAĞ, Gökhan; “Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları Işığında Savunma Hakkı”, AAD, S.121, Ocak 2005, Y.33, s.75.

¹¹⁶ ŞANLI, Cemal; “Evrensel Bir Hak Olarak ‘Savunma Hakkı’”, İstanbul Büyükşehir Belediyesi İnsan Hakları Sempozyumu, İstanbul 1995, s.111 vd; SAĞLAM, agt, s.135.

¹¹⁷ ASLAN, Zehreddin; “Kamu Personelinin Disiplin Hukukundan Kaynaklanan Sorunları” http://www.egm.gov.tr/egitim/dergi/eskisayi/36/web/idare_hukuku/prof_dr_zehreddin_aslan.htm, 19.01.2009.

¹¹⁸ Ay.Mah. 14.7.1998, E.1997/41, K.1998/47, AYMKD, S.35, C.1, 2000, s.222.

barışı güçlendiren dayanaklardan biri değil aynı zamanda bireyin adaleti bulma, hakkı olanı elde etme, haksızlığı önleme uğraşının da aracıdır” şeklinde hakkın önemine değinilmiştir¹¹⁹.

Savunma hakkının önemi ve değeri, ceza hukukunda “*savunma dokunulmazlığı*” müessesesini ortaya çıkarmıştır. Dava ile ilgili olmayan ya da savunma sınırını aşan hakaretler dışında, savunma hakkı kullanılırken yapılacak hakaretlerin suç sayılmayacağı TCK’nın 128. maddesinde¹²⁰ hükme bağlanmıştır. Şüphesiz bu hükmün amacı kişinin hiç bir korku ve endişe duymadan savunmasını yapabilmesini sağlayarak, hakikate ve adalete ulaşılmasını temin etmektir¹²¹.

2.1.2.2. Savunma hakkının Anayasal konumu

Anayasa’nın 36. maddesinin ilk fıkrasında: “*Herkes, meşru vasıta ve yollardan faydalanmak suretiyle yargı mercileri önünde davacı veya davalı olarak iddia ve savunma ile adil yargılanma hakkına sahiptir*” hükmüne yer verilerek, savunma hakkının yargı organları önünde kullanılmasına imkân sağlanmıştır.

Daha önce belirttiğimiz gibi, disiplin cezalarının verilmesi idari işlem niteliğindedir. Bu nedenle bu cezaların verilmesi aşamasında ilgililerin Anayasa’nın 36. maddesinde düzenlenen savunma hakkından yararlanmaları söz konusu değildir¹²². Anayasa’nın 36. maddesinde tanınan savunma hakkından yararlanma, ancak bu cezalara karşı dava yoluna başvurulması durumunda mümkündür¹²³.

¹¹⁹ D12D, 22.2.2006, E.2005/6353, K.2006/540, DBİM.

¹²⁰ “Yargı mercileri veya idari makamlar nezdinde yapılan yazılı veya sözlü başvuru, iddia ve savunmalar kapsamında, kişilerle ilgili olarak somut isnatlarda ya da olumsuz değerlendirmelerde bulunulması halinde, ceza verilmez. Ancak, bunun için isnat ve değerlendirmelerin, gerçek ve somut vakialara dayanması ve uyumsuzlukla bağlantılı olması gerekir” (TCK m.128).

¹²¹ “Gerçekten iddia ve savunma hakkının her türlü etkiden uzak olarak kullanılması esastır. Bir davada tarafların yargı mercileri önünde iddia ve savunmalarını kaygıya kapılmadan, serbestçe yapmaları gerekir. İddia ve savunma sınırı içinde kalan hakaretin suç teşkil etmemesi olayda hakaret kastının bulunmamasına değil, adaletin tam olarak yerine getirilmesi sebebine dayanır. Bu bakımdan bu serbestlik, davanın aydınlığa kavuşmasına, diğer bir deyimle, hakkın meydana çıkmasına yol açma amacına hizmet etmelidir. Anayasa’nın öngördüğü meşru vasıta ve yollara ancak böylelikle başvurulmuş olur. Fakat bir dava sebebiyle söylenmesinde ve yazılmasında zorunluluk bulunmayan yani, davanın aydınlığa kavuşmasında ve hakkın meydana çıkmasında etkisi olmayan hakaretlerde bulunulmasında elbette meşruluk vardır denemez. İşte böyle bir halde iddia ve savunma sınırı aşılmış olacağından haysiyetler de korunmamış olur. Bu bakımdan sözü edilen hüküm, yargı mercileri önünde iddia ve savunmada bulunan kişileri korkutacak ve tereddüde düşürecek ve bu yüzden de onların söylemeleri ve yazmaları gereken bir hususu söylemekten veya yazmaktan alıkoyacak bir nitelik taşımaktadır” (Ay.Mah. 8.6.1965, E.1963/163, K.1965/36, AYMKD, S.3, 1971, s.167).

¹²² SAĞLAM, agt, s.137.

¹²³ “İşlemin tesisinde izlenen yöntem sebebiyle konunun savunma hakkıyla ilgili boyutu üzerinde de durmak gerekir. Olayda davacı hakkındaki işleme dayanak yapılan uyumsuzluğun kanıtı olarak değerlendirilen raporlardaki suçlamalar idarece, işlemin tesisinden önce davacıya bildirilmediği gibi, Mahkemenin de söz konusu belgeleri davacıya tebliğ etmeden karar verdiği anlaşılmaktadır. Oysa savunma hakkı 1982 Anayasası’nın 36/1. maddesiyle güvenceye bağlanmış olduğu gibi temel hak ve hürriyetlerle ilgili uluslararası sözleşmelerle de bu hakkın tanınması ve kullanım yollarının açık tutulması güvenceye bağlanmıştır. Görülmeyene, bilinmeyene karşı iddia ve savunmada bulunmanın

Anayasa koyucu, disiplin cezalarını diğer idari yaptırımlar içinde önemli ve özellikli bir konumda değerlendirerek cezaların verilmesi aşamasında ilgililere savunma hakkı tanınması esasını kabul etmiştir. 1961 Anayasası'nda daha açık ve detaylı bir şekilde kaleme alınmış olan¹²⁴ disiplin kovuşturmalarıyla ilgili savunma hakkı¹²⁵, 1982 Anayasası'nın 129. maddesinin 2. fıkrasında düzenlenmiştir. Fıkra hükmü şu şekildedir; “*Memurlar ve diğer kamu görevlileri ile kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşları ve bunların üst kuruluşları mensuplarına savunma hakkı tanınmadıkça disiplin cezası verilemez*”. Söz konusu maddenin gerekçesinde¹²⁶; “*kamu hizmeti görevlileri ile kamu kurumu niteliğindeki meslek teşekkülleri mensupları hakkında yapılacak disiplin kovuşturmalarında ve disiplin cezası uygulamasında ilgiliye isnad olunan hususun bildirilmesi, dinlenilmesi, savunmasını yapma imkânı tanınması bu madde ile güvence altına alınmaktadır*” denilerek Anayasal güvenceye bağlanan savunma hakkının kapsam ve uygulamasına açıklık getirilmiştir.

Anayasa'nın bu amir hükmüne uygun olarak disiplin cezalarının verilmesini düzenleyen kanunlarda disiplin cezalarının savunma alınmadan verilemeyeceği kurala bağlanmıştır. Örneğin, 657 SK'nın 130/1. maddesinde; “*Devlet memuru hakkında savunması alınmadan disiplin cezası verilemez*” hükmüne; AsCK'nın 175. maddesinde de; “*Disiplin amiri cezayı vermeden evvel faile kendini müdafaa etmeğe müsaade eder*” hükmüne

güçsüzlüğü hatta imkânsızlığı ortadadır. Hakkında kimi suçlamalar sebebiyle 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 artıracağı kuşkusuzdur. Sonuç olarak davacının hizmet sözleşmesinin feshine dayanak tutulan belgelerin yargılama aşamasında Mahkemece adı geçene tebliğ edilerek bilgilendirilmesi ve savunması alındıktan ve buna göre gerekli değerlendirmeler yapıldıktan sonra uyumsuzluğun çözümlenmesi gerekirken bu yola gidilmeden davanın reddedilmesinde hukuki isabet görülmemiştir” (D5D, 6.6.1991, E.1990/4297, K.1991/1099, DD, 84-85, 1992, s.343).

¹²⁴ “*Memurlar ve kamu kurumu niteliğindeki meslek teşekkülleri mensupları hakkında yapılacak disiplin kovuşturmalarında isnad olunan hususun ilgiliye açıkça ve yazılı olarak bildirilmesi, yazılı savunmasının istenmesi ve savunma için belli bir süre tanınması şarttır*” (1961 Ay. m.118).

¹²⁵ AKILLIOĞLU, 1961 Anayasası'nın disiplin kovuşturmasında savunma hakkını düzenleyen 118. maddesine dayanarak disiplin kovuşturmalarında tanınan savunma hakkı için “*savunma hakları*” teriminin kullanılmasının daha uygun olacağını ifade etmektedir. Yazara göre, söz konusu 118. maddede, savunma hakkıyla ilgili olarak, “*isnat olunan hususun açıkça bildirilmesi*”, “*yazılı savunma istenmesi*” ve “*savunma için belli bir süre tanınması*” şeklinde ilgisine ayrı ayrı aktif davranış ve istemde bulunma imkânı veren üç unsur düzenlemiştir. Dolayısıyla tanınan bu hak “*savunma hakkı*” şeklinde tekil değil, “*savunma hakları*” şeklinde çoğul olarak ifade edilmelidir (AKILLIOĞLU, age, s.17). SAĞLAM (agt, s.138, dn.80)’ın da haklı olarak belirttiği gibi, savunma hakkını bu şekilde unsurlara bölüp çoğul bir şekilde ifade etmenin hakkın nitelik ve değerini belirleme yönünden pratik bir önemi ve sonucu yoktur. 1961 Anayasası'nın 118. maddesindeki çoğul düzenlemeden farklı olarak sadece savunma hakkından sözeden 1982 Anayasası'nın 129/2. maddesinin uygulandığı dönemde de savunma hakkının içerik ve değeri farklı bir şekilde değerlendirilmemiştir. Isnat olunan hususun ilgiliye açıkça bildirilmesi, savunma için makul bir süre tanınması gibi hususlar esasen savunma hakkının içeriğinde bulunan ve ayrıca belirtilmesi gerekmeyen unsurlardır. Nitekim Anayasa Mahkemesi de bir kararında; “*olayı, isnadın sebebini ve olayın hukuki niteliğini bilmeyen sanığın kendisini yeterince savunamayacağı açıktır. Bu husus savunma hakkının temelini oluşturur*” şeklindeki gerekçeyle (Ay. Mah. 14.7.1998, E.1997/41, K.1998/47, AYMKD, S.35, C.1, 2000, s.222) isnat olunan hususun sanığa açıkça bildirilmesi zorunluluğunu, ilgilinin kendisini yeterince savunabilmesi bağlamında savunma hakkının özünde var olan temel bir unsur olarak kabul etmiştir.

¹²⁶ KUZU, age, s.146.

yer verilmiştir¹²⁷.

2.1.2.3. Disiplin cezalarında tanınan savunma hakkının niteliği

Disiplin cezalarının verilmesinde tanınan savunma hakkının niteliği konusunda çeşitli görüşler vardır. Bu konudaki bir görüş; savunma hakkının münhasıran yargı erkinin bulunduğu yerde söz konusu olabileceğini, idari usulde taraf veya anlaşmazlık bulunmadığını, anlaşmazlık doğması ve tarafların oluşması için idari bir karar gerektiğini, dolayısıyla taraf, anlaşmazlık gibi yargılamaya özgü kavramların varlığına bağlı olan savunma hakkının idari usulde kullanılmasının uygun olmadığını¹²⁸, yargı organı olmayan disiplin kurullarında kullanılan savunma hakkının da teknik anlamda bir savunma hakkı olmayıp, sadece isnada ilişkin açıklamalar olduğu¹²⁹ şeklindedir.

Buna karşılık savunmayı hak arama faaliyeti içinde değerlendiren görüşe göre; davanın iki taraflı bir haklar ve borçlar düzeni olarak düşünülebileceği, yargılama hukukundaki bu anlayışın idari usule de aktarılabilmesi, idari karar alma sürecinin karar makamı ile ilgililer arasında “*yöntem ilişkileri*” denilen bir hukuki ilişkiler ağı oluşturacağı, savunma hakkı tanımak için karar alma sürecinde sadece bir taraf olmasının veya anlaşmazlık doğmamasının önemli olmadığı yönündedir¹³⁰. Kişilere isnat edilen eylemler hakkında görüşlerini sunmasına imkân verilmesi gerekir¹³¹.

Bu konuda orta yol olarak nitelenebilecek bir görüşe göre ise, idare önündeki savunma hakkı sadece disiplin kovuşturmaları ile idari cezalara özgüdür. Yargılama hukukuna ilişkin bulunan bu hak, idare önünde ancak gerçek bir savunmayı gerektiren yargı benzeri idari işlemlerde söz konusu olabilir¹³².

İdare önünde kullanılan savunma hakkının niteliği ve isimlendirilmesi konusunda farklı yorum ve görüşler bulunmaktadır¹³³. Konumuzun boyutunu aşan bu teorik tartışmalara girmeden disiplin cezaları için öngörülmüş bulunan savunma hakkıyla sınırlı olarak şunları söyleyebiliriz: Anayasa’nın 129/2. maddesi karşısında savunma hakkının kapsamını yargısal prosedürle sınırlamak ve disiplin cezası işlemlerinde yapılan savunmayı

¹²⁷ Üçüncü Bölümde savunma hakkının kullanılmasına yönelik usul ve esasları belirleyen yasal düzenlemeler ve bunların uygulanması ayrıntılı olarak incelenecektir.

¹²⁸ WALINE, Marcel; “*Le principe 'Audi Alteram Partem'*”, Conseil d'Etat, Livre Jubilaire, Luxembourg 1957, s.498 (nakleden; AKILLIOĞLU, age, s.20).

¹²⁹ HAFIZOĞULLARI, Zeki; “*Genel Çizgileriyle Savunma Hakkı*”, AnkBD, 1994, S.1-4, (Savunma), s.25.

¹³⁰ LANGROD, G.: “*Procedure administrative*”, RISA 1956, s.69 (nakleden; AKILLIOĞLU, age, s.21).

¹³¹ GÖÇER, Mahmut; “*Karşılaştırmalı Hukukta Savunma Hakkı*”, KÜHFD, S.2, 1998-1999, s.308.

¹³² ODENT, R.; “*Les Droits De La Defense*”, EDCE 1953, s.161 (nakleden; AKILLIOĞLU, age, s.19).

¹³³ Bkz. AKILLIOĞLU, age, s.19-20.

salt bir açıklama niteliğinde görmek pozitif hukukumuzla bağdaşır bir yaklaşım değildir¹³⁴. Anayasa koyucu, disiplin suç ve cezalarını diğer idari yaptırımlar içinde ayrıcalıklı bir konumda değerlendirmiştir. Bu nedenle isnadın mahkeme önünde ya da mahkeme dışındaki bir organ önünde yapılması, disiplin cezaları için öngörülen savunma hakkının içerik ve niteliğinde farklılık oluşturmaz¹³⁵.

Danıştay, kendisine disiplin suçu isnat edilen bir kişinin, bu suçlamaya karşı Anayasa'nın 129/2. maddesi uyarınca idare nezdinde kullanacağı savunma hakkı bakımından da savunma dokunulmazlığına sahip olduğunu kabul ederek¹³⁶, disiplin cezalarının verilmesinde tanınan savunma hakkını salt bir açıklama niteliğinde gören görüşlere itibar etmemiştir.

2.1.2.4. Savunma hakkının Anayasal güvenceye bağlanmasının sonuçları

Disiplin cezalarının verilmesinde savunma hakkının Anayasal güvenceye bağlanması uygulamada önemli sonuçlar doğurmaktadır. Doktrinde savunma hakkının Anayasa'da tanınmasının öneminden hareketle, bu hakkın kullandırılmamasının disiplin cezası işlemini şekil açısından ağır bir biçimde sakatlayacağı kabul edilmiştir. Şekil unsurundaki ağır hukuki sakatlık halinde "yokluk"¹³⁷ durumundan söz edilebilecektir¹³⁸.

Yargı yolu kapalı cezaların savunma hakkı tanınmadan verilmesi halinde, sadece savunma alınmamış olması yönünden idari yargı denetiminden geçirilmesi gerektiği ileri

¹³⁴ "Savunma hakkı, sadece iddia karşısında savunmayı değil, aynı zamanda yaptırım uygulanana kadar geçen süre ve usulde bilgi ve belgelere ulaşma, talebi reddetme gibi hakları da kapsadığı göz önüne alındığında" (AYİM, Drl.Krl.22.12.2006, E.91, K.170, AYİMD, S.22, 2007, s.837-846).

¹³⁵ SAĞLAM, agt, s.141; Ancak disiplin cezalarının verilmesinde tanınan savunma hakkının kullanılması konusunda cezaların ağırlıklarına göre kimi farklılıklar da öngörülmüştür. Örneğin, 657 SK'nın 129/2. maddesinde, memuriyetten çıkarılması istenilen memurun sicil dosyası hariç, soruşturma evrakını incelemeye, tanık dinletmeye, disiplin kurulunda sözlü veya yazılı olarak kendisi veya vekili vasıtasıyla savunma yapma hakkına sahip olduğu belirtilerek, savunma hakkı konusunda vekil tutmaya kadar geniş bir imkân sağlanırken, diğer cezalarda böyle bir imkân yoktur.

¹³⁶ D3D, 12.5.1983, E.1982/4144, K.1983/1601, DD, S.52-53, 1984, s.175.

¹³⁷ "Yokluk, bir idari işlemde iki durumda ortaya çıkabilir. İlk olarak mevcut olduğu düşünülen idari işlemin madden var olmaması, fiziki âlemde bulunmama şeklinde açıklanabilecek 'maddi, fiili yokluk' durumu söz konusu olabilir. İkincisi ise, idari işlemin maddi olarak mevcut olmakla birlikte hukuki açıdan 'ağır ve apaçık hukuki sakatlığa' karşılık gelen 'yok hükmünde sayılma' durumudur. Yoklukla malul bir idari işlemin yargısal denetiminin, iptal davasından farklı özellikler göstereceği açıktır. Bu bağlamda 'yokluk' hali kamu düzenine ilişkin olması sebebiyle resen dikkate alınması gereken, dava açma süresine bağlı olmayan, idare tarafından her zaman geri alınabilme sonuçlarını doğuran bir durumu ifade etmektedir" (AYİM, Drl.Krl.22.12.2006, E.91, K.170, AYİMD, S.22, 2007, s.837-846).

¹³⁸ ONAR, age, C.I, s.333; "Savunmasını hazırlayabilmesi için verilmesi gerekli olan sürenin kanuna aykırı olarak kısıtlanmasına rağmen, savunmasını yapan davacının savunma hakkının mutlak surette kısıtlanmasının söz konusu olmadığı, yapılan usulü eksikliğin ise yokluk değil iptal edilebilir nitelikte hukuka aykırılık oluşturduğu anlaşılmıştır" (AYİM, 2.D. 12.12.2007, E.413, K.1047, AYİMD, S.23, 2008, s.496-502).

sürülmüştür¹³⁹.

Danıştay, başlangıçta uyarma ve kınama cezalarının istisnasız olarak yargı denetimi dışında olacaklarını kabul ederken¹⁴⁰ zamanla bu içtihadını yukarıdaki görüş paralelinde değiştirmiştir¹⁴¹. AYİM, yargı denetimi dışında da olsa, savunma hakkı tanınmadan disiplin cezası verilmişse, iptal istemini inceleyip disiplin cezasının yokluğunu tespit etmektedir¹⁴².

Anayasa Mahkemesi de, disiplin cezası verilmesinde memurun savunmasının alınacağını düzenlemeyen 5442 sayılı İl İdaresi Kanunu’nun 13 ve 31. maddelerinin 1961 Anayasası’nın disiplin cezalarının verilmesinde savunma hakkı tanınmasını zorunlu tutan 118. maddesine aykırı olduğu gerekçesiyle iptalinin istenilmesine ilişkin bir dosyada; *“Anayasa’nın 118. 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”*¹⁴³ gerekçesine yer vererek, disiplin cezası verilmesi işleminde savunma hakkının kullanılması bakımından ilgili kanunda bir hüküm bulunmasa da Anayasal hükmün doğrudan uygulanarak savunma hakkı tanınması gerektiğine işaret etmiştir¹⁴⁴.

¹³⁹ **DÜNDAR, Erol**; “Milli Eğitim Teşkilatı Mensuplarına İlişkin Disiplin Cezaları ve Yargı Denetimi”, DD, S.68-69, 1988, (Milli), s.25.

¹⁴⁰ D10D, 29.5.1986, E.1984/2529, K.1986/1326, DBİM. Bu kararda, davacıya kınama cezası verilmesine ilişkin işlemi, savunma alınmadan verildiği gerekçesiyle iptal eden idare mahkemesi kararı, kınama cezasına karşı yargı yolunun kapalı olduğu gerekçesiyle bozulmuştur.

¹⁴¹ “Anayasa’nın 129. maddesinde, savunma hakkı tanınmadıkça disiplin cezası verilemeyeceği kuralı yer almıştır. Öte yandan, bu Anayasa kuralına paralel olarak düzenlenen 657 SK’nın 130. maddesinde de, Devlet memuru hakkında savunması alınmadan disiplin cezası verilemeyeceği hükmüne bağlanmıştır. Hernekadar, Anayasa ve Kanunun ilgili hükümleri uyarınca, kınama cezası dava konusu edilememekle 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, 9.12.1997, E.1995/2936, K.1997/3826, DBİM).

¹⁴² “Disiplin cezalarına ilgiliye savunma hakkı tanınmadan verilemeyeceği TC Anayasası’nın 129. maddesinde yer almıştır. Anayasa asker kişilerle ilgili hükümleri saklı tutmuş ise de; AsCK’nın 175. maddesinde de disiplin cezaları verilmeden önce savunma alınması öngörülmüş bulunmaktadır. Bu itibarla Anayasa ile saklı tutulan hususun, savunma alınmadan ceza verilebilme imkânı olmadığı ortaya çıkmaktadır. Şu halde, savunma alınması disiplin cezası verebilmenin asli ve vazgeçilmez şartıdır. Bu şart yerine getirilmeden verilen disiplin cezaları yok hükmündedir” (AYİM, 2.D.10.2.1985, E.1985/113, K.1985/168, AYİMD, S.7, 1993, s.329-332); “Dava konusu ‘uyarı’ disiplin cezası savunma hakkı tanınmaksızın davacı hakkında tesis edildiğinden şekil unsuru yönünden ağır ve apaçık hukuka aykırı olduğu ve yok hükmünde sayılmasının gerektiği sonucuna ulaşılmıştır” (AYİM, Drl.Krl. 22.12.2006, E.91, K.170, AYİMD, S.22, 2007, s.837-846).

¹⁴³ Ay.Mah. 20.5.1963, E.174, K.115, AYMKD, S.2, 1971, s.3.

¹⁴⁴ **KARAHANOGULLARI**, agm, s.69.

2.1.3. Hukuk Devleti ve Yargı Yolu Güvencesi Açısından

Anayasa'nın 2. maddesinde; Türkiye Cumhuriyetinin insan hakların saygılı, demokratik, laik ve sosyal bir “*hukuk devleti*” olduğu belirtilmiştir. Acaba “*hukuk devleti*” kavramı neyi ifade etmektedir? Öncelikle, bu konudaki teorik tartışmalara girmeden “*hukuk devleti*” kavramını kısaca açıklayalım.

2.1.3.1. Hukuk devleti kavramı

“*Hukuk devleti*” kavramı, ilk defa 18. yüzyılın sonlarında Alman hukukçular tarafından kullanılmıştır¹⁴⁵. İngiltere’de, bu kavram yerine 13. yüzyıldan itibaren, “*hukukun üstünlüğü (supremacy of law)*” ya da “*hukukun hükümlerliliği (rule of law)*” kavramları kullanılmıştır. ABD’de ise, aslında bir yargılama usulü ilkesi olan ancak Yüksek Mahkeme (Supreme Court) içtihadı ile esasları ortaya konan “*uygun hukuki usul (Due process of law)*” kavramı kullanılmıştır¹⁴⁶.

Hukuk devleti anlayışı, yüzyıllarca kişilerle egemen güç arasındaki mücadele sonucunda modern devletin geldiği noktayı göstermektedir. Hukuk devletinin tanımını yapmak kolay değildir. Bu durum temelde hukuk devletinin bir “*ideal*” olmasından kaynaklanmaktadır. Gerçekten de günümüzde model olarak alınabilecek hukuk devletlerinin de eleştirilecek pek çok yönü bulunabilmektedir. Bu bakımdan hukuk devletini tanımlamak yerine unsurlarını ortaya koymak gerekir¹⁴⁷.

Hukuk devletinin bir “*ideal*” olması nedeniyle hukuk devletinin gerekleri konusunda da fikir birliği yoktur. Zira bu konudaki görüşler, yaşanan yerin, zamanın ve hukuk anlayışının etkisinde oluşmaktadır. Ülkemizde, hukuk devleti ilkesinden söz edilirken, genellikle idarenin kanuniliği, yargı denetimi, hâkim bağımsızlığı, kanunların Anayasa’ya uygunluğunun yargı yoluyla denetimi gibi konular üzerinde durulmaktadır¹⁴⁸.

Hukuk devleti çok boyutlu ve kapsamlı ilkelerden oluşan bir kavramdır. Fakat bu kavram en fazla idare ve idare hukukuyla ilgilidir. Hukuk devletinin en belirgin özelliği, hukuk kurallarının, onları koyanları da dâhil olmak üzere herkesi, her kurum ve kuruluşu bağlaması,

¹⁴⁵ HOFMANN, Hasso; “*Geschichtlichkeit und Universalitätsanspruch des Rechtsstaats*”, Der Stat, B.34, Berlin 1995, s.1 (nakleden; AKYILMAZ, age, s.52).

¹⁴⁶ AKYILMAZ, age, s.52.

¹⁴⁷ AKYILMAZ, age, s.47.

¹⁴⁸ AKSOYLU, agm, s.40.

kamu görevlilerinin hepsinin ve her kamusal organın yargısal denetim altında olmasıdır. Hukuk devleti kavramının özünü, hukuka bağlı devlet veya idare oluşturur¹⁴⁹.

Hukuk devleti, polis devletten farklı olarak, keyfi kurallara göre değil, hukuk kurallarına göre yönetilen bir devlet rejimidir. Bu devlet anlayışında, sadece yönetilenlerin uyacakları kurallar değil, devletin tüm faaliyetlerinin hukuka bağlı olması esastır. Hukuk devleti aynı zamanda ferde en geniş teminatı sağlayan insan onuru, özgürlük, adalet, eşitlik ve hukuki güvenliği hedefleyen devlettir. Devletin hukuka bağlılığı, aynı zamanda onu oluşturan organların da hukuka uyması anlamını taşır. Devletin bir organı olarak idarenin de hukuka tâbi olması, bu ilkenin doğal bir sonucudur¹⁵⁰.

Hukuk devleti bir anlamda kanun devletidir. Ancak kanunun içeriğini dikkate almadan hukuk devletini kanun devletine indirgemek doğru olmaz. Hukuk devletinde kanunlar demokratik esaslara uygun usullerle yapılmalı, milli iradeyi yansıtmalıdır. Ayrıca özgürlük, adalet, eşitlik, insan onuru değerlerini yansıtmalı, hukukun genel ilkelerine de uygun olmalıdır¹⁵¹.

Anayasa Mahkemesine göre hukuk devleti; “İnsan haklarına dayanan, bu hak ve özgürlükleri koruyup güçlendiren, eylem ve işlemleri hukuka uygun olan, her alanda adaletli bir hukuk düzeni kurup bunu geliştirerek sürdüren, Anayasa’ya aykırı durum ve tutumlardan kaçınan hukuku tüm devlet organlarına egemen kılan, Anayasa ve hukukun üstün kurallarıyla kendini bağlı sayan, yargı denetimine açık, yasaların üstünde yasakoyucunun da bozamayacağı temel hukuk ilkeleri ve Anayasa’nın bulunduğu bilincinde olan, ... toplum yaşamında adalete ve eşitliğe uygun bir hukuk düzeni kuran ve bu düzeni sürdürmekle kendini yükümlü sayan bütün davranışlarında Anayasa’ya ve hukuk kurallarına uyan, işlem ve eylemleri yargı denetimine bağlı olan devlettir”¹⁵².

Çoğulcu demokrasinin uygulandığı, egemenliğin devletin organları arasında paylaşıldığı bir sistemde; yasama, yürütme ve yargı erkleri birbirine eşittir. Ancak, yasama organının oluşumunu sağlayan seçimlerin yargı denetimi altında olması, yasama ve yürütme organlarının işlemlerinin yargı denetimine tâbi olması, yargı organını “eşitler arasında önde gelen” yapar. Hukuk devletinde bütün kuralların üstünde olan Anayasanın koruyucusu ve bekçisi yargıdır¹⁵³.

¹⁴⁹ YILDIRIM, age, s.11.

¹⁵⁰ AKYILMAZ, age, s.53.

¹⁵¹ STERN, Klaus; Der Rechtsstaat, Krefeld 1971, s.11 (nakleden; AKYILMAZ, age, s.85).

¹⁵² Ay.Mah.23.2.2001, E 1999/42, K.2001/41, RG, 23.11.2001, S.24592; Ay.Mah. 17.5.2007, E.2004/13, K.2007/58, RG, 21.11.2007, S.26707.

¹⁵³ YILDIRIM, age, s.11.

Yukarıda yapılan açıklamalar ışığında, hukuk devletinin “*maddi*” ve “*şekli*” bazı unsurlarının bulunduğunu söyleyebiliriz. Hukuk devletinde olması gereken unsurlarla ilgili çok uzun bir liste yapılabilir. Ancak öyle unsurlar vardır ki, bunlar hukuk devletinin “*olmazsa olmaz (sine qua non)*” unsurlarıdır. Bir devlete, hukuk devleti niteliğini kazandıran unsurları şu şekilde sıralayabiliriz¹⁵⁴;

Hukuk devletinin maddi unsurları: 1) İnsan onuru, 2) Özgürlük, 3) Adalet, 4) Eşitlik; Hukuk devletinin şekli unsurları: 1) Demokrasi, 2) Temel hak ve hürriyetlerin tanınması ve güvence altına alınması, 3) Kuvvetler ayrılığı ilkesi, 4) Yargı organlarının bağımsızlığı ve hâkimlik teminatı, 5) Belirlilik ilkeleri (kanunsuz suç ve ceza olmaz, kanunların geriye yürümezliği, tâbii hâkim, idarenin açıklığı vs.) 6) Yasama organının yargısal denetimi, 7)Yürütme organının yargısal denetimi, 8) İdarenin kanunluğu, 9) Devletin mali sorumluluğu, 10) Hukuki güvenlik.

“*Hukuk devleti*” kavramını ve unsurlarını kısaca açıkladık. Konumuz itibariyle şimdi de önemli unsurlarından biri olan idarenin yargısal denetiminin önemini açıklayalım.

2.1.3.2. İdarenin denetlenmesinde yargı yolunun önemi

İdarenin işlem ve eylem yaparken açıkladığı irade, özel hukuktaki gerçek ve tüzelkişilerin iradesine oranla hukuki açıdan üstün bir konumdadır. İdarenin bu üstün iradesi özellikle işlem yaparken ortaya çıktığından, tek yanlı olarak yürütülebilme gücünü de içerir. Bundan dolayı idarenin yaptığı işlemin muhatabının rızasının önemi yoktur. Çünkü hukuk düzeni idarenin iradesini açıklamasıyla, gerçekleştirmeyi amaçladığı sonucun doğmuş olduğunu kabul eder. Ayrıca, idarenin yaptığı işlemlerin peşinen hukuka uygunluğu da kabul edilir. Bu nedenle idarenin işlemlerinin hukuka uygun olmadığını iddia eden kişi, ya yine idareye ya da yargı yerlerine başvurmak zorundadır. İdare, nihayetinde bir tüzelkişilik demetidir. Tüzelkişiler, iradelerini gerçek kişiler aracılığıyla açıklamaktadırlar. Gerçek kişiler ise keyfi davranma eğilimine kolaylıkla girebilirler. Bundan dolayı da idare adına güçlü yetkiler kullanılırken aynı zamanda hukuka bağlı olma sorunu da ortaya çıkmaktadır¹⁵⁵.

Her yaptığı işlem teorik olarak hukuka uygun sayılan idare üzerinde bazı denetim mekanizmalarının olması gerekli ve zorunludur. İdari işlem ve faaliyetlerin hukuka uygunluğunu sağlamak amacıyla çeşitli denetim yolları bulunmaktadır. Bunları, mahkemelerce yapılan “*yargısal denetim*” ile mahkemeler dışındaki organlarca yapılan “*idari denetim*” olarak ikiye ayırabiliriz. Yargısal denetim, bağımsız mahkemelerce ve

¹⁵⁴ AKYILMAZ, s.53-54.

¹⁵⁵ YILDIRIM, age, s.11-12.

yargısal usuller uygulanarak gerçekleştirilen hukuka uygunluk denetimini ifade etmektedir. İdari denetim ise, idarenin kendi içinde yaptığı denetim ve idare dışındaki organlarca yapılan denetim olmak üzere ikiye ayrılmaktadır. “*Hiyerarşik denetim*”, idarenin yine idare içinde yer alan makamlar tarafından denetlenmesine örnektir. TBMM’nin soru, gensoru, meclis araştırması ve meclis soruşturması gibi usullerle idare üzerinde yaptığı “*siyasi denetim (parlamento denetimi)*” ile ülkemizde bulunmayan kamu denetçisi ve prosecutor yoluyla yapılan denetim de idarenin idare dışında yer alan organlarca denetlenmesine örnek oluşturmaktadır¹⁵⁶.

İdarenin hukuka uygunluğunun sağlanmasındaki etkinliği yönünden, yukarıda belirtilen her denetim yolunun avantaj ve dezavantajları bulunmaktadır. Ancak uygulamadan elde edilen deneyimler, idarenin yargı denetimi dışındaki yollarla denetlenmesinin bu etkinliği sağlamaktan uzak olduğunu göstermiştir¹⁵⁷. İdarenin yargısal yolla denetlenmesi, hukuk devleti ilkesinin gelişmesiyle de paralellik göstermektedir. Hukuk devletinde, idarenin hukuk dışı eylem ve işlemlerine karşı kişilerin korunması gerekir. Bu korunmayı sağlayacak önemli yollardan birisi, kişilere, idari eylem ve işlemlere karşı bağımsız yargı organlarında dava açma hakkının tanınmasıdır¹⁵⁸. İdarenin yargısal denetiminin hukuk devleti açısından taşıdığı önem bir Anayasa Mahkemesi kararında şöyle ifade edilmiştir; “*Hukuk devleti, tüm işlem ve eylemleri bağımsız yargı denetimine açık, her alanda adaletli bir hukuk düzeni kurmayı ve sürdürmeyi amaç edinmiş, Anayasa ve hukukun üstün kurallarına bağlılığa özen gösteren devlettir*”¹⁵⁹.

2.1.3.3. Disiplin cezaları için öngörülen yargı yolu güvencesi

Anayasa’nın “*Yargı Yolu*” başlıklı 125. maddesinin ilk fıkrasında; “*İdarenin her türlü eylem ve işlemlerine karşı yargı yolu açıktır*” denilmiştir¹⁶⁰. Disiplin cezaları da, birer

¹⁵⁶ İdarenin denetim yolları konusunda daha geniş bilgi için bkz. ÖZKAN, Gürsel; Hukuk Devleti ve Yargı Denetimi, Ankara 1995, s.33 vd.

¹⁵⁷ Güvenlik soruşturmasının olumsuz çıkması nedeniyle Harp Okuluyla ilişkisi kesilen öğrenci hakkında tesis edilen işlemin, davacının babası yerine isim benzerliği bulunan bir başka kişi gözönüne alınarak sonuçlandırıldığı AYİM tarafından tespit edilmesi neticesinde iptal edilmesi (AYİM, 2.D.22.5.1996, E.78, K.471, AYİMD, S.11, 1997, s.450-453) olayında olduğu gibi, idarenin yargı yolu dışındaki denetimi etkili değildir. Zira söz konusu öğrencinin atılması işlemi AYİM önüne gelene kadar birçok idari denetimden geçtiği halde söz konusu hatanın ortaya çıkarılması mümkün olmamıştır.

¹⁵⁸ SAĞLAM, agt, s.144.

¹⁵⁹ Ay.Mah. 1.2.1996, E.1995/20, K.1996/4, AYMKD, S.32, C.2, 1997, s.540.

¹⁶⁰ 1924 Anayasası’nın 51. maddesinde, idare davalarına bakmak ve idari uyuşmazlıkları çözmek görevinin Danıştay’a ait olduğu belirtilmiştir. Fakat idari işlem ve eylemlere karşı yargı yolunun kapatılmasını engelleyici bir hükme yer verilmemiştir. 1961 Anayasası’nın 114/1. maddesinin ilk halinde; “*İdarenin hiçbir eylem ve işlemi, hiçbir halde, yargı mercilerinin denetimi dışında bırakılamaz*” şeklinde düzenleme yapılarak yasama organının bazı idari işlemlere karşı yargı yolunu kapatması yasaklanmıştır. 1961 Anayasası’nın idari işlemlere karşı yargı yolu güvencesini getiren bu hükmünün yanında, “*memur teminatı*” başlıklı 118/3. maddesinde; “*Disiplin kararları, yargı mercilerinin denetimi dışında bırakılamaz*” hükmüyle de, yargı yolu güvencesi disiplin cezaları bakımından ayrıca teyit edilmiştir.

idari işlemdir. Bütün idari işlemler gibi, disiplin cezaları da yargı organının denetimine tâbidir. Disiplin cezalarının yargısal denetime tâbi olması, hukuk devleti ve kanuni idare ilkelerinin doğal sonucudur¹⁶¹.

Anayasa koyucu disiplin cezalarında, Anayasa'nın 125. maddesindeki düzenlemeyle yetinmemiş, daha özel bir güvence getirme ihtiyacını hissetmiş¹⁶² ve Anayasa'nın 129. maddesinin 3. fıkrasında; “*Uyarma ve kınama cezalarıyla ilgili olanlar hariç, disiplin kararları yargı denetimi dışında bırakılamaz*” şeklinde düzenleme yapmıştır.

2.1.3.4. Bazı disiplin cezalarında yargı yolu güvencesine getirilen istisna

Anayasa koyucu disiplin cezalarında yargı yolu güvencesini mutlak olarak tanımamış, bazı disiplin cezalarının yargı denetimi dışında bırakılması konusunda kanun koyucuya takdir hakkı tanımıştır. Şimdi bu konudaki istisnanın niteliğini inceleyelim.

2.1.3.4.1. İstisnanın niteliği

Disiplin cezalarına yargı yolu güvencesi getiren 1961 Anayasası'nın 118/3. maddesinde herhangi bir istisna bulunmadığı halde, 1982 Anayasası'nın 129. maddenin 3 ve 4. fıkralarında, bazı disiplin cezaları ve bazı kamu görevlilerine verilecek disiplin cezaları ile ilgili istisna getirilmiştir. Cumhurbaşkanının tek başına yapacağı işlemler, Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulu kararları ve Yüksek Askeri Şura kararları gibi bir kısım idari işlemlere karşı yargı yolunu doğrudan kapatan Anayasal düzenlemelerden (yasama kısıntısı)¹⁶³ farklı olarak, 129. maddede yargı yolu doğrudan kapatılmamış, bu konuda yasama organına takdir yetkisi tanınmıştır¹⁶⁴. Bu şekildeki düzenleme tekniğinin doğrudan yasaklamalardan farklı yönü, kanun koyucunun bu cezalara karşı yargı yolunu açık tutma imkânına sahip olmasıdır¹⁶⁵.

¹⁶¹ **YILDIRIM**, Disiplin, s.210.

¹⁶² “*Ayrıca, disiplin kararlarının yargı denetimi dışında tutulamayacağı da, tereddütleri giderecek biçimde ifade edilmiş; ancak, uyarma ve kınama cezaları özellikleri dolayısıyla bu kuralın dışına çıkarılmıştır*” (Anayasa'nın 129. madde gerekçesi, **KUZU**, age, s.146).

¹⁶³ **AKYILMAZ**, age, s.85.

¹⁶⁴ Bu konuda Anayasa Mahkemesinin oyçokluğuyla verdiği, ilginç ve hukuk mantığına açıkça aykırı bir kararı bulunmaktadır. Mahkeme, uyarma ve kınama cezalarının yargı denetimine kapatılmasına ilişkin 657 SK'nın 135 ve 136. maddelerini Anayasa'ya aykırı bulmamıştır. Gerekçesinde Anayasa'nın söz konusu cezalarının özellik, nitelik ve etkilerini göz önüne alarak yargı denetimi dışında bıraktığını, kanunkoyucunun bu cezalara karşı yargı yolunu açabilmesinin mümkün olmadığını, zira Anayasa'da kanun koyucuya bu konuda takdir hakkı tanınmadığını, Anayasa'nın hükmüne ve Anayasa koyucunun bu yöndeki iradesine uygun olarak yargı denetimi bırakıldıklarını belirtmiştir. Muhalif kalan üyeler haklı olarak Anayasa'nın 129/3. maddesinde kanun koyucuya bu konuda takdir yetkisi tanındığını belirtmişlerdir (Ay.Mah.27.11.2007, 2002/169, K.2007/88, RG, 19.2.2008, S.26792). Bu karar Anayasa Mahkemesinin, ülkemizde insan haklarının korunması konusunda geline aşamanın çok gerisinde olduğunu göstermektedir.

¹⁶⁵ **SAĞLAM**, agt, s.146.

Anayasa'nın 129. maddesinin 3. fıkrasında, “*uyarma ve kınama cezalarıyla ilgili olanlar hariç*” ibaresiyle uyarma ve kınama cezalarının verilmesi işlemlerinin yargı denetiminin dışında bırakılıp bırakılmayacağı hususu kanun koyucunun takdirine bırakılmış; 4. fıkrasında da, “*Silahlı Kuvvetler mensupları ile hâkimler ve savcılar hakkındaki hükümler saklıdır*” şeklindeki düzenlemeyle, kanun koyucu tarafından hâkim ve savcılar ile TSK mensupları hakkında verilebilecek tüm disiplin cezalarının yargı denetimi dışında bırakılabilmesine imkân sağlanmıştır.

Anayasa'nın 129. maddesinin 4. fıkrasıyla ilgili herhangi bir gerekçeye yer verilmemiş, 3. fıkrasının gerekçesinde ise, “*uyarma ve kınama cezalarının özellikleri*” nedeniyle yargı denetimi dışına çıkarıldıkları belirtilmiştir. Ancak bu özelliklerin neler olduğu gerekçede açıklanmamıştır. Uyarma ve kınama cezalarının ortak özelliği, en hafif disiplin cezaları olmalarıdır¹⁶⁶. İstisnaya gerekçe oluşturabilecek başka bir neden, uyarma ve kınama cezalarına karşı dava yolunun kapatılarak mahkemelerin iş yükünün azaltılması şeklinde bir kamu yararı düşüncesi olabilir¹⁶⁷.

2.1.3.4.2. Düzenleniş şekli

Yukarıda da belirttiğimiz gibi yargı yolu güvencesine disiplin cezaları yönünden iki tür istisna getirilmiştir:

2.1.3.4.2.1. TSK mensuplarına verilen disiplin cezalarında

Anayasa'nın 129. maddesinin 4. fıkrasındaki düzenlemeyle, TSK mensupları hakkında verilebilecek tüm disiplin cezalarının yargı denetimi dışında bırakılabilmesine imkân sağlanmıştır. Yasama organı da, bu konudaki takdir yetkisini yargı yolunu kapatma yönünde kullanmış ve 1602 SK'nın 21. maddesiyle, TSK mensupları hakkında disiplin amirlerince verilen tüm cezalar yargı denetimi dışına çıkarılmıştır. Bu düzenlemeler, hukuk devleti ilkesiyle bağdaşmamaktadır. Zira bu tür kısıtlamalar, hem hukuka olan güveni zedelemekte; hem de idareyi keyfî, hukuk dışı davranmaya teşvik etmektedir¹⁶⁸.

Acaba disiplin amirleri tarafından TSK'da çalışan Devlet memurlarına 657 SK'ya göre verilen uyarı ve kınama dışındaki cezalar 1602 SK'nın 21. maddesi kapsamında yargı denetimi dışında bırakılabilir mi? 1602 SK'nın 21. maddesindeki düzenleme şekli itibarıyla TSK'da çalışan Devlet memurlarına disiplin amirleri tarafından verilen tüm disiplin cezalarının yargı denetimi dışında bırakıldığı söylenebilir. Ancak soruya olumsuz cevap vermek gerekir. Çünkü

¹⁶⁶ YILDIRIM, age, s.213-214.

¹⁶⁷ SAĞLAM, agt, s.146.

¹⁶⁸ AKYILMAZ, s.85.

Anayasa'nın 129. maddesinde disiplin cezalarının yargı denetimi dışında bırakılamayacağı kuraldır. TSK mensupları hakkında verilen cezaların yargı denetimi dışında bırakılabilmesi ise istisnadır. Hukukta, istisnalar dar yorumlanırlar. Anayasa'nın 129. maddesinin 4. fıkrasındaki istisnaya, askeri hizmet ve disiplinin özelliği ve önemi göz önüne alınarak yer verildiği söylenebilir. Birinci Bölümde açıkladığımız üzere TSK'da çalışan Devlet memurları, istisnai olarak ast-üst ilişkilerinde AsCK ve 477 SK'ya tabidirler. Dolayısıyla istisnai durumlarda AsCK ve 477 SK'ya göre verilen disiplin cezalarının yargı denetimi dışında bırakıldığını kabul etmek gerekir. Nitekim AYİM, TSK'da çalışan Devlet memurlarına 657 SK'ya göre verilen uyarı ve kınama dışındaki cezaların denetimini yapmaktadır¹⁶⁹.

2.1.3.4.2.2. Uyarı ve kınama cezalarında

Anayasa'nın 129. maddesinin 3. fıkrasında, “*uyarma ve kınama cezalarıyla ilgili olanlar hariç*” ibaresiyle uyarma ve kınama cezalarının yargı denetiminin dışında bırakılıp bırakılmayacağı hususu kanun koyucunun takdirine bırakılmıştır. Demokratik bir hukuk devletinin yasama organından, Anayasa'nın kendisine tanıdığı takdir yetkisini, kişilerin hak ve özgürlüklerini genişletici biçimde kullanması beklenirdi¹⁷⁰. Ancak kanun koyucu uygulamada bu takdir yetkisini tüm kamu görevlileri yönünden eşit şekilde kullanmamış, örneğin, 657 SK'ya tâbi olanlar için uyarma ve kınama cezalarına karşı yargı denetimini kapatmış, buna karşılık başka kanunlara tâbi olarak görev yapan bazı kamu görevlileri için yasaklama getirmemiştir¹⁷¹.

¹⁶⁹ “1602 SK'nın 21/son maddesindeki hükümden maksat, gerçekten ve her bakımdan askeri disiplin suç ve tecavüzlerinden ötürü verilen cezaların yargı denetimine mani olmaktır. Dolayısıyla metnin lafzından hareketle, bu kısıntıyı idarenin işlemin kılığını değiştirmesine cevaz verecek şekilde Devlet memurluğuna ilişkin disiplin bozucu fiillerden ötürü verilen cezalara şamil etmek mümkün değildir. Aksinin kabulü, idarenin bu suretle denetimden kaçınmasını meşru saymak anlamına gelir. Bu açıklamalar karşısında, TSK'da görevli Devlet memurları hakkında ikili bir disiplin hukuku rejiminin öngörüldüğü; 1602 SK'nın 21/son maddesindeki denetim kısıntısının, AsCK'nın 165. maddesinde sayılan sadece amire saygısızlık ve emre itaatsizlik suçlarından dolayı AsCK'da öngörülen usullere göre verilen disiplin cezalarını kapsadığı, diğer disiplini bozucu eylemlerden dolayı verilen disiplin cezalarında ise, 657 SK'nın 136/4. maddesine göre uyarma ve kınama hariç, diğer cezalara karşı yargı yolunun açık olduğu sonuç ve kanaatine varılmıştır” (AYİM, 2.D. 13.4.2006, E.2004/1483, K.2006/660, AYİMD, S.22, 2007, s.446-456).

¹⁷⁰ YILDIRIM, Disiplin, s.212.

¹⁷¹ “Davacının görev yapmakta olduğu TRT, kendi özel kuruluş yasası olan bir kurum olması sebebiyle, davacının, 657 SK'ya tabi olmayıp 2954 SK'ya tâbi olduğu açıktır. 2954 SK'da ise uyarma ve kınama cezalarına karşı idari yargı yoluna başvurma hakkını engelleyen her hangi bir kurala yer verilmemiştir. Bu durumda, idare mahkemesince dava konusu disiplin cezasının incelenmesi ve esası hakkında bir karar verilmesi gerekmektedir” (D8D, 24.12.1998, E.1997/1959, K.1998/4563, DBİM); Danıştay, SSK personelinin tabi olduğu 4792 SK'da aksine bir kurala yer verilmemiş olması sebebiyle bu personele ilişkin uyarma ve kınama cezalarının da yargı denetimine tabi olduğuna karar vermiştir (D8D, 18.12.1997, E.1535, K.4048, DBİM).

Temel personel kanunu niteliği taşıyan 657 SK'nın "itiraz" başlıklı 135. maddesinde; "(1)Disiplin amirleri tarafından verilen uyarma ve kınama cezalarına karşı itiraz, varsa bir üst disiplin amirine yoksa disiplin kurullarına yapılabilir.(2)Aylıktan kesme, kademe ilerlemesinin durdurulması ve Devlet memurluğundan çıkarma cezalarına karşı idari yargı yoluna başvurulabilir" hükmü öngörülmüş, "İtiraz süresi ve yapılacak işlem" başlıklı 136. maddesinin 4. fıkrasında da; "İtiraz edilmeyen kararlar ile itiraz üzerine verilen kararlar kesin olup, bu kararlar aleyhine idari yargı yoluna başvurulamaz" hükmüne yer verilmiştir.

Danıştay kararlarında¹⁷² ve doktrinde¹⁷³, uyarma ve kınama cezalarına karşı yargı yolunu 657 SK'nın 135. maddesinin kapattığı öne sürülmektedir. Ancak, uyarma ve kınama cezalarına karşı yargı yolunu kapatan hüküm 657 SK'nın 135. maddesi değil, 136. maddesinin 4. fıkrasıdır¹⁷⁴. Zira 135. maddede uyarma ve kınama cezalarına karşı sadece itiraz yolunun öngörülmüş olması, onlara karşı yargı yolunun kapatıldığı anlamında yorumlanamaz.

Uyarma ve kınama cezalarının yargı denetiminin dışında tutulması keyfî uygulamalara yol açmaktadır. Örneğin disiplin amiri bir memuru cezalandırmak istediğinde, başka bir ceza verdiği takdirde bu ceza yargı denetimine tâbi olacağı ve hukuka aykırı ise iptal edileceğinden hukuki olmayan bir nedene dayanarak uyarma veya kınama cezası verebilmektedir¹⁷⁵.

Anayasa'nın 129. maddesinde disiplin cezalarına karşı yargı denetimine getirilen istisnalara dayalı kanuni düzenlemeler, bazı kamu görevlileri yönünden hak arama ve savunma haklarını¹⁷⁶ ortadan kaldırarak memur güvenliğini zayıflatmış¹⁷⁷ ve uygulamada eşitliğe aykırı sonuçlar¹⁷⁸ ortaya çıkmasına neden olmuştur¹⁷⁹.

¹⁷² "Nitekim 657 SK'nın 135. maddesi hükmü ile uyarma ve kınama cezalarına karşı idari yargı yoluna başvurma imkânı ortadan kaldırılmıştır" (D10D, 22.1.1987, E.1986/1906, K.1997/55, DD, S.68-69, s.691).

¹⁷³ MEMİŞ, Halil; "657 sayılı Kanunda Yer Alan Disiplin Suçlarına İtiraz, Yargı Denetimi ve Bir Öneri", YYDD, C.4, S.1, Ocak 1999, (Öneri), s.23.

¹⁷⁴ SAĞLAM, agt, s.148, Yazar, İstanbul 6. İdare Mahkemesinin kınama cezasına karşı açılmış bir davada bu cezaya karşı yargı yolunun kapatılmasını Anayasa'ya aykırı görüp yargı yolu engelini kaldırabilmek için 657 SK'nın 135. maddesinin 1. fıkrasının iptali istemiyle Anayasa Mahkemesi'ne yaptığı başvurunun uyarma ve kınama cezalarına karşı yargı yolunu kapatan kuralın iptali istenilen 135/1. madde değil, 136/4. madde olduğu, bu nedenle 135/1. maddenin davada uygulanacak kural olmadığı gerekçesiyle yetkisizlikle reddedildiğini (AyMK, 14.1.2000, E.81, K.51), bu kararın RG ve AYMKD'de yayınlanmadığını belirtmiştir.

¹⁷⁵ YILDIRIM, age, s.214.

¹⁷⁶ Burada ortadan kaldırıldığı belirtilen savunma hakkı Anayasa'nın 36. maddesinde düzenlenen ve yargı mercileri önünde kullanılan savunma hakkıdır. Disiplin cezası verilmesi aşamasındaki savunma hakkı, Anayasa'nın 129/2. maddesi uyarınca uyarma ve kınama cezalarında da bulunmaktadır.

¹⁷⁷ Örneğin yargı denetimi dışı olan disiplin cezalarına dayalı olarak bir subayın TSK'dan disiplinsizlik nedeniyle atılabilmesi gibi.

¹⁷⁸ Örneğin TSK'da çalışan iki Devlet memurunun aynı fiili işlemleri halinde, birine disiplin amirince AsCK'ya göre aylık kesilmesi cezası verilmesi durumunda yargı denetimi yapılamazken, diğerine disiplin amirince 657 SK'ya göre aynı cezanın verilmesi durumunda yargı denetimi yapılabilmektedir.

¹⁷⁹ SAĞLAM, agt, s.150.

2.1.3.4.3. Yüksek yargı organlarının tutumu

Yasama organının, Anayasa'nın 129. maddesinde öngörülen istisnalarla ilgili düzenleme yaparken tüm kamu personeli için yeknesak bir uygulama yapmamasının ve bazı disiplin cezalarına karşı yargı yolunun kapatılmasının hukuk devleti ilkesiyle çatışmasının ortaya çıkardığı rahatsızlık, yüksek yargı organlarını disiplin cezalarında yargı denetimi yasağını çeşitli içtihatlarla yumuşatmaları sonucunu doğurmuştur. Şimdi AYİM ve Danıştay'ın istisna ile ilgili tutumlarını ayrı ayrı inceleyelim.

2.1.3.4.3.1. AYİM'in bakış açısı

Anayasa'nın 129/4. maddesi doğrultusunda düzenlenen 1602 SK'nın 21/3. maddesi uyarınca TSK mensuplarına disiplin amirince verilen disiplin cezaları yargı denetimi dışındadır. Bu nedenle AYİM, doğrudan yetkili disiplin amiri tarafından ve yetkisi dâhilinde usulüne uygun olarak verilen disiplin cezasına karşı açılan davalarda “*inceleme kabiliyeti bulunmadığı*” gerekçesiyle reddetmektedir¹⁸⁰. Ancak AYİM tarafından, disiplin cezaları ister bir başka idari işlemin “*hukuki sebebi*” olsun, isterse tek başına bir idari işlem durumunda olsun, bu tür disiplin cezalarının “*yok hükmünde*” olup olmadığının belirlenmesi ile sınırlı olarak yargı denetimi yapılmaktadır¹⁸¹.

Yokluk, bir idari işleminde iki durumda ortaya çıkabilir. İlk olarak mevcut olduğu düşünülen idari işlemin madden var olmaması, fiziki âlemde bulunmama şeklinde açıklanabilecek “*maddi, fiili yokluk*” durumu söz konusu olabilir¹⁸². İkincisi ise, idari işlemin hukuki açıdan “*ağır ve apaçık hukuki sakatlık (yokluk)*” durumudur.

¹⁸⁰ Bkz. AYİM 2.D.18.11.1992, E.739, K.886, AYİMD, S.8, 1994, s.738.

¹⁸¹ “Disiplin amirlerince verilen disiplin cezaları yok hükmünde ise; bu disiplin cezaları esas alınarak ilgilinin okuldan çıkarılması yolunda tesis edilen işlemin iptali istemi ile açılan davada yok hükmündeki disiplin cezasına veya cezanın yok hükmünde olan kısmına tekabül eden ve idarece kırılmış olan disiplin notunun aslında kırılmamış olduğu kabul edilecek ve okuldan çıkarılma işleminin denetimi bu şekilde yapılacaktır. Görüldüğü üzere mahkemece yapılan denetim okuldan çıkarılma işleminin denetimidir. Bu denetim yapılırken okuldan çıkarılma işleminin sıkı sıkıya disiplin cezası ile alakalı olduğu görüldüğünden disiplin cezaları ile de ilgilenilmektedir. Ancak bu ilgi disiplin cezasının yerindeliliğinin takdiri veya disiplin cezasını yetki, sebep, şekil, konu, maksat yönlerinden hukuka uygunluğunun araştırılması biçimindeki bir ilgi değildir. Mahkeme disiplin cezasının bir idari işlem olarak bu sayılan hususlardan biri bakımından sakat olduğunu görse bile 1602 SK'nın 21. maddesi son fıkrası karşısında bu sakat disiplin cezalarına tekabül eden disiplin notlarını geçersiz sayamayacaktır. Oysa yok hükmündeki disiplin cezaları için aynı şeyi söylemek mümkün değildir. Zira işlemin kendisi esasen yok ise, bu işlemin başka bir sahada hukuki bir sonuç doğurması da söz konusu olamaz” (AYİM, 2.D.10.2.1985, E.1985/113, K.1985/168, AYİMD, S.7, 1993, s.329-332); “Mahkememizin askeri öğrencilerle ilgili kararlarında, disiplin cezası ilgilinin hiç savunması alınmamış ve o kişi disiplin cezasından haberdar edilmemişse, ceza yetkisiz amir veya kurullarca verilmişse ceza yok hükmünde kabul edilmektedir. İlgilinin savunması alınmışsa ve verilen ceza kendisine tebliğ edilmişse ceza yetkili amir tarafından mevzuatın tanıdığı yetki sınırları içinde kalınarak verilmişse sadece o ceza sebebiyle kırılan disiplin notunun mevzuata uygun biçimde kırılıp kırılmadığına bakılmakla yetinilmekte, denetim bununla sınırlı kalmaktadır” (AYİM, 2.D.24.11.1993, E.102, K.503, AYİMD, S.8, 1994, s.331-334).

¹⁸² “Davacının izinli olduğu dönemde suç işlemiş ve cezalandırılmış gibi belge düzenlenmesi karşısında gerçeği yansıtmayan bu cezaya dayalı işlem hukuka aykırıdır” (AYİM, 1.D.12.9.1995, E.1155, K.842,

AYİM'e göre, disiplin cezası verilmesi işleminde; savunmanın alınmaması¹⁸³, yetkisiz amirin ceza vermesi¹⁸⁴, zamanaşımı süresinden sonra ceza verilmesi¹⁸⁵, amirin ceza yetkisini aşması¹⁸⁶ gibi durumlar kanuna açık ve net aykırılık teşkil edeceğinden, bu hallerde verilen disiplin cezasının "yok hükmünde" sayılması gerekmektedir.

Birinci Bölümde açıkladığımız üzere, TSK'da çalışan Devlet memurlarının AsCK ve 477 SK'ya tabi olmaları amirleriyle aralarındaki hizmet ilişkisinden kaynaklanan suçlarla (emre itaatsizlik ve üste saygısızlık) sınırlıdır. Dolayısıyla söz konusu suçlardan dolayı disiplin amirleri tarafından AsCK'ya göre verilen cezalar 1602 SK'nın 21/3. maddesi uyarınca yargı denetimi dışındadır¹⁸⁷. AYİM, TSK'da çalışan Devlet memurlarına 657 SK'ya göre verilen uyarma ve kınama dışındaki cezalarda denetim yapmaktadır¹⁸⁸.

AYİMD, S.10, 1996, s.397-399); "Ceza alan subay/astsubay bildirim çizelgesi dışında disiplin cezası verildiğine dair başkaca hiçbir kaydın bulunmaması durumunda maddi yokluk söz konusu olduğundan, davacının ceza kaydında bulunan göz hapsi disiplin cezasının yok hükmünde olduğuna karar verilmesi gerekir" (AYİM, 3.D.12.10.2006, E.155, K.1139, AYİMD, S.22, 2007, s.847-849).

¹⁸³ "Savunma alınması disiplin cezası verebilmenin asli ve vazgeçilmez şartıdır. Bu şart yerine getirilmeden verilen disiplin cezaları yok hükmündedir" (AYİM, 2.D.10.2.1985, E.1985/113, K.1985/168, AYİMD, S.7, 1993, s.329-332); "Dava konusu 'uyarı' disiplin cezası savunma hakkı tanınmaksızın davacı hakkında tesis edildiğinden şekil unsuru yönünden ağır ve apaçık hukuka aykırı olduğu ve yok hükmünde sayılmasının gerektiği sonucuna ulaşılmıştır" (AYİM, DrI.Krl. 22.12.2006, E.91, K.170, AYİMD, S.22, 2007, s.837-846).

¹⁸⁴ "Askeri Liseler Yönetmeliği ve Orta Dereceli Deniz Okulları Disiplin Yönergesinde, ceza vermeğe yetkili amirler arasında sayılmayan sınıf amirinin verdiği cezalar yok hükmünde olduğundan" (AYİM, 2.D.25.10.1995, E.763, K.736, AYİMD, S.10, 1996, s.492-496).

¹⁸⁵ "AsCK'nın 179. maddesine göre, disiplin tecavüzlerine bir ay sonra ceza verilemeyeceğinden 4.12.1993 günü işlediği iddia edilen izinden geç dönmek suçundan dolayı 13.4.1994 tarihinde verilen 2 gün izinsizlik cezası yok hükmündedir" (AYİM, 2.D.3.5.1995, E.1629, K.337, AYİMD, S.10, 1996, s.489-491).

¹⁸⁶ "Öğrenci bölüm komutanının cezalandırma yetkisini aşarak verdiği cezalar nedeniyle yapılan okuldan çıkarılma işlemi hukuka aykırıdır" (AYİM, 2.D. 3.5.1995, E.1629, K.337, AYİMD, S.10, 1996, s.489-491).

¹⁸⁷ "Davacı sivil memura emre itaatsizlik disiplin suçundan dolayı AsCK hükümlerine göre verilen 1/8 maaş katı cezasının Anayasa'nın 129/4 ve AYİMK'nın 21/ son maddeleri uyarınca inceleme kabiliyeti yoktur" (AYİM, 3.D, 16.6.2004, E.143, K.1001, AYİMD, S.20, 2005, s.546-549); "Davacı sivil memurun amiri tarafından 'emre itaatsizlik' suçundan dolayı AsCK'nın 171. maddesine bağlı Ek-1 cetveline göre verilen aylıktan kesme disiplin cezasına karşı yargı yolu kapalı olduğundan iptali istemiyle açılan davanın inceleme kabiliyeti bulunmamaktadır" (AYİM, 3.D.29.3.2007, E.325, K.512, AYİMD, S.23, 2008, s.876-881).

¹⁸⁸ "TSK'da çalışan Devlet memurları, amirlerine karşı her türlü itaatsizlikleri ve saygısızlıkları yönünden özel kanun olan AsCK ile 477 SK'ya tabidirler. AsCK'nın 3/2 ve 165. maddeleri uyarınca TSK'da çalışan Devlet memurları, disiplin suçları bakımından genel olarak 657 SK'daki düzenlemelere, istisnaen emre itaatsizlik ve saygısızlık fiilleriyle sınırlı olarak AsCK ve 477 SK'ya tâbidirler. Ancak, bu yükümlülük Kanunun açık hükmü uyarınca salt emre itaatsizlik veya saygısızlık suçlarına ilişkin olup nitelik ve nicelik itibarıyla bunların dışında kalan halleri kapsamamaktadır. Dolayısıyla TSK'da çalışan Devlet memurlarının İçHizK'nın 14. maddesinin son fıkrasındaki 'itaat hissini tehdit eden her türlü tezahürler, sözler, yazılar ve fiil ve hareketler cezai müeyyidelerle men olurlar' hükmünden hareketle, emre itaatsizlik ve saygısızlık suçu seviyesine varmayan basit hallerin, disiplin tecavüzü kabul edilerek AsCK'na göre cezalandırılması gerektiği düşünülebilir ise de, AsCK'da 2000 yılında yapılan sınırlayıcı düzenlemelerden sonra burada öngörülen astlık görevinden dolayı yaptırımı AsCK'da değil, 'Disiplin bozucu eylemleri hakkında ilgili Kanun hükümleri uygulanır' hükmü karşısında, 657 SK'da ve buna bağlı mevzuatta aramak gerekir. 1602 SK'nın 21/son maddesindeki hükümden maksat, gerçekten ve her bakımdan askeri disiplin suç ve tecavüzlerinden ötürü verilen cezaların yargı denetimine mani olmaktır. Dolayısıyla metnin lafzından hareketle, bu kısıntıyı idarenin işlemin kılığını değiştirmesine cevaz verecek şekilde devlet memurluğuna ilişkin disiplin bozucu fiillerden ötürü verilen cezalara şamil etmek mümkün değildir. Aksinin kabulü, idarenin bu suretle denetimden kaçınmasını meşru saymak anlamına gelir. Bu açıklamalar karşısında, TSK'da görevli devlet memurları hakkında ikili bir disiplin hukuku rejiminin öngörüldüğü; 1602 SK'nın 21/son maddesindeki denetim kısıntısının, AsCK'nın 165. maddesinde sayılan sadece amire saygısızlık ve emre itaatsizlik suçlarından dolayı

AYİM disiplin amirlerinin hangi kanuna göre ceza verdiğiyle kendisini bağlı görmemekte, Devlet memurlarının AsCK ve 477 SK kapsamında cezalandırılmayacakları suçlardan dolayı disiplin amirleri tarafından AsCK'ya göre ceza verilmesi durumunda da, verilen cezayı yargı denetimi dışında görmemektedir¹⁸⁹.

Acaba TSK'da çalışan Devlet memurlarının hizmet sırasında askeri amirleriyle ilişkilerinde ortaya çıkan disiplin suçları hem 657 SK ve hem de 477 SK'da düzenlenen disiplin suçunu oluşturduğunda, cezanın hangi kanuna göre verildiği yargı denetimini etkileyecek midir? Bu durumlarda öncelikle özel kanun niteliğinde olan AsCK veya 477 SK hükümlerine göre ceza verilmesi gerekir¹⁹⁰. Dolayısıyla yargı denetimi dışı olması gerekmektedir. Ancak AYİM, TSK'da çalışan Devlet memurlarının 477 SK'da düzenlenen disiplin suçlarını oluşturan fiilleriyle ilgili 657 SK'nın 125. maddesi uyarınca yapılan cezalandırılma işlemlerini de denetlemektedir¹⁹¹. Kanaatimce AYİM'in bu yöndeki kararları verilen cezanın yargı denetimine

AsCK'da öngörülen usullere göre verilen disiplin cezalarını kapsadığı, diğer disiplini bozucu eylemlerden dolayı verilen disiplin cezalarında ise, 657 SK'nın 136/4. maddesine göre uyarma ve kınama hariç, diğer cezalara karşı yargı yolunun açık olduğu sonuç ve kanaatine varılmıştır" (AYİM, 2.D. 13.4.2006, E.2004/1483, K.2006/660, AYİMD, S.22, 2007, s.446-456); "Savunması alınmak suretiyle aylıktan kesme cezası verilen davacının, söz konusu disiplin suçunu işlediğine ilişkin hiç bir kanıt gösterilmediğinden; verilen aylıktan kesme cezası sebep unsuru yönünden hukuka aykırı düşmüştür" (AYİM, 2.D.21.6.1995, E.1370, K.550, AYİMD, S.10, 1996, s.536-538).

¹⁸⁹ "Sivil memur olarak görev yapan davacının daha önce birkaç kez cezalandırıldığı halde mesaiye geç geldiği, bu eyleminin amiri tarafından defalarca ikaz edilmesine rağmen ısrarla aynı yönde hareket etmesi sebebiyle askeri disiplin ve terbiyeyi önemli derecede ihlale yönelik tutum ve davranış niteliğinde kabul edilerek, AsCK'nın 162 ve 165. maddeleri uyarınca maaş katı cezası ile cezalandırılmasına karar verildiği, davacının bu karara yönelik itirazının reddedilmesi üzerine işbu davanın açıldığı anlaşılmıştır. Öncelikle davacının eyleminin hangi Kanuna göre cezalandırılması gerektiği hususunun aydınlığa kavuşturulması gerekmektedir. AsCK'nın 165. maddesi uyarınca TSK'da görevli Devlet memurlarına, sadece amire saygısızlık ve emre itaatsizlik suçlarından dolayı disiplin cezası verilebilir. Disiplini bozucu diğer eylemleri hakkında ilgili kanun hükümleri uygulanır. Bu düzenlemeye göre sadece amire saygısızlık ve emre itaatsizlik suçlarından dolayı AsCK'na göre ceza verilecek, diğer suçlardan dolayı 657 SK'ya göre ceza verilecektir. Dava konusu olayda davacıya isnat edilen suç; mesaiye geç gelmek suçudur. Bu suçun cezası 657 SK'nın 125. maddesinin 1. fıkrasının (A) bendinde düzenlenmiştir. Davacıya bu eyleminden dolayı uygulanması gereken Kanun AsCK değil 657 SK'dur. Bu nedenle davacıya verilen cezanın 657 SK'ya göre irdelenmesi ve denetlenmesi gerekmektedir" (AYİM, 2.D.12.12.2007, E.443, K.1043, AYİMD, S.23, 2008, s.492-496).

¹⁹⁰ Danıştay, disiplin cezalarında özel düzenlemelerin genel düzenlemelerden önce geleceği, özel kanunda ilgilinin işlediği disiplin suçu hakkında bir düzenleme bulunmasına rağmen, 657 SK hükmünün uygulanması suretiyle tesis edilen işlemin yerinde olmadığına karar vermiştir (D10D, 8.10.1986, E.85/51, K.86/1742, KUTLU, agm, s.77).

¹⁹¹ "Hukuka uygunluk denetimine geçmeden önce ön koşul olarak davacıya verilen 1/30 aylıktan kesme cezasının, disiplin amirince hangi mevzuata göre verildiğinin tespiti gerekmektedir. TSK kadrolarında 657 SK'ya göre çalışan sivil memurların işlemiş oldukları disiplin tecavüz ve kabahatlerinden dolayı yetkili disiplin amirlerince AsCK'nın 162 ve 171. maddeleri uyarınca disiplin cezası verilebileceği gibi, fiili 657 SK'nın 125. maddesinde disiplin cezasını gerektiren fiillerden olması halinde disiplin amirlerince bu maddeye göre de disiplin cezaları verilebilmektedir. Davacının amirine karşı görev sırasında söz, hal ve hareket ile saygısızlık ettiği iddia olunmaktadır. Davacının bu davranışı ya disiplin amiri tarafından disiplin tecavüzü veya disiplin kabahati olarak değerlendirilerek AsCK'nın 162 ve 171. maddelerine göre cezalandırılacak veya bu saygısızlık fiili 657 SK'nın 125. maddesinde yazılı disiplin cezasını gerektiren fiil olarak değerlendirilerek 657 SK ve bu kanuna istinaden çıkarılan yönetmeliğe uygun olarak cezalandırılma yapılacaktır. Bu ayırım çok önemlidir. Zira disiplin cezası AsCK'na göre verilmiş ise verilen ceza 1602 SK'nın 21/3. maddesi uyarınca yargı denetimi dışındadır. Disiplin amirlerinin 657 SK uyarınca verdikleri cezalar ise yargı denetimine tabidir" (AYİM, 2.D.15.11.1995, E.341, K.820, AYİMD, S.10, 1996, s.539-542); "Davacının söylediği sözler, amire sözle saygısızlık olarak nitelendirilmiş, 657 SK'nın 125. maddesi uyarınca verilen aylıktan kesme

tâbi kılınması yönüyle hukuk devleti ilkesine uygun bir uygulama ise de, özel kanun – genel kanun ayırımına aykırı olması ve verilen cezanın yargı denetimine tâbi olup olmamasının disiplin amirinin takdirine bağlı olması yönleriyle hatalıdır.

AYİM, 1602 SK’nın 21/3. maddesindeki yargı denetim yasağının sadece disiplin amirlerince verilen cezalarla sınırlı olduğunu belirterek, disiplin kurullarınca verilen disiplin cezalarının yargı denetimi dışında olmadığına karar vermiştir¹⁹².

Askeri hâkime MSB tarafından verilen disiplin cezasına karşı açılan bir davada, AYİM (Drl.Krl.6.6.2002, E.643, K.229) davacı hâkim subay hakkında MSB tarafından disiplin soruşturması yapılmasına ve disiplin cezası verilmesine ilişkin 357 SK’nın 23–29. maddelerinin Anayasa’nın 138 ve müteakip maddelerinde belirtilen “*yargı bağımsızlığı*” ve “*yargıç güvencesi*” ilkelerine aykırı olduğu iddiasıyla Anayasanın 152. maddesi uyarınca Anayasa Mahkemesi’nin bu konuda vereceği karara kadar davanın geri bırakılmasına karar vermiştir. Anayasa Mahkemesi ilk inceleme aşamasında¹⁹³; 1602 SK’nın 20. maddesinde AYİM’in görevlerinin iptal ve tam yargı davaları olarak belirlenmiş olduğu, “*tespit davası*” ya da “*işlemin yokluğunun tespiti davası*” şeklinde bir dava türüne söz konusu maddede yer verilmediği, idari yargı yerlerinin dava konusu bir idari işlemin yoklukla malul olup olmadığını denetleyebilmeleri ve sonuçta unsurlarından her hangi birindeki açık ve ağır sakatlık nedeniyle yokluğuna karar verebilmeleri için öncelikle sözü edilen işlemin idari yargının denetimine tâbi olmasının gerektiği, dava konusu olayın davacıya kınama cezası verilmesine ilişkin idari işlem olduğu, ancak 357 SK’nın 29. maddesinde kesin olduğu belirtilen kınama cezasının 1602 SK’nın 21. maddesinde yer alan “... *disiplin suç ve tecavüzlerinden ötürü disiplin amirlerince verilen cezalar yargı denetimi dışındadır*” hükmü karşısında yargı denetimine tâbi tutulamayacağının açık olduğu, bu engelin “*işlemin yokluğunun tespiti*” yoluna başvurularak aşılmasının mümkün olmadığı gerekçesiyle AYİM’in elinde görev ve yetkisi içinde ve usulüne

cezasının tüm unsurları itibarıyla hukuku uygun olduğu sonucuna varılmıştır” (AYİM, 2.D.13.7.1994, E.850, K.1450, AYİMD, S.9, 1995, s.313-316).

¹⁹² “1602 SK’nın 21. maddesinin son fıkrasındaki ‘disiplin suç ve tecavüzlerinden ötürü disiplin amirlerince verilen cezalar yargı denetimi dışındadır’ hükmü ile getirilen yasak, 477 SK’da tahdidi olarak belirlenmiş disiplin suçları ile AsCK’da tarif edilen ve yine bu Kanuna göre müeyyidesi getirilen disiplin tecavüzlerinden dolayı bu Kanunlara dayanılarak verilen veya suç kavramı bu Kanuna göre tespit edilen ancak takip edilecek usul farklı bir kanunla belirlenen ve disiplin amirlerince verilen cezalara ilişkindir. 1602 SK’nın 28. maddesine dayanılarak Disiplin Kurulunca verilmiş bir ceza söz konusudur. Dava konusu ceza, 477 SK ve AsCK ile tanım ve müeyyideleri getirilmiş bir disiplin suç veya tecavüzü olmadığı gibi, disiplin amirince verilmiş bir disiplin cezası da değildir. AYİM Yüksek Disiplin Kurulunca verilen ve itiraz üzerine Genel Kurulca incelenerek onanan bir karar disiplin amirlerince verilen bir disiplin cezası mahiyetinde olmaması sebebiyle 1602 SK’nın 21. maddesinin son fıkrası ile getirilen yargı yasağı kapsamı dışında olduğundan yargısal denetime tâbi tutulabilir” (AYİM, Drl.Krl. 16.1.2004, S.2003/56, K.2004/19, AYİMD, S.19, 2004, s.872-902).

¹⁹³ Ay.Mah.17.09.2002, E.127, K.72, <http://www.anayasa.gov.tr/eskisite/KARARLAR/IPTALITIRAZ/K2002/K2002-72.HTM>, 19.01.2009.

uygun olarak açılmış bir dava bulunmadığından itiraz başvurusunun reddine karar vermiştir¹⁹⁴. Anayasa Mahkemesi'nin disiplin cezalarının denetimi konusunda gelinen aşamayı geriye götürebilecek bu bakış açısının kabul edilmesinin mümkün olmadığı açıktır. Nitekim AYİM, bu karara rağmen disiplin cezalarını “yokluk” yönünden denetlemeye devam etmektedir. AYİM bu uygulamasıyla, “Hukuk Devleti” ve “Hak arama özgürlüğü” ilkelerinin hayata geçirilmesi bakımından, Anayasa Mahkemesi'nden bir adım daha öndedir¹⁹⁵.

AsCK'da düzenlenen disiplin cezaları arasında TSK'dan çıkarma cezası bulunmamaktadır. TSK personelinin disiplin cezaları neticesinde veya doğrudan disiplinsizlikleri nedeniyle sicil yoluyla TSK'dan çıkarılmaları mümkündür. Bu durumda TSK'dan ayırma işlemi, 1602 SK'nın 21/3. maddesinde yargı denetimi dışı bırakılan durumlara girmemektedir. Uygulamada, bazı disiplinsizliklerden dolayı TSK'dan çıkarma işlemleri YAŞ¹⁹⁶ kararıyla yapılmaktadır. Anayasa'nın 125. maddesinin 2. fıkrasında YAŞ kararlarının yargı denetimi dışında olduğu belirtilmiştir. Dolayısıyla disiplinsizlik nedeniyle ayırma işlemi YAŞ kararıyla yapılarak yargı denetimi dışına çıkarılmaktadır. Hukuk devletinde idarenin her türlü işlemi yargı denetimine tâbi olduğundan, YAŞ kararlarının yargı denetimine kapalı olması hukuk devleti ilkesine aykırılık teşkil etmektedir. AYİM, genel olarak YAŞ kararıyla disiplinsizlik nedeniyle ayırma işlemlerine karşı açılan davaları yargı denetimi dışında görerek inceleme kabiliyeti bulunmadığından davanın reddine karar vermektedir¹⁹⁷. Ancak, örnek bir kararında, YAŞ kararını “yokluk” yönünden denetlemiştir¹⁹⁸.

¹⁹⁴ AYİM, Drl.Krl.12.12.2002, E.229, K.320, AYİMD, s.18, 2003, s.910-913.

¹⁹⁵ AKSOYLU, agm, s.45.

¹⁹⁶ 1612 Sayılı Yüksek Askeri Şuranın Kuruluş ve Görevleri Hakkında Kanunun (RG, 26.07.1972, S.14257) “Görevler” başlıklı 3. maddesinde, kurulun görevleri; “a) Genelkurmay Başkanlığınca hazırlanan askeri stratejik anafıkrin (Konseptin) tespiti ve gerektiğinde yeniden gözden geçirilmesi hususlarında görüş bildirmek; b) Silahlı Kuvvetlerin ana program ve hedefleri ile ilgili konularda görüş bildirmek; c) Silahlı Kuvvetlerle ilgili olup önemli görülen kanun, tüzük ve yönetmelik taslaklarını inceleyip görüş bildirmek; d) Başbakan, Genelkurmay Başkanı veya Milli Savunma Bakanının lüzum gördükleri hallerde Silahlı Kuvvetlerle ilgili diğer konular hakkında görüş bildirmek; e) Diğer kanunlarla verilen görevleri yapmak” olarak belirlenmiştir. Maddenin YAŞ'a sınırları belirli olarak verdiği asli görevin, görüş bildirmek, danışma ve istişare işlevi olduğu görülmektedir.

¹⁹⁷ AYİM, 1.D. 20.3.2001, E.343, K.401, AYİMD, S.16, 2001, s.695-697; AYİM, 1.D.5.11.2002, E.1643, K.1506, AYİMD, S.18, 2003, s.920-925.

¹⁹⁸ AYİM, YAŞ'ın görüş bildirme ve savunma ile ilgili kararlarının yargı denetiminin mümkün olmadığını, ancak kişileri etkileyen kararlarının hukuki denetiminin farklılık gösterdiğini, insanların ve oluşturdukları kurulların tümüyle hatadan masun olmadıkları gerçeği karşısında YAŞ kararlarının da hukuka uygunluk yönünden denetiminin fiili bir zorunluluk olduğunu, zira kimi eksik değerlendirme ve bilgilendirmeden kaynaklı olarak alınan kararlarına bazı hataların yansiyabileceğini, yargı denetimi yasağından söz etmek için öncelikle usul ve esasa ilişkin tüm unsurları bulunan bir işlemin (kararın) olması gerektiğini, bu kapsamda YAŞ kararlarının yargı denetimi dışında olması için; 1612 SK'nın 2. maddesinde öngörülen şekilde oluşmuş bir kurul kararı ve ayrıca bu Kanunun 3. maddesinin (e) bendi uyarınca YAŞ'ın görevli ve yetkili olduğu bir alanda verilmiş bir kararın olması gerektiğini, bu iki koşulun birlikte bulunmadığı durumlarda YAŞ kararının varlığından söz edilemeyeceğini, örneğin kuruluş Kanununa uygun bir oluşum ve yöntemle alınmış olsa bile TSK personelinin birisi hakkında verilen boşanma kararının YAŞ kararı olarak kabulüne hukuken imkân olmadığını, bu durumda hukuki sonuçlar doğuran bir işlemin olmadığını, bu hukuki durumun tespitinin de bir denetim olmadığını, işlemin yargı yasağı kapsamında bir YAŞ kararı niteliğinde olmadığını yargı yerinde belirlenmesi olduğunu, bu tespit işleminin denetim yasağının kapsamı dışında olduğunu belirtmiş, akıl

Asta hatalarını göstermek veya bunları tenkit ve muaheze etmek disiplin cezası sayılmaz (AsCK m.166/A). Dolayısıyla amirin astının hatasını gösteren, eleştiren ve muaheze eden işlemleri ile basit uyarı/ikaz yazıları disiplin cezası mahiyetinde olmayıp iç düzen işlemidir¹⁹⁹. Ancak “uyarı”, “ikaz”, “gizli tebligat” veya başka bir isim taşıyan yazıların özlük dosyasına konularak ve sıralı komutanlıklara gönderilerek kişi hakkında tesis edilecek tayin, atama, sicil gibi işlemlerde göz önüne alınması ve hakkında sonuç doğurması mümkündür. Bu durumda söz konusu yazı iç düzen işlemi dışına çıkarak idari davaya konu olabilir. Nitekim AYİM, şekil kurallarına uymamak suretiyle ceza olduğu belirtilmeden başka isim altında yapılan işlemlerin sonuçları itibariyle disiplin cezası olduğuna karar verdiğinde bunlar hakkında da yokluk denetimi yapmaktadır²⁰⁰.

hastalığı nedeniyle hakkında “TSK’da görev yapamaz” kararlı sağlık raporu kesinleşen kişinin asker kişi sıfatı sona erdiğinden daha sonraki bir tarihte YAŞ kararıyla TSK’dan çıkarılma işleminin yok hükmünde olduğunun tespitine karar vermiştir (AYİM, 1.D. 22.1.1998, E.1997/147, K.1998/200, AYİMD, S.12, 1999, s.1132- 1152).

¹⁹⁹ “İdarenin, denetim ve gözetim yükümlülüğü cümlesinden olarak, ajanlarını ikaz ve gerektiğinde cezai işlem yapma yetkisine sahip olduğu, bu kapsamda amirin disiplinin sağlanması ve korunması için zaman zaman personeli tenkit ve muaheze edebileceği veya uyurabileceği izahtan varestedir. Söz konusu işlemler, yazılı veya sözlü olabileceği gibi, konusu veya öznesi itibariyle genel veya özel nitelikte de bulunabilir. Konu idarenin eleştiri ve uyarı işlemleri olduğunda, disiplin soruşturmasını gerektirecek seviyeye ulaşmayan ve kurum düzenini sağlayan idari tedbirler ile basit disiplin yaptırımına konu olan fiiller arasındaki sınırı kesin çizgilerle tayin ve tespiti imkân bulunmadığını belirlemek gerekir. Buna göre, basit ikaz/tenkit işlemlerine; hareketlerinin yanlışlığının belirtilmesi, mevzuat kurallarının hatırlatılması, yaptığı iş ve çalışma yer ve saatinin değiştirilmesi gibi işlemleri örnek gösterebiliriz. Memur ceza gibi algılasa bile bunlar birer disiplin cezası değil, iç düzen işlemidir. Disiplin cezası mahiyetindeki yazılar ise; hizmet gereği değil, sırf cezalandırma kasdıyla yapılan işlemlerdir. Dolayısıyla amirin astının hatasını gösteren, eleştiren ve muaheze eden işlemleri ile basit uyarı/ikaz yazıları disiplin cezası mahiyetinde olmayıp iç düzen işlemidir” (AYİM, 3.D.2.12.2006, E.304, K.1332, AYİMD, S.22, 2007, s.849-856).

²⁰⁰ “Davacının amiri tarafından ‘ikaz yazısı’ ile uyarılması haliyle kendisine ‘uyarı cezası’ verilmesi halleri birbirinden farklıdır. ‘İkaz yazısı’ yazılması halinde ilgili personelin savunmasının alınmasına gerek yoktur. Ancak, davacı bir yazı ile uyarılmış ve bu yazı özlük dosyasına konulduğu gibi üst komutanlıklara da gönderilmiştir. Dolayısıyla böyle bir yazının disiplin cezası olan ‘uyarı cezası’ ile ne mahiyet, ne de sonuçları itibariyle farkı kalmamıştır. Amir tarafından İçHizK’nın 24 ve AsCK’nın 119. maddeleri kapsamında astını sözlü ya da yazılı şekilde uyarması doğaldır. Ne var ki; böyle bir yetkinin kullanılması durumunda özlük dosyasına herhangi bir belge konulmadığı gibi üst makamlara da bir yazı yazılmamaktadır. Davacı hakkındaki ‘ikaz yazısı’ davacının tüm sıralı sicil üst dosyalarına girmek suretiyle ‘ikaz cezası’ mahiyetini aldığı, uyarı cezası ile arasında herhangi bir fark kalmadığı anlaşılmaktadır. 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. AsCK’nın 165. maddesinde öngörülen ‘uyarı cezası’ ile davacıya hitaben yazılan ‘ikaz yazısı’nın herhangi bir nitelik farkı bulunmadığı çok açıkça görülmektedir. Aksi görüşe itibar edilecek olursa yasanın öngördüğü savunma alınması koşulunun by – pass edilmesi yolu açılmış olur ki, buna hukuk cevaz vermez. Anayasa’nın 129. maddesinin 2. fıkrası ve AsCK’nın 175. maddelerinin açık hükümleri karşısında davacının savunması alınmadan uyarı cezası ile tecziye edilmesi hali idari işlemin (disiplin cezasının) şekil unsurundaki ağır ve bariz sakatlığı ortaya koyduğu gibi AsCK’nın 171. maddesine bağlı merbut cetvele göre Albayların albaylara uyarı cezası verme yetkileri bulunmadığından, yetkisiz kişi tarafından işlem tesis edilmesinin de ağır bir yetkisizlik halini oluşturduğu sonucuna ulaşılmıştır” (AYİM, 2.D.20.11.2002, E.256, K.883, AYİMD, S.18, 2003, s.915-919); “Amiri tarafından davacı hakkında düzenlenen ‘uyarı’ konulu yazıda, görevini en iyi şekilde yapması konusunda uyarıldığı, bu yazının ilgili birimlere gönderildiği halde davacıya tebliğ edilmediği, savunmasının alındığına ilişkin bir belge de bulunmadığı, söz konusu yazının özlük dosyalarının ‘ceza’ bölümüne konduğu ve ‘uyarı disiplin cezası’ kabul edilerek ceza fişine işlendiği anlaşılmaktadır. Anılan yazının içerik olarak davacının ‘görevinde ve davranışlarında’ kusurlu olduğuna yönelik bir uyarıyı kapsadığı, basit bir eleştirinin ötesine geçtiği açıktır. Söz konusu yazının ‘uyarıcı işlem’ veya ‘uyarı disiplin cezası’ olarak nitelendirilmesi yazının içeriğinin ötesinde ona bağlanan hukuki sonuçları doğrudan

2.1.3.4.3.2. Danıştay'ın bakış açısı

Daha öncede değinildiği gibi, Danıştay'ın, uyarma ve kınama cezalarının yargı denetimi dışında tutulmasına ilişkin kuralın katı uygulamasından saptığı ilk örnek, Anayasa'nın 129/2. maddesi uyarınca cezanın verilmesi aşamasında tanınması gereken savunma hakkı konusunda olmuştur. Danıştay başlangıçta uyarma ve kınama cezaları verilirken savunma hakkı tanınmamış olsa da bu cezalara karşı açılan davaların hiç bir şekilde incelenemeyeceğini belirtirken²⁰¹, zaman içerisinde, savunma hakkının önemi ve Anayasal konumu nedeniyle uyarma ve kınama cezaları savunma alınmadan verilmişse bu noktadan denetlenmesi gerektiğini kabul etmiştir²⁰².

Danıştay, başlangıçta sadece savunma hakkı yönünden incelediği uyarma ve kınama cezalarını, bir süre sonra bu cezaların usulüne uygun olarak verilip verilmedikleri gibi hayli geniş bir ölçüde göre yargısal denetime tâbi tutmaya başlamıştır. Danıştay, yargı yolu yasağının söz konusu olabilmesi için cezanın usulüne uygun olarak verildiğinin tespit edilmesi gerektiğini belirtmektedir²⁰³.

657 SK'ya tabi kamu personeli için uyarma ve kınama cezalarına karşı yargı yolunun kapatılması yasağının, Danıştay'ın zaman içindeki içtihatlarıyla bir hayli daraltıldığını ve bu yasağın şu an için, başta savunma hakkı tanınması olmak üzere zamanaşımı, yetki²⁰⁴ gibi konularda usul kurallarına uygun olarak verilmiş olan uyarma ve

ilgilendiren bir husustur. Davacı hakkında tesis edilen 'uyarı' işlemi davacının belirli bir hukuki durumunu tespit edici ve bilgi verici nitelikte değil, aksine davacı hakkında askeri disiplin hukuku içerisinde hukuki etkiler ve sonuçlar doğuran bir işlemdir. Dolayısıyla 'uyarı'nın hukuki sonuçları bağlamında disiplin cezası olarak nitelendirilmesi hukuki bir zorunluluk olarak ortaya çıkmaktadır. Dava konusu 'uyarı' disiplin cezası savunma hakkı tanınmaksızın davacı hakkında tesis edildiğinden şekil unsuru yönünden ağır ve apaçık hukuka aykırı olduğu ve yok hükmünde sayılmasının gerektiği sonucuna ulaşılmıştır" (AYİM, Drl.Krl.22.12.2006, E.91, K.170, AYİMD, S.22, 2007, s.837-846).

²⁰¹ D10D, 29.5.1986, E.1984/2529, K.1986/1326, DBİM.

²⁰² "Anayasa'nın 129. maddesinde, savunma hakkı tanınmadıkça disiplin cezası verilemeyeceği kuralı yer almıştır. Öte yandan, bu Anayasa kuralına paralel olarak düzenlenen 657 SK'nın 130. maddesinde de, Devlet memuru hakkında savunması alınmadan disiplin cezası verilemeyeceği hükme bağlanmıştır. Hernekadar, Anayasa ve Kanunun ilgili hükümleri uyarınca, kınama cezası dava konusu edilememekle 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, 9.12.1997, E.1995/2936, K.1997/3826, DBİM).

²⁰³ "Uyarma ve kınama cezalarına karşı yargı yolu kapalıysa da, usul ve zamanaşımı yönlerinden hukuka aykırılık halinde, tam anlamıyla oluşmuş bir disiplin cezası işleminden söz edilebilmesine hukuken imkân yoktur. Davacı, usulüne uygun soruşturma yapılmadan ceza verildiğini öne sürdüğüne göre, tebligat ve cevap verme evreleri geçip dosya oluştuktan sonra davacı savının irdelenmesi ve eğer savı doğru ise bu konuda karar verilmesi gerekmektedir. Ancak usulüne uygun olarak disiplin cezası verildiğinin tespit edilmesi durumunda yargı yolunun açık olup olmadığı tartışılabilir. Bu yönüyle, davanın incelenmeksizin reddine ilişkin idare mahkemesi kararında hukuki isabet görülmemiştir" (D8D, 21.10.1999, E.1998/1220, K.1999/5359, DD, S.103, 2001, s.756).

²⁰⁴ Danıştay, disiplin amiri tarafından raporlu olduğu sırada verilen bir uyarma cezasına karşı açılan davayı, uyarma ve kınama cezalarına karşı yargı yolunun kapalı olduğu gerekçesiyle reddeden idare mahkemesi kararını, işlemin yetki yönünden sakat olması gerekçesine dayanarak bozmuştur (D8D, 13.5.1999, E.1998/2038, K.1999/2990, DBİM).

kınama cezalarıyla sınırlandırıldığını söylemek mümkündür²⁰⁵. Danıştay, AYİM'in aksine, disiplin cezalarında “*yokluk*” tespitine kolayca başvurmamaktadır.

2.1.3.4.4. Görüş ve önerilerimiz

Uyarma ve kınama cezalarına karşı yargı yolunun kapatılması, bu cezaların önemsiz nitelikte görülmeleri ve mahkemelerin yükünü arttırmamak olabilir²⁰⁶. Ancak her iki gerekçe de isabetli değildir.

Öncelikle uyarma ve kınama cezalarının önemsiz görülmeleri subjektif bir değerlendirmedir. Bir uyarma cezasının memur üzerindeki etki ve sonuçlarının memuriyetten çıkarma cezasına göre çok hafif olduğu açıktır. Ancak, cezaları sadece maddi sonuçlarına göre değerlendirmek yanlıştır. Hangi cezanın, kimler üzerinde ve ne şekilde manevi etkiler yaratabileceğini belirlemek mümkün değildir. Örneğin kurumunda sürekli huzursuzluk çıkaran disiplinsiz birisine verilen kademe ilerlemesinin durdurulması cezası bu kişiyi hiç rahatsız etmeyebilir. Ancak, çevresine örnek olan, başarılı ve dürüst bir memura, parasal konularda menfaat sağladığı bahanesiyle haksız olarak verilebilecek bir kınama cezasının manevi etkisi bu kişi üzerinde büyük olabilir.

Mahkemelerin iş yükünü ağırlaştırmamak maksadıyla uyarma ve kınama cezalarının yargı denetimi dışında tutulmasının uygulamada istenilen sonucu meydana getirdiği söylenemez. Zira uyarma ve kınama cezalarına karşı yargı yolu tüm kamu personeli için kapatılmış değildir. 657 SK'ya tâbi olmayan kamu personeli bu cezalara karşı yargı yolunu kullanabilmektedir. Ayrıca yargı organlarının içtihatları doğrultusunda, denetim yasağının kapsamı bir hayli daralmış durumdadır. Öte yandan, kişilerin bilinçsiz olarak ya da bilinçli bir şekilde hukuk yollarını zorlamak amacıyla yasak kapsamında da olsa uyarma ve kınama cezalarına karşı yargı yoluna başvurdıkları görülmektedir.

Yargı denetimi dışında tutulan disiplin cezaları, uygulamada yargı denetimine açık işlemlere dayanak ve gerekçe yaratmak için kullanılabilirler. Örneğin herhangi bir nedenle bir personelini tayin etmek isteyen disiplin amiri yasal gerekçe olmadan yapılacak tayin işleminin yargı denetiminde iptal edileceğini bildiğinden, söz konusu kişiye tayin olmadan önce yargı denetimi dışında bırakılan disiplin cezaları vererek atama işleminin iptal edilmesini engelleyecek gerekçeler oluşturabilmektedir.

²⁰⁵ SAĞLAM, agt, s.153.

²⁰⁶ SAĞLAM, agt, s.153.

Bazı disiplin cezalarının yargı denetimi dışında tutulmasının bir diğer olumsuz etkisi de, bir kamu görevlisinin fiiline uyan disiplin cezası yargı denetimine açık bir ceza ise ve söz konusu fiili yaptığına ilişkin yeterli delil bulunmuyorsa, verilecek cezanın yargı organınca iptal edileceğini bilen disiplin amirinin iddia olunan fiilin karşılığı olan ceza yerine yargı denetimi kapalı bir disiplin cezası verebilmesidir.

Anayasa'nın 129. maddesinde kanun koyucuya bazı disiplin cezalarını yargı denetimi dışında bırakabilme konusunda takdir yetkisi tanınmıştır. Bu takdir yetkisini kanun koyucu eşitliğe aykırı şekilde kullanmıştır. Kamu personeli arasında eşitsizliğe yol açan bu farklı düzenlemeyi haklı kılacak hiç bir hukuki, fiili ya da mantıki neden bulunmamaktadır²⁰⁷.

Yargı denetimi kapalı disiplin cezalarının disiplin amirleri tarafından doğrudan verilebilmesi keyfiliğe ve takdir yetkisinin kötüye kullanılmasına yol açabilmektedir. Genel olarak yargı denetimi dışı bırakılan cezalara karşı itiraz bir üst disiplin amirine yapılabildiğinden, maiyetine belirtilen cezaları vermek isteyen bir disiplin amiri, cezayı daha alt disiplin amirine verdirerek itiraz incelemesini de kendisi yapabilmektedir.

Uygulamada ortaya çıkan eşitsizlik ve adaletsizlikler, bazı disiplin cezalarında yargı yolunun kapatılmasına ilişkin Anayasa'nın 129. maddesinin hukuk devleti ve eşitliğe aykırı bir düzenleme olduğunu göstermektedir. Bazı cezalara karşı yargı yolunun kapatılmasının kamu yararına herhangi bir katkısı bulunmamaktadır. Bu olumsuzlukları ortadan kaldırmak için yapılması gereken Anayasa'nın 129. maddesindeki istisnaların bir an önce kaldırılmasıdır. Ancak, Anayasal değişikliğin yapılmasının zorluğu karşısında, kanun koyucu Anayasa'nın 129. maddesiyle tanınan takdir yetkisine dayanarak 1602 SK ve 657 SK'da yargı yasağını ortadan kaldırabilir.

Hukuk devletinin en önemli güvencelerinden biri, idarenin tüm faaliyetlerinin yargı denetimine tâbi olmasıdır. Disiplin amirlerince verilen disiplin cezalarının yargı denetimi dışında tutulmasının sağladığı hiçbir yarar bulunmadığı halde, birçok haksızlık ve eşitsizliklere yol açmaktadır. Anayasa'nın 129. maddesinde, disiplin cezalarının yargı denetimine açılmasına engel bir hüküm bulunmamaktadır. 3. Bölümde “*disiplin cezalarının etkileri*” başlığı altında ayrıntılı olarak izah edileceği gibi, TSK'da terfi, kıdem, önemli görevlere atanma, statüden çıkarılma, sözleşmenin feshi, astsubaylıktan subaylığa geçme, istisas görevlere seçilme, kurmay subay olma, öğrenim kıdemi alma gibi birçok konuda disiplin cezaları etkili olmaktadır. Disiplin affı kanunlarında TSK personeli kapsam dışı bırakılmakta, böylece mesleğin başında alınan bir disiplin cezası emekli olana kadar kişinin mesleki yaşamını

²⁰⁷ SAĞLAM, agt, s.156.

etkilemektedir. Askerlik hizmetinin kendine özgü yapısı, disiplin cezalarının niteliği ve etkileri yönünden 657 SK'dan farklı düzenlemeler yapılmasını gerektirebilir. Ancak bu gereklilikler yargı denetimi yasağına gerekçe olamaz.

Disiplin cezalarının amaç ve işlevleri nedeniyle zamanaşımı süresi kısadır. Disiplin suçu işleyen kişiye en kısa sürede disiplin cezası verilmek suretiyle kurum disiplinin korunması sağlanır. Disiplin cezalarının yargısal denetiminde, yargı kararının geç verilmesi ve kesinleşmesi, bu arada zamanaşımı süresinin dolması nedeniyle disiplin suçu işleyen kişinin cezasız kalması gibi sakıncalar da doğabilmektedir. Ayrıca disiplin cezaları konusunda idari yargı yerlerince yapılan denetim iptal davası yolu ile hukuka uygunluk denetimidir²⁰⁸. Dolayısıyla, örneğin uygulanan yaptırımı orantılılık ilkesine aykırı bulan yargı organı iptal kararı vermek durumundadır. İptal kararının uygulanması doğrultusunda gereken işlemi yapmak idarenin görevidir. Bu yolla uyuşmazlığın kesin biçimde çözümlendiğini söylemek zordur. Bu tür sakıncaları önlemek için, Anayasal ve kanuni değişiklikler yapılarak disiplin cezalarında yargısal denetimin iptal davası yerine tam yargı davası yoluyla yapılması sağlanabilir²⁰⁹. Bu şekilde hâkim hukuka uygunluk denetimi ile yetinmeyip idarenin yerine geçerek kararı düzeltme yetkisine de sahip olacaktır²¹⁰. Örneğin aylıktan kesme cezası verilmesi gereken bir fiile kademe ilerlemesinin durdurulması cezası verilmişse, hâkim yanlış verilen cezayı iptal etmekle yetinmeyip düzeltme yetkisini kullanarak, uygun olan cezayı verebilecektir.

Anayasal düzenleme nedeniyle kanunlarla bazı disiplin cezalarının yargı denetimi dışında bırakılması, bu idari işlemlerin “yokluk” haliyle sınırlı olarak yargı denetimine tâbi tutulmasının önüne geçemeyecektir.

²⁰⁸ Anayasa'nın 125. maddesinin ilk fıkrası uyarınca, idarenin her türlü eylem ve işlemlerine karşı yargı yolu açıktır. Maddenin diğer fıkralarında, yargı denetiminin sınırları belirtilmiştir. Bu denetim ise ülkemizde, adli yargıdan bağımsız olarak örgütlenmiş ve ayrı bir yüksek mahkemesi bulunan genel idari yargı organları ve AYİM tarafından yerine getirilmektedir. 1602 SK'nın 21 ve 2577 SK'nın 2. maddesine göre, idari dava türleri şunlardır: İdari işlemler hakkında yetki, şekil, sebep, konu ve maksat yönlerinden biri ile hukuka aykırı olduklarından dolayı iptalleri için menfaatleri ihlâl edilenler tarafından açılan iptal davaları; İdari eylem ve işlemlerden dolayı kişisel hakları doğrudan muhtel olanlar tarafından açılan tam yargı davaları; Tahkim yolu öngörülen imtiyaz şartlaşma ve sözleşmelerinden doğan uyuşmazlıklar hariç, kamu hizmetlerinden birinin yürütülmesi için yapılan her türlü idari sözleşmelerden dolayı taraflar arasında çıkan uyuşmazlıklara ilişkin davalar. İdari yargı yetkisi, idari eylem ve işlemlerin hukuka uygunluğunun denetimi ile sınırlıdır. İdari mahkemeler; yerindelik denetimi yapamazlar, yürütme görevinin kanunlarda gösterilen şekil ve esaslara uygun olarak yerine getirilmesini kısıtlayacak, idari eylem ve işlem niteliğinde veya idarenin takdir yetkisini kaldırarak biçimde yargı kararı veremezler.

²⁰⁹ Bazı yazarlarca, idari yaptırımlar konusunda etkili bir yargısal denetimin iptal davasından çok tam yargı davası yolu ile sağlanabileceği görüşü savunulmaktadır (**Bonichot**, “*Les sanctions administratives en droit public français*”, Actualité Juridique-Droit Administratif, 20 Octobre 2001, No speciale, s.78; **Thery**, “*Le controle juridictionnel des autorités administratives indépendantes: le role du juge administratif*”, Les autorités administratives indépendantes, 1998, s. 156; **C. Mamoutoff**, “*La notion de pleine juridiction au sens de l'Article 6 de la Convention européenne de Droits de l'Homme et ses implications en matière de sanction administrative*”, Revue Française D'Administration Publique, 1999, s.1004 (nakleden; **GÖZÜBÜYÜK/TAN**, age, C.I, s.725).

²¹⁰ **GÖZÜBÜYÜK/TAN**, age, C.I, s.725.

2.2. DİSİPLİN SUÇ VE CEZALARININ AVRUPA İNSAN HAKLARI SÖZLEŞMESİ'NE UYGUNLUĞU

Disiplin suç ve cezalarının AİHS'ne uygunluğunu belirleyebilmek için öncelikle AİHS'nin niteliği ve hukukumuzdaki yerinin bilinmesi zorunludur. Bu nedenle, Sözleşme'de düzenlenen hakları, özelliklerini ve Türk Hukukundaki yerini, Sözleşme'nin denetim organını kısaca incelemek uygun olacaktır.

2.2.1. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi

20. yüzyılın en önemli gelişmelerinden biri, insan haklarının uluslararası düzeyde tanınması ve korunması için sistemler geliştirilmesidir. Özellikle 1945'ten sonra barış ortamının devamı için birçok uluslararası bildiri ve sözleşme kabul edilmiştir. Bu sözleşmelerin en önemlilerinden biri de, alışlagelmiş adıyla Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'dir²¹¹.

İkinci Dünya Savaşı'ndan sonra yeni bir Avrupa düzeninin kurulması düşüncesi güçlenmeye başlamıştı. Bu duygular içinde 10 Avrupa Devleti dışişleri bakanlarının 05.05.1949'da imzaladığı Avrupa Konseyi Statüsü²¹² ile Avrupa Konseyi²¹³ kurulmuştur²¹⁴.

Avrupa Konseyi, İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi'nde düzenlenen bazı temel hak ve özgürlükleri gerçekleştirmek ve güvence altına almak düşüncesiyle AİHS'ni 4 Kasım 1950'de imzaya açmıştır. 3 Eylül 1952'de yürürlüğe giren Sözleşme yıllar içinde geliştirilmiş olup bugüne kadar 13 protokol eklenmiştir²¹⁵. Sözleşme'nin kapsamının genişlemesinde AİHM'nin de büyük katkısı olmuştur²¹⁶.

AİHS'nin kısa sürede hazırlanmasında ve içeriğinin belirlenmesinde İHEB'in etkisi fazla olmuştur²¹⁷. Sözleşme İHEB'den ilham alarak onun bazı hükümlerini, taraf devletleri bağlayacak şekilde hayata geçirmiş bulunmaktadır. Ancak İHEB ile AİHS arasında hakların

²¹¹ Türkiye AİHS'yi 10.03.1954 tarihinde 6366 SK ile onaylamıştır (RG, 19.03.1954, S.8662).

²¹² Türkiye, 12.12.1949 tarihli 5456 SK (RG, 17.12.1949, S.7382) ile Avrupa Konseyi Statüsünü onaylamış ve onay belgesini 13.04.1950 tarihinde tevdi ederek Avrupa Konseyi'ne üye olmuştur.

²¹³ Avrupa Konseyi'nin, Bakanlar Komitesi ve Parlamenterler Meclisi olmak üzere başlıca iki organı vardır. Ayrıca bu iki organa yardımcı olarak Genel Sekreterlik bulunmaktadır.

²¹⁴ **DÖNER, Ayhan**; İnsan Haklarının Uluslararası Alanda Korunması ve Avrupa Sistemi, Ankara 2003, s.79; **GÖZÜBÜYÜK, A. Şeref/GÖLCÜKLÜ, A. Feyyaz**; Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İnceleme ve Yargılama Yöntemi, 5. Baskı, Ankara 2004, s.7-9.

²¹⁵ Protokollerin Türkçe metinleri için bkz. **BOZKURT, Enver**; Türkiye'nin Uluslararası Hukuk Mevzuatı, 2. Baskı, Ankara 1999, s.339-388.

²¹⁶ **TEZCAN, Durmuş/ERDEM, Mustafa Ruhan/SANCAKDAR, Oğuz**; Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Işığında Türkiye'nin İnsan Hakları Sorunu, 2. Baskı, Ankara 2004, s.65; **TÜRMEN, Rıza**; "Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Açısından Temel Hak ve Özgürlüklerin Kapsamı ve Sınırlamaları", YD, C.28, S.1-2, Ocak-Nisan 2002, s.194.

²¹⁷ **ÜNAL, Şeref**; Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi - İnsan Haklarının Uluslararası İlkeleri, TBMM Yayınları, Ankara 2001 (AİHS), s.67.

düzenlenişi konusunda da iki temel fark vardır: Birincisi, AİHS’de İHEB’deki listeye göre daha dar tutulmuş olmasıdır. İkincisi ise, hak ve özgürlükler (İHEB’de olduğu gibi) sadece genel formüller halinde açıklanmamış, mümkün olduğu kadar geniş ve somut biçimde tanımlanma ve sınırlarının belirlenmesi yoluna gidilmiştir²¹⁸.

2.2.1.1. Sözleşme ve ek protokollerde düzenlenen haklar

AİHS iki ana bölümden oluşmaktadır. Hak ve özgürlüklerin düzenlendiği hükümler “*normatif (kural koyan) bölümü*”, güvence sistemine yönelik hükümler ise “*kurumsal bölümü*” oluşturmaktadır²¹⁹.

Koruma altına aldığı insan hakları bakımından AİHS’nin getirdiği bir yenilik yoktur. AİHS’de, İHEB’de düzenlenen haklardan sadece “*klasik haklar*” olarak adlandırılan kişisel ve siyasal hakların bir bölümüne yer verilmiş, ekonomik ve sosyal haklara yer verilmemiştir.

AİHS’de; “*yaşama hakkı (m.2)*”, “*işkence yasağı (m.3)*”, “*kölelik ve zorla çalıştırma yasağı (m.4)*”, “*hürriyet ve güvenlik hakkı (m.5)*”, “*adil yargılanma hakkı (m.6)*”, “*cezaların kanuniliği (m.7)*”, “*özel hayatın ve aile hayatının korunması (m.8)*”, “*düşünce, vicdan ve din özgürlüğü (m.9)*”, “*ifade özgürlüğü (m.10)*”, “*dernek kurma ve toplantı özgürlüğü (m.11)*”, “*evlenme hakkı (m.12)*”, “*etkili başvuru hakkı (m.13)*”, “*ayrımcılık yasağı (m.14)*” düzenlenmiştir. Daha sonra protokollerle; “*mülkiyet hakkı (1. Prt. m.1)*”, “*eğitim-öğrenim ve ana –babanın çocuklarına kendi dini inançlarına göre eğitim sağlama hakkı (1. Prt. m.2)*”, “*yasama organının hür seçimlerle oluşturulmasını isteme hakkı (1. Prt. m.3)*”, “*borçlarından dolayı özgürlüklerinden yoksun bırakılmama hakkı (4. Prt. m.1)*”, “*serbest dolaşım ve yerleşme hakkı (4. Prt. m.2)*”, “*vatandaşların sınır dışı edilmeme hakkı (4. Prt. m.3)*”, “*yabancıların topluca sınır dışı edilmeme hakkı (4. Prt. m.4)*”, “*ölüm cezasına çarptırılmama hakkı (6. Prt. m.1)*”, “*yabancıların sınır dışı edilmeme hakkı (7. Prt. m.1)*”, “*Cezai konularda üst mahkemelere başvuru hakkı (7. Prt. m.2)*”, “*yanlış mahkûmiyet halinde tazminat hakkı (7. Prt. m.3)*”, “*aynı suçtan iki kez yargılanmama ve cezalandırılmama hakkı (7. Prt. m.4)*”, “*eşler arasında eşitlik hakkı (7. Prt. m.5)*” da AİHS’ne dâhil edilmiştir. Sözleşme ve ek protokoller bir bütündür²²⁰. Ek protokoller Sözleşme’nin donmuş bir metin olmadığını göstermektedir²²¹.

²¹⁸ ATAR, Yavuz; “Ulusal ve Uluslararası Düzeyde İnsan Haklarının Korunması Mekanizması”, YT, S.22, 1998, s.1296.

²¹⁹ GÖLCÜKLÜ, Feyyaz; “11 Nolu Protokol’den Sonra Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi”, YT, S.22, 1998, (11 Nolu Protokol), s.1273.

²²⁰ “Sözleşme’ terimi, İnsan Haklarını ve Temel Özgürlükleri Korumaya Dair Sözleşmeyi ve buna bağlı protokolleri ifade eder” (İçt.m.1/a).

²²¹ FENDOĞLU, H.Tahsin; “Uluslararası İnsan Hakları Belgelerinin Uygulanmasında Bağımsız Ölçü Norm veya Destek Ölçü Norm Sorunu”, AY, S.17, Ankara 2000, s.380.

İlk bakışta, Sözleşme ile güvence altına alınan hakların, pasif statü hakları olduğu görülür. Ancak Sözleşme'nin üslubundan, bazı hakların Devlete olumlu yükümlülükler yüklediği anlaşılmaktadır. Mesela, AİHS m.8, Devletin, evlilik dışı birliktelikleri de içerecek şekilde, aile hayatını düzenlemek ve korumak için olumlu faaliyette bulunmasını gerektirir²²².

Sözleşme'nin 1. maddesi gereğince, taraf devletler kendi yetki alanları içindeki herkese Sözleşme'de yer alan hakları güvence altına almayı kabul etmekle, iç hukuk sistemlerini Sözleşme ile uyumlu hale getirme yükümlülüğü altına girmektedirler. Bu yükümlülüğün kapsamına; haklara ilişkin güvencelerin tanınması, bunların etkili kullanımlarının sağlanması için gerekli tedbirlerin alınması ve haklara müdahaleden kaçınılması hususları girer²²³.

İnsan haklarının uluslararası düzeyde korunması için, devletlerin tek taraflı ihlal edemeyecekleri uluslararası standartların saptanması gerekir. Avrupa insan hakları standardının sağlanmasında en önemli belge kuşkusuz AİHS'dir. Sözleşme ile güvence altına alınan haklar minimum standardı, yani asgari ve zorunlu düzeyi belirler. Minimum standart anlayışı gereğince taraf devletler bu standarttan daha azı ile yetinemeyecekler, fakat Sözleşme'nin öngördüğünden fazlasını getirebilmede serbest olacaklardır²²⁴.

Sözleşme, bazı hallerde taraf devletlere birtakım sınırlandırmalarda bulunma yetkisi tanımaktadır. Bu sınırlamaları içeren maddelerin ilk fıkralarında korunmak istenilen hak ya da özgürlükler düzenlenmiş, ikinci fıkralarında ise sınırlama nedenleri gösterilmiştir²²⁵. Dolayısıyla Sözleşme'de düzenlenen haklar, ilgili maddelerde belirtilen “*milli güvenlik*”, “*kamu düzeni*”, “*kamu güvenliği*”, “*genel sağlık ve ahlakın korunması*” ve “*başkalarının haklarının korunması*” gibi meşru bir amaca yönelik olarak sınırlandırılabilir. Ancak sınırlandırma yetkisi Sözleşme'de bulunan bütün haklar için söz konusu değildir. Yaşama hakkı (m.2), işkence ve benzeri muamele yasağı (m.3), kölelik ve kulluk yasağı (m.4/1), suçta ve cezada kanunilik (m.7/1) dışındaki haklar sınırlandırılabilir²²⁶.

Sözleşme'de öngörülen sınırlama nedenleri taraf olan devletlere çok geniş bir takdir yetkisi vermemektedir. Sözleşme, sınırın sınırını da saptamıştır. Bu sınırlardan ilki,

²²² FROWEİN, Jochen A.; “İnsan Haklarının Çağdaş Yorumu”, AY, S.9, Ankara 1993, s.112.

²²³ SUNAY, Reyhan; “Avrupa Sözleşmesi Çerçevesinde Oluşan ‘Avrupa Kamu Düzeni’ Kavramının Kapsamı ve Fonksiyonel Değeri”, SÜHFD, C.7, S.1-2, 1999, s.312; ÇAVUŞOĞLU, Naz; İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Avrupa Topluluk Hukukunda Temel Hak ve Hürriyetler Üzerine, Ankara 1994, s.6.

²²⁴ SUNAY, agm, s.312.

²²⁵ Mesala “Özel hayatın ve aile hayatının korunması” başlıklı 8. maddenin 1. fıkrasında “Herkes özel hayatına, aile hayatına, konutuna ve haberleşmesine saygı gösterilmesi hakkına sahiptir.” şeklinde korunan hak düzenlendikten sonra “Bu hakkın kullanılmasına bir kamu otoritesinin müdahalesi, ancak ulusal güvenlik, kamu emniyeti, ülkenin ekonomik refahı, dirlik ve düzenin korunması, suç işlenmesinin önlenmesi, sağlığın veya ahlakın veya başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması için, demokratik bir toplumda zorunlu olan ölçüde ve yasayla öngörülmüş olmak koşuluyla söz konusu olabilir” şeklinde sınırlama nedenleri sayılmıştır.

²²⁶ TEZCAN/ERDEM/SANCAKDAR, age, s.90-91; ÇAVUŞOĞLU, age, s.8-9.

“demokratik bir toplum için gerekli olma”²²⁷ durumudur. İkinci olarak, sınırlanabilecek hak ve özgürlükler, maddelerde öngörülen somut gerekçelerle ve ancak “kanun”²²⁸ ile sınırlandırılabilir. Üçüncü olarak, sınırlamaların “öze dokunmaması” yani hakların kullanımlarını tamamen imkânsız hale getirmemesi de gerekir²²⁹.

2.2.1.2. Sözleşme’nin özellikleri

AİHS’nin birçok özelliğinden bahsetmek mümkündür. Ancak diğer uluslararası sözleşmelerden farkını ortaya koyan başlıca 4 önemli özelliği olduğu söylenebilir. Şimdi bunları kısaca inceleyelim.

2.2.1.2.1. Kural koyucu bir uluslararası sözleşme olması

AİHS, salt hukuk tekniği açısından uluslararası bir andlaşmadır ve bunu imza eden devletler, bazı yükümlülükler altına girmişlerdir. Ancak AİHS, kural koyucu bir uluslararası sözleşme niteliğindedir²³⁰. İnsan hakları ihlallerine yönelik olarak etkili ve ortak bir denetim sistemi öngören ve objektif karakterde bir metin olan Sözleşme, bu özelliği ile ulusal menfaatler arasında karşılıklı bir uzlaşma sağlayan klasik uluslararası andlaşmalardan ayrılmaktadır²³¹. Bu yönüyle Avrupa düzeyinde “ulusalüstü nitelikte bir Avrupa İnsan Hakları Hukuku”nu ortaya çıkaran bir belge niteliğindedir. Bu nedenle “İnsan Hakları Anayasası”²³² veya “Avrupa Anayasası”²³³ olarak da adlandırılmaktadır. Ayrıca Sözleşme ile insan hakları alanında “Avrupa kamu düzeni”²³⁴ oluşturulmaktadır²³⁵.

²²⁷ Demokratik toplum düzeninin gerekleri konusunda bkz. **TURHAN, Mehmet**; “Anayasamız ve Demokratik Toplum Düzeninin Gerekleri”, AY, S.8, 1991, s.401-420; **BATUM, Süheyl**; Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Türk Anayasal Sistemine Etkileri, İstanbul 1993, (Etkiler), s.184-199; **ARSLAN, Zühtü**; “Temel Hak ve Özgürlüklerin Sınırlanması: Anayasanın 13. Maddesi Üzerine Bazı Düşünceler”, AY, S.19, Ankara 2002, (Temel Hak), s.223-228.

²²⁸ Sözleşme’nin amacı, kişi haklarının etkili korunması olduğundan sınırlamalar dar yorumlanır. Bu nedenle, AİHM hak ve hürriyetlere müdahalenin iç hukuktaki bir kanuna dayanmasını, her zaman Sözleşme’ye uygunluk sebebi saymamaktadır. Mahkeme’nin yerleşik içtihadına göre, sınırlamanın kaynağı olan kanunun, ulaşılabilir ve açık anlamlı olması ve yürütmenin keyfi uygulamalarına karşı kişiler için gerekli güvenceleri getirmesi gerekir (**ÇAVUŞOĞLU**, age, s.78). Ayrıca “kanun” deyişi, AİHM tarafından geniş yorumlanmakta, şekli anlamda değil, maddi anlamda kanun esas alınmakta, yasamadan alınan yetkiye dayanılarak yapılan sınırlamaları ve hatta yasamadan yetki alınmadan yapılan sınırlandırmaların mevzuata aykırı olmaması durumunda Sözleşme’deki “kanun” kavramı içinde kabul etmektedir (bkz. Sunday Times/İngiltere kararı, **DOĞRU, Osman**; İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararları ve Avrupa Sözleşmesi, İstanbul 1994, s.165-204).

²²⁹ **DÖNER**, age, s.86; **GÖZÜBÜYÜK/GÖLCÜKLÜ**, age, s.145; **ÜNAL**, AİHS, s.4.

²³⁰ **TEZCAN/ERDEM/SANCAKDAR**, age, s.68.

²³¹ **SUNAY**, agm, s.311.

²³² **BATUM**, Etkiler, s.26; **ALİEFENDİOĞLU, Yılmaz**; “Avrupa İnsan Hakları Anayasası’na Doğru”, AÜSBFD, C.46, S.1-2, Ocak-Haziran 1991, s.41-54.

²³³ **FRÖWEIN**, agm, s.111; **TURHAN**, agm, s.226; **FENDOĞLU**, agm, s.380.

²³⁴ “Avrupa kamu düzeni” kavramı, taraf devletlere objektif nitelikte yükümlülüklerin getirildiği, insan hakları alanında uyulması gereken standardı ve ortak bir anlayışı ifade eder. Bkz. **SUNAY**, agm, s.309-330.

²³⁵ **GÖLCÜKLÜ**, 11 Nolu Protokol, s.1273.

2.2.1.2.2. Doğrudan uygulanırlık

Bir andlaşmanın iç hukukta ayrıca bir uygulama kuralına gerek olmaksızın sonuç doğurabilmesi, “*doğrudan uygulanabilir (self-executing)*” nitelik taşıdığı anlamına gelir²³⁶. Başka deyişle doğrudan uygulanırlık, mahkemelerin önlerindeki davada, andlaşmayı uygulanacak kural olarak kullanabilmeleri anlamına gelir²³⁷.

AİHS’nin objektif karakterde bir metin oluşu her şeyden önce ona ulusal hukukta “*doğrudan uygulanırlık*” niteliği kazandırmaktadır²³⁸. Sözleşme ulusal makamlar tarafından ayrı bir işleme gerek bulunmaksızın doğrudan uygulanacak ulusal bir kanun hükmündedir²³⁹.

Sözleşme’nin “*doğrudan uygulanırlık*” niteliğinin normatif dayanağını 1. maddesinde²⁴⁰ yer alan hüküm oluşturmaktadır²⁴¹. Sözleşme’nin 1. maddesine göre, taraf devletler Sözleşme’nin içerdiği hak ve özgürlükleri tanıma yükümü altına girmemişler, tanımışlardır. Bu iki terimin anlamları farklıdır²⁴².

Sözleşme’nin birinci bölümünde yer alan hak ve özgürlüklerin yazımı, bu kuralların uygulanması için ek bir iç hukuk düzenlemelerine gerek olmadığını gösterir niteliktedir. Nitekim Mahkeme 06.11.1980 tarihli *Van Oosterwijck/Belçika* kararında, Belçika hukuk düzeninin parçası olan Sözleşme’nin 8. maddesinin mahkemeler önünde ileri sürülmemesini, iç hukuk yollarının tüketilmemiş olması gerekçeleri arasında saymıştır²⁴³.

AİHS, taraf ülkelerin iç hukuklarını doğrudan etkileyen bir sözleşmedir²⁴⁴. AİHS, gerek amaçları, gerekse koyduğu kuralların konusu ve içeriği bakımından, taraf devletleri bağlamasının ötesinde, kişilere doğrudan haklar tanıyan bir nitelik göstermektedir²⁴⁵.

²³⁶ ÇAVUŞOĞLU, age, s.95.

²³⁷ BATUM, Etkiler, s.42.

²³⁸ SUNAY, agm, s.311.

²³⁹ GÖLCÜKLÜ, 11 Nolu Protokol, s.1273.

²⁴⁰ “Taraflar, kendi yargı yetkileri içindeki herkese, bu Sözleşme’nin birinci bölümünde tarif edilen hak ve özgürlükleri tanırlar” (AİHS m.1).

²⁴¹ SUNAY, agm, s.312; BATUM, Etkiler, s.43.

²⁴² Mesela 1 Nolu Protokol’ün 3. maddesi uyarınca devletler makul aralıklarla serbest ve gizli seçimler yapmayı yalnızca taahhüt etmişlerdir (ÇELİK, Edip F.; “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin Türk Hukukundaki Yeri ve Uygulaması”, İHİD, S.1-3, Y.9, 1988, s.52).

²⁴³ ÇAVUŞOĞLU, age, s.95.

²⁴⁴ MEMİŞ, Emin; “İnsan Hakları Avrupa Standardı ve İç Hukuk Etkileşimi Analizleri”, AY, S.17, Ankara 2000, s.132; TEZCAN/ERDEM/SANCAKDAR, age, s.27-28.

²⁴⁵ TEZCAN/ERDEM/SANCAKDAR, age, s.117; YILDIRIM, Kadir; “Sözleşme’nin ve Divan Kararlarının Uygulanma Niteliği”, AY, S.17, Ankara 2000, s.312; BATUM, Etkiler, s.44.

2.2.1.2.3. Bireyi uluslararası hukukun bir süjesi haline getirmesi

Uluslararası sözleşmeler genelde uluslararası hukuk özneleri olan devletlerin arasındaki ilişkileri düzenlerler ve ülke çıkarlarını gözetirler. Ancak AİHS'nin özneleri herkeştir. Sözleşme'de kural olarak vatandaş ile yabancı ayrımı yapılmamıştır. Sözleşme'ye katılmamış ülkelere, Sözleşme tarafı ülkelere gelen kişiler de, Sözleşme'den yararlanır. Bu durum Sözleşme'nin evrenselliğini gösterir²⁴⁶.

Uluslararası hukuk kurallarının bir kısmı gerçek kişiye haklar tanımaktadır. Ancak bu haklardan etkin olarak faydalanılmasının sağlanması, söz konusu hakların ihlali halinde, gerçek kişinin uluslararası mahkemelere başvurabilmesi ile mümkündür²⁴⁷. AİHS, taraf devletlerin ihlallerine karşı bireysel başvuru imkânı (AİHS m.34) tanımıştır. Böylece kişilerin insan hakları ihlallerine karşı korunması bakımından, uluslararası hukukta hak sahibi olması sağlanmıştır²⁴⁸.

Bireysel başvuru ile başvuru ile aleyhine başvuru yapılan devlet arasındaki uyumsuzluk iç hukuktan uluslararası alana intikal etmekte ve birey, aleyhine başvuruda bulunduğu devlet karşısında esas itibarıyla eşit haklara sahip bir taraf durumuna getirilmiş olmaktadır. Bu durumun uluslararası hukuk bakımından bir ihtilal niteliğinde olduğu belirtilmektedir²⁴⁹. AİHS ile tanınan bireysel başvuru hakkı, gerçek kişinin uluslararası hukuk süjeliğinin ilk ve tek örneği değildir²⁵⁰. Fakat bireysel başvuru hakkının, gerçek kişinin uluslararası hukuk süjeliğine ilişkin somut, etkili ve en sağlıklı işleyen örneğini AİHS'nde getirilen düzenleme oluşturmaktadır²⁵¹.

2.2.1.2.4. Etkili yargısal denetim mekanizmasının olması

Sözleşme'de düzenlenen hak ve hürriyetler her demokratik Anayasada yer alması gereken hak ve özgürlüklerdir. Dolayısıyla AİHS'nin önemi, güvence altına aldığı temel hak ve özgürlüklerden değil, ortak güvence sistemine dayanan uluslararası yargısal bir denetim mekanizması kurmasından kaynaklanır²⁵².

²⁴⁶ DÖNER, age, s.84.

²⁴⁷ TUNÇ, Hasan; "Uluslararası Hukukta Gerçek Kişinin Süjeliği Sorunu Çerçevesinde Bireysel Başvuru Hakkı", http://www.egm.gov.tr/egitim/dergi/eskisayi/36/web/anayasa_hukuku_insan_haklari/_prof_dr_hasan_tunc.htm, 20.01.2009, s.17.

²⁴⁸ MEMİŞ, agm, s.132; DÖNER, age, s.136; TEZCAN/ERDEM/SANCAKDAR, age, s.68.

²⁴⁹ GÖLCÜKLÜ, 11 Nolu Protokol, s.1273; DÖNER, age, s.136.

²⁵⁰ Bu konuda bkz. TUNÇ, agm, s.17-25.

²⁵¹ TUNÇ, agm, s.45.

²⁵² GÖLCÜKLÜ, 11 Nolu Protokol, s.1273; GÖZÜBÜYÜK/GÖLCÜKLÜ, age, s.VII; ATAR, agm, s.1296.

Ulusal mahkemeler üzerinde bir temyiz mahkemesi veya ilk derece mahkemesi olmayan AİHM'nin işlevi, aslında devletlerin AİHS'ye uymalarını sağlamak için bir çeşit Avrupa denetimi yapmaktır. Dolayısıyla AİHM'nin "*Avrupa Anayasa Mahkemesi*" işlevi gördüğünü söyleyebiliriz²⁵³.

11 Nolu Protokol'ün yürürlüğe girmesine kadar AİHS'nin denetim mekanizması oldukça karmaşık ve yarı yargısaldı²⁵⁴. Avrupa İnsan Hakları Komisyonu, Avrupa İnsan Hakları Divanı ile Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi'nden oluşan üç denetim organının, karmaşık bir usulle ve bir arada çalışması esasına dayanıyordu²⁵⁵. 11 Nolu Protokol ile AİHK ve AİHD'nin yerini tam zamanlı çalışan, sürekli ve tek bir AİHM almıştır. Bakanlar Komitesi'nin yargısal fonksiyonu sona ermiştir²⁵⁶. Böylece AİHS'nin koruma mekanizması tamamen yargısal bir yapıya büründürülmüştür²⁵⁷.

11 Nolu Protokol sonrası, insan haklarının uluslararası alanda korunması açısından AİHS'nin benzersiz oluşu güçlendirilmiştir. İlk kez uluslararası alanda insan hakları zorunlu, hukuken bağlayıcı ve tamamen yargısal olarak organize edilmiş bir denetimle güvence altına alınmıştır²⁵⁸.

2.2.1.3. Sözleşme'nin Türk Hukukundaki yeri

Türkiye, AİHS'yi 1954 yılında onaylamıştır. Ancak, Sözleşme gereği gibi iç hukuka mal edilememiş ve uygulamaya sokulamamıştır²⁵⁹. Uzun bir süre, kamuoyunun olduğu kadar, siyasal ve akademik çevrelerin de ilgisini çekmemiştir.

AİHS'ye taraf devletlerin, egemenlikleri altındaki kişilere Sözleşme ile öngörülen hakları garanti etme yükümlülüğü vardır. Ancak, taraf devletlerin Sözleşme'yi iç hukuk kurallarının bir bölümü haline getirmek gibi bir yükümlülükleri yoktur²⁶⁰. AİHS ile iç hukuk arasındaki ilişki açısından hangi sistemin benimseneceği her taraf devletin kendi sorunudur²⁶¹.

²⁵³ SUNAY, agm, s.314.

²⁵⁴ Ayrıntılı bilgi için bkz. DÖNER, age, s.135-139; BATUM, Etkiler, s.58-137.

²⁵⁵ DÖNER, age, s.89.

²⁵⁶ 11 Nolu Protokol ile Bakanlar Komitesi'nin davanın esasına ilişkin yetkileri kaldırılmıştır. Böylece, Bakanlar Komitesi'nin yargısal işleyiş içindeki rolü, Mahkeme kararlarının yerine getirilmesinin denetlenmesi ve gözetlenmesinden ibaret hale gelmiştir (TUNÇ, agm, s.28).

²⁵⁷ GÖLCÜKLÜ, 11 Nolu Protokol, s.1273; DÖNER, age, s.187.

²⁵⁸ DÖNER, age, s.177.

²⁵⁹ ÜNAL, AİHS, s.5.

²⁶⁰ AİHS'nin iç hukukun parçası yapmak yükümlülüğü yok ise de, Sözleşme'deki hakların iç hukukta yeterince korunabilmesi bunun iç hukukun bir parçası yapılmasının en etkin yollardan biri olduğu Mahkeme kararlarında (İrlanda/İngiltere kararı, 18.01.1978, Doğru, age, s.75-164) ifade edilmiştir.

²⁶¹ AİHS'nin taraf devletlerin hukuk sistemlerindeki yeri konusunda ayrıntılı bilgi için bkz. MEMİŞ, agm, s.144-151; BATUM, Etkiler, s.47-55; ÇAVUŞOĞLU, age, s.84-94.

2.2.1.3.1. 5170 Sayılı Kanunla yapılan Anayasa değişikliği öncesi

07.05.2004 tarihinde 5170 SK'la Anayasa'nın 90. maddesinde değişiklik yapılmadan önce AİHS'nin Türk Hukukundaki yeri konusunda farklı görüşler bulunmaktaydı.

2.2.1.3.1.1. Anayasal düzenleme

AİHS, 1924 Anayasası'nın yürürlükte olduğu dönemde bir kanunla onaylanmış ve iç hukukumuzda bir kanun olarak girmiştir. 1961 ve 1982 Anayasalarında²⁶², kural olarak uluslararası sözleşmelerin TBMM tarafından bir kanunla uygun bulunması, daha sonra Cumhurbaşkanı tarafından onaylanması²⁶³ öngörülmüştür²⁶⁴. Usulüne göre yürürlüğe konulmuş uluslararası antlaşmaların kanun hükmünde olduğu belirtilmiş, bunlar hakkında Anayasa'ya aykırılık iddiası ile Anayasa Mahkemesine başvurulamayacağı düzenlenmiştir²⁶⁵.

2.2.1.3.1.2. Doktrindeki görüşler

AİHS'nin Anayasa'ya aykırı olduğunun iddia edilememesi, normlar hiyerarşisindeki yeri konusunda farklı fikirlerin savunulmasına yol açmıştır²⁶⁶. Konuya genel olarak uluslararası andlaşmalar açısından bakan bazı yazarlara²⁶⁷ göre, uluslararası andlaşmalar kanun düzeyinde

²⁶² 5170 SK'la yapılan değişiklik öncesi Anayasa'nın 90. maddesinin 1. ve 5. fıkraları şu şekildeydi: “Türkiye Cumhuriyeti adına yabancı devletlerle ve milletlerarası kuruluşlarla yapılacak andlaşmaların onaylanması, Türkiye Büyük Millet Meclisinin onaylamayı bir kanunla uygun bulmasına bağlıdır”, “Usulüne göre yürürlüğe konulmuş milletlerarası andlaşmalar kanun hükmündedir. Bunlar hakkında Anayasaya aykırılık iddiası ile Anayasa Mahkemesine başvurulamaz”.

²⁶³ Buradaki onaylama yetkisi, Cumhurbaşkanı'na devletler hukuku ilkelerine uygun olarak Devlet'i temsil etmesi sebebiyle verilen sembolik bir yetkidir. Cumhurbaşkanı'nın uluslararası andlaşmayı onaylamaktan kaçınma yetkisi yoktur. Uyarma görevini ancak uygun bulma yasasını geri çevirerek yapar (SERİM, Bülent; “Uluslararası Andlaşmaların Onaylanması ve Denetlenmesi”, AİD, C.26, S.2, Haziran 1993, s.24).

²⁶⁴ Uluslararası andlaşmaların görüşme ve metin düzenleme evresi yürütme organınca gerçekleştirilmekte ve andlaşma imzalanmaktadır. Sonra yasama organı bir yasayla bu andlaşmanın onaylanmasını uygun bulmaktadır. Bu yasaya dayanan yürütme organı bir BK kararı ile andlaşmayı onaylamaktadır. Onaylamanın karşı tarafa veya uluslararası örgüt sekreteryasına bildirilmesiyle uluslararası andlaşma bağlayıcılık kazanmaktadır (SERİM, agm, s.32).

²⁶⁵ Uluslararası andlaşmaların doğrudan anayasal denetime bağlı tutulamayacağı tüm doktrin tarafından kabul edilmektedir. Ancak andlaşmaların uygun bulma kanunu dolayısıyla anayasal denetime bağlı tutulabilmesi konusunda doktrinde farklı görüşler vardır. Bu görüşler için bkz. SERİM, agm, s.41-42; ÖZBUDUN, Ergun; Türk Anayasa Hukuku, 8. Baskı, Ankara 2005, s.213; Anayasa Mahkemesi, “İslam Ülkeleri Arası Yatırım ve İhracat Kredisi Sigortası Kurumu Kuruluş Anlaşmasının Onaylanmasının Uygun Bulunduğuna Dair Kanun” ile ilgili kararında, uluslararası andlaşmaların Anayasa'ya aykırılığı ileri sürülememesine rağmen, andlaşmaların onaylanmasının uygun bulunması kanununun yasak kapsamında olmadığını, uluslararası ilişkilerde sürekliliği sağlama amacı gözeterek getirilen “andlaşmaların yargı denetimi dışında tutulması”na ilişkin bu kuralla Anayasal denetimin dışında tutulmak istenenin, yöntemince yürürlüğe konulmuş olan “uluslararası andlaşmalar” olduğunu, bu nedenle, andlaşmadan bağımsız olarak onay kanunlarına karşı Anayasa Mahkemesine başvurulabileceğini belirtmiştir (Ay.Mah. 27.2.1997, E. 1996/55, K.1997/33, <http://www.anayasa.gov.tr/eskisite/kararlar/IPTALITIRAZ/K1997/K1997-33.htm>, 19.01.2009).

²⁶⁶ AİHS'nin Türk Hukukundaki yeri ile ilgili fikirler hakkında bilgi için bkz. DÖNER, age, s.91-96; TEZCAN/ERDEM/SANCAKDAR, age, s.121-124; FENDOĞLU, agm, s.372-377; GÖZÜBÜYÜK, A.Şeref; “Uluslararası Andlaşmaların İç Hukuktaki Yeri”, İnsan Hakları ve Kamu Görevlileri Sempozyum ve Açık Oturum Bildiriler ve Tartışmalar, Ankara 1992, s.11-24.

²⁶⁷ TEZCAN/ERDEM/SANCAKDAR, age, s.123; GÜRAN, Bakış, s.47; ÖZBUDUN, age, s.212.

olduğundan, andlaşma ile kanun hükümlerinin çatışması halinde, iki hükümden sonraki uygulanır.

Soruna Anayasal hükümler açısından bakan bazı yazarlara göre²⁶⁸ ise, kural olarak uluslararası andlaşmalar kanun düzeyindedir. Fakat Anayasa'nın 15, 16, 42 ve 92. maddelerinde düzenlenen konulara ilişkin andlaşmalar Anayasal değerdedir.

AİHS'nin özelliklerini göz önüne alan bazı yazarlara²⁶⁹ göre, AİHS kanunların üzerindedir. Konuya özellikle insan hakları açısından bakan bazı yazarlara²⁷⁰ göre ise, AİHS Anayasal değerde ve hatta Anayasa'nın da üstündür.

2.2.1.3.1.3. Yargı organlarının görüşleri

Anayasa Mahkemesi, AİHS hükümlerini “*bağımsız ölçü norm*” olarak kullanmamakta, daha çok, Cumhuriyetin niteliklerinden birisi olarak sayılan “*insan haklarına saygılı devlet*” ilkesinden hareketle Sözleşme’yi Anayasa hükümlerine “*destek ve aydınlatıcı norm*” olarak algılamakta²⁷¹; Sözleşme’ye açıkça kanun üstü ya da Anayasal değer tanımamaktadır²⁷².

Yargıtay, çocuğun gayri sahih nesepli olarak babasına mirasçı olması konusunu incelerken AİHS'nin varlığını dikkate almış²⁷³, Türkçe bilmeyen sanıkların sorguları için temin edilen tercüman ücretinin yargılama gideri olarak sanıklara yükletilmemesi konusunu incelerken AİHS'nin kanun düzeyinde olduğunu belirtmiştir²⁷⁴.

Danıştay kararlarında, andlaşmaların iç hukuk kurallarına göre öncelikle uygulanacağı yönündeki genel ilkenin bulunduğunu, ancak ulusal çıkarlar sebebiyle Sözleşme hükmünün iç hukuk kuralları da göz önünde bulundurularak yorumlanmasının gerektiğini²⁷⁵, AİHS'nin iç hukukun bir parçası olduğunu, iç hukukta doğrudan hukuksal sonuçlar yaratan uluslararası sözleşmelere karşı Anayasa Mahkemesine başvurulamaması ve böylece bu sözleşmelerin sonradan yapılacak yasal düzenlemelerle etkisiz kılınması yolunun kapatılmış olmasının, sözleşmelerin iç hukukta yasalar üstü bir konumda olduğunu gösterdiği belirtilmektedir²⁷⁶.

²⁶⁸ PAZARCI, Hüseyin; Uluslararası Hukuk Dersleri, 1. Kitap, 2. Bası, Ankara 1989, s.31-32; DÖNER, age, s.95-96.

²⁶⁹ BATUM, Etkiler, s.55-56.

²⁷⁰ GÖZÜBÜYÜK/GÖLCÜKLÜ, age, s.21-22; MEMİŞ, agm, s.134; FENDOĞLU, agm, s.371; ÜNAL, AİHS, s.72; YILDIRIM, Sözleşme, s.300-301.

²⁷¹ Ay.Mah. 06.01.1999, E.1996/68, K.1999/1, RG, 19.01.2001, S.24292.

²⁷² FENDOĞLU, agm, s.379; TEZCAN/ERDEM/SANCAKDAR, age, s.123; ÖZBUDUN, age, s.383.

²⁷³ YİBK, 22.02.1997, E.1996/1, K.1997/1, YKD, C.23, S.6, Haziran 1997, s.853-897.

²⁷⁴ YCGK, 12.03.1996, E.1996/6-2, K.1996/33, YKD, C.22, S.4, Nisan 1996, s.621.

²⁷⁵ D12D, 15.06.1970, E.1968/1117, K.1970/1310, AKILLIOĞLU, Tekin; “Danıştay Kararlarına Göre Uygulamada Temel Haklar”, AİD, C.16, S.3, Eylül 1983, (Temel Haklar), s.38-39.

²⁷⁶ DİBK, 07.12.1989, E.1989/6, K.1989/4, RG. 09.02.1990, S.20428.

2.2.1.3.2. 5170 Sayılı Kanunla yapılan Anayasa değişikliği sonrası

AIHS'nin Türk Hukukundaki yeri konusunda doktrin ve yargı organları arasındaki farklı görüşleri ortadan kaldırmak²⁷⁷ için, 07.05.2004 tarihli 5170 SK'nın 7. maddesi ile Anayasa'nın 90. maddesinin 5. fıkrasına, “*Usulüne göre yürürlüğe konulmuş temel hak ve özgürlüklere ilişkin uluslararası andlaşmalarla kanunların aynı konuda farklı hükümler içermesi nedeniyle çıkabilecek uyuşmazlıklarda uluslararası andlaşma hükümleri esas alınır*” şeklinde bir cümle eklenmiştir²⁷⁸.

Yapılan Anayasal düzenlemenin özellikle, bugüne kadar uluslararası insan hakları normlarını doğrudan uygulamakta ürkek davranan Türk hâkimleri bu konuda teşvik edeceği ve hatta zorlayacağı söylenebilir. Öte yandan bu değişiklik, vatandaşlara tanınan temel hak ve özgürlükleri “*bu Anayasa*” ile sınırlayan 1982 Anayasası'nın kapalı sistemini, sürekli gelişip değişen uluslararası insan hakları normlarının dinamik yapısına açmak konusunda da önemli bir işlev görebilir.

Anayasa'nın 90. maddesinde yapılan değişiklikle Türk normlar hiyerarşisinde, Anayasa basamağı ile kanun basamağı arasında yeni bir basamak ilave edilmiştir. Bu basamak “*temel hak ve özgürlüklere ilişkin uluslararası andlaşmalar*” basamağıdır²⁷⁹. Böylece kanunlarla uluslararası andlaşmalar arasında bir hiyerarşi yaratılmıştır. Zira bir kanunla, bir uluslararası andlaşma çatıştığında, kanunun önceki veya sonraki tarihli olmasına bakılmaksızın uluslararası andlaşma esas alınacaktır. Bu uluslararası andlaşmaların, Türk normlar hiyerarşisinde kanun üstü bir değere, dolayısıyla işlevsel olarak Anayasal değere sahip olması anlamına gelir²⁸⁰.

Yapılan düzenleme yargı ve yürütme kadar, yasama organını da bağlamaktadır. Çünkü Anayasa'nın bu düzenlemesi, 11. maddesi gereği herkesi bağlamaktadır. Bu nedenle yasama organı, AIHS'ye aykırı kanun çıkarmamak ve aykırı olan kanunları da değiştirmek zorundadır.

²⁷⁷ “Uygulamada usulüne göre yürürlüğe konulmuş insan haklarına ilişkin milletlerarası antlaşmalar ile kanun hükümlerinin çelişmesi halinde ortaya çıkacak uyuşmazlık halinde hangisine öncelik verileceği konusunda tereddütlerin giderilmesi amacıyla 90. maddenin son fıkrasına hüküm eklenmektedir” (5170 SK'nın 7. maddesinin Anayasa Komisyon gerekçesi-<http://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem22/yil01/ss430m.htm>, 19.01.2009).

²⁷⁸ RG, 22.05.2004, S.25469.

²⁷⁹ Gözler'e göre, bu basamakta bulunacak normları yaratan irade, kanun üstü normlar koymaya yetkili bir irade değildir. Bu basamaktaki normları yasama organının adi çoğunluğunun onayıyla veya doğrudan doğruya yürütme organı koyacaktır. Bu hususun demokratik hukuk devletinin mantığıyla bağdaşması güçtür. Normlar hiyerarşisinde oluşan yeni basamak, yeni problemlerin doğmasına da yol açabilecektir. Zira, hukuk normlarının normlar hiyerarşisindeki değeri, içeriklerine göre değil, biçimlerine göre belirlenir. Oysa söz konusu Anayasa değişikliği sonrası, normlar hiyerarşisinin bir basamağı o basamakta bulunan normların biçimine göre değil, içeriğine göre belirlenmektedir (GÖZLER, Kemal; “Milletlerarası Andlaşmalara Kanun Üst Değer Tanınabilir mi? (Anayasa Değişikliği Teklifi Hakkında Bir Eleştiri)”, www.anayasa.gen.tr/madde90.htm, 25.12.2008).

²⁸⁰ GÖZLER, agm, s.1.

Amacı ve içeriği göz önüne alındığında 90. maddede yapılan değişikliğin genel olarak olumlu bir değişiklik olduğu, ancak uyumsuzluk halinde tereddütlerin giderilmesi amacıyla getirilen ve doğrudan uygulanabilir bu Anayasa kuralı, düzenleniş şekliyle farklı uygulamalara ve kargaşaya sebep olabilecek niteliktedir²⁸¹. Mevcut düzenleme karşısında bu belirsizlikleri asgariye indirmek, hukuki istikrar ve güvenilirliği sağlamak konusunda en büyük görev yine hâkimlere düşmektedir.

AİHS'nin usulüne göre yürürlüğe girmiş temel hak ve özgürlüklere ilişkin bir uluslararası sözleşme olduğu açıktır. 5170 SK ile yapılan değişiklik neticesinde, iç hukukta AİHS hükümleri ile aynı konuda farklı hükümler içeren kanun hükümleri, uygulanamaz konuma gelmiştir. AİHS ile kanun hükümlerinin çatışması sorunu bu şekilde çözülmüş ise de, Anayasal normlar ile çatışması durumunda hangisinin esas alınacağı sorunu halen devam etmektedir. Anayasal düzenlemenin yapılış şekli esas alınır, Anayasa koyucunun, Anayasa'nın üstünlüğü ilkesinin gereği olarak AİHS'ye Anayasal değer veya Anayasa üstü konum vermek istemediği sonucu çıkmaktadır.

AİHS, nev'i şahsına münhasır (sui generis) bir sözleşmedir. Bu nedenle klasik yaklaşımlarla iç hukuktaki yerini belirlemek anlamsızdır. Sözleşme'nin bu özelliği 1. maddesindeki “*tanırlar*” yükümlülüğünden kaynaklanmaktadır. Devletler, AİHS'ni onaylamakla klasik uluslararası antlaşmalardan farklı olarak, karşılıklı prensibine dayanmayan, insan hakları ve hukukun üstünlüğüne dayalı Avrupa ortak kamu düzenini kurma amaçlı yeni bir hukuka dâhil olmuşlardır²⁸².

AİHS, taraf devletlerin çıkarlarını uzlaştıran klasik bir andlaşma değil, bir amacı müştereken gerçekleştirmeye yönelik bir andlaşmadır. Bu sıfatla taraf ülkelerin hukuk sistemine bakılmaksızın doğrudan uygulama güç ve yeteneğine sahiptir. Uluslararası antlaşmaların iç hukukta normlar hiyerarşisindeki yeri konusunda çeşitli görüş ve fikirler, AİHS söz konusu olduğunda, sadece teorik ve akademik düzeyde kalmaktadır²⁸³.

AİHS'nin ek protokollerle birlikte içerdiği ve korumaya aldığı hak ve özgürlüklerin tümü Avrupa Konseyi üyelerinin “*ortak malvarlığı*” ve “*demokratik bir rejimin temeli*” sayıldığı için, taraf devletler Sözleşme'deki hak ve özgürlükleri hükmettikleri herkese tanımayı kabul ettikleri gibi, iç hukuk düzenlerinde Sözleşme'ye aykırı hukuk kuralları koymamayı ve bu nitelikteki kuralları da Sözleşme ile uyum sağlayacak biçime sokmayı yükümlenmişlerdir.

²⁸¹ **GEREK, Şahnaz/AYDIN, Ali Rıza**; “*Anayasa'nın 90. Maddesi Değişikliği Karşısında Yasaların Geleceği ve Anayasal Denetim*”, TBB, S.55, Kasım-Aralık 2004, s.227.

²⁸² **ÇAVUŞOĞLU**, age, s.83.

²⁸³ **GÖZÜBÜYÜK/GÖLCÜKLÜ**, age, s.22.

Taraf devletler, bütün organlarıyla Sözleşme hükümlerine uygun işlemde bulunmayı taahhüt etmişlerdir. Sözleşme'nin uygulanmasından yasama, yürütme ve yargı erkleri açısından sorumludurlar. Taraf ülkeler iç hukuklarını Sözleşme hukukuna uydurma amacıyla sürekli bir gözden geçirme ödevi altındadırlar. Herhangi bir ulusal işlemle Sözleşme hükümlerinden birinin ihlal edildiğinin AİHM tarafından saptanmasından sonra, davalı devlet, adı geçen Mahkeme kararının gereğini (mevzuat değişikliği de olmak üzere) yerine getirecektir. Hatta değiştirilmesi gereken kural Anayasa hükmü olsa bile²⁸⁴. Dolayısıyla bütün bir hukuk sisteminin uyum içinde olmak zorunda olduğu bir Sözleşme'nin Anayasa üstü konumda olduğunu söyleyebiliriz²⁸⁵.

Sözleşme, taraf devletlerin bütün kurumları için bağlayıcıdır. Eğer Sözleşme iç hukukta Anayasal hükümler karşısında üstün olamayacaksa, bu bağlayıcılığın çok fazla anlamı olmayacaktır²⁸⁶. Diğer taraftan uluslararası hukuk açısından kanunlar ile Anayasal hükümler arasında bir fark yoktur. Sözleşme ile Anayasa hükümlerinin çatışması halinde, Sözleşme'yi ihlal edici bir işlemin ya da uygulamanın AİHM önünde iç hukuk mevzuatıyla meşrulaştırılamayacağı gerçeği göz önüne alındığında, Sözleşme hükümlerine geçerlik tanınması tâbii bir zorunluluk olmaktadır²⁸⁷.

AİHS'nin niteliğini ve Türk Hukukundaki yerini inceledik. Şimdi de kısaca denetim organının yapısını ve kararlarının etkisini inceleyelim

2.2.1.4. Sözleşme'nin Denetim Organı (Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi)

AİHS'nin denetim organı olan AİHM'nin kararlarının niteliğini ve etkilerini incelemekten önce Mahkemenin yapısını kısaca incelemek uygun olacaktır.

2.2.1.4.1. Yapısı

AİHM'nin, AİHS'yi ihlal eden ulusal hukukları geçersiz sayma, idari kararları iptal etme veya ulusal mahkeme kararlarını bozma yetkisi yoktur. Buna rağmen, verdiği kararlarla AİHS'ye taraf devletlerde yaşayanların günlük yaşamının gelişmesine katkı sağlamakta ve aynı zamanda tüm dünya için minimum adalet standartları koyma işlevi görmektedir²⁸⁸.

²⁸⁴ GÖZÜBÜYÜK/GÖLCÜKLÜ, age, s.22.

²⁸⁵ ARSLAN, Zühtü; "Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Türk Anayasa Yargısı: Uyum Sorunu Öneriler", AY, S.17, Ankara 2000, s.278.

²⁸⁶ ARSLAN, agm, s.278.

²⁸⁷ SUNAY, agm, s.328.

²⁸⁸ BIÇAK, Vahit; "Uluslararası İnsan Hakları Normlarının Yorum Organı Olarak Avrupa İnsan Hakları mahkemesi ve Kararlarının Türk Hukukunun Gelişimine Katkısı", AY, S.17, Ankara 2000, s.113.

11 Nolu Protokol ile değişik AİHS’de ve 04.11.1998 tarihli AİHM İçtüzüğü’nde²⁸⁹, Mahkeme’nin yapısı ayrıntılı olarak düzenlenmiştir. AİHM, sürekli görev yapan, AİHS’ne taraf devlet sayısına eşit hâkimden oluşmaktadır (AİHS m.19,20).

“Mahkeme önüne gelen başvuruları incelemek üzere 3 hâkimli Komiteler, 7 hâkimli Daireler ve 17 hâkimli Büyük Daire şeklinde çalışır” (AİHS m.27/1), *“Her hâkim bir Şubenin üyesidir. Şubeler, coğrafya ve cinsiyet açısından dengeli ve taraf devletler arasındaki değişik hukuk sistemlerini yansıtacak şekilde oluşturulur”* (İçt. m.25/2)

Şubeler tarafından 12 ay süreyle görev yapacak, 3 hâkimli Komiteler oluşturulur (İçt. m.27). Komiteler oybirliği ile kesin olarak kabul edilmezlik veya kayıttan düşürülme kararı verebilirler (AİHS m.28). AİHM, kararını kural olarak 7 hâkimli Daireler aracılığıyla verir. Dairelerin oluşumu sabit olmayıp, somut olaya göre belirlenmektedir (İçt. m.26). Büyük Daire ise, AİHS ile ekini oluşturan protokollerin yorumu (AİHS m.47) veya daha önce verilen kararlarla bağdaşmayacak bir karar verme durumu olan hallerde Dairelerce Büyük Daire’ye bırakılan işlere (AİHS m.30) veya temyiz mahkemesi olarak Daire kararına karşı kararın verilmesinden sonra 3 ay içinde yapılabilen başvurulara (AİHS m.43) bakar (AİHS m.31).

2.2.1.4.2. Yetkisi

İster bireysel, ister devlet başvurusu olsun, başvurular Sözleşme’yi ihlal ettiği iddia olunan Sözleşme tarafı devlete karşı yapılır. Taraf devletlerin dışındaki bir devlet veya kuruluşa karşı başvuru mümkün değildir. Ayrıca özel kişilere karşı başvuruda da bulunulamaz²⁹⁰.

Sözleşme’de, uyrukluk, ikamet yeri, medeni hal veya fiil ehliyeti ile ilgili olarak hiçbir sınırlama getirilmemiştir. Bu nedenle Sözleşme’de güvence altına alınmış haklar, sadece vatandaşlara değil, Sözleşme’ye taraf olmayan üçüncü devlet vatandaşları ve hatta vatansız olanlar dâhil herkese sağlanmıştır²⁹¹. Kişilerin Sözleşme’ye aykırı davrandığı ileri sürülen taraf devletin yargı yetkisi içinde olmaları yeterlidir. “Yargı yetkisi” kavramından anlaşılması gereken, Devletler Hukuku tarafından belirlenmiş ve sınırlandırılmış olan ilgili devletin egemenlik alanıdır. Devletin egemenliğini ilk planda kendi ülkesi sayılan bir yerde kullanabileceği açıktır²⁹².

²⁸⁹ İçtüzük metni için bkz. GÖLCÜKLÜ/GÖZÜBÜYÜK, age, s.475-507.

²⁹⁰ GÖZÜBÜYÜK/GÖLCÜKLÜ, age, s.45.

²⁹¹ TEZCAN/ERDEM/SANCAKDAR, age, s.80; ÜNAL, AİHS, s.85.

²⁹² TEZCAN/ERDEM/SANCAKDAR, age, s.77; DÖNER, age, s.84.

Mahkeme, bireysel veya devlet başvuruları yoluyla kendi önüne gelen, AİHS ve Protokollerinin yorumu ve uygulanmasına ilişkin tüm konularda yargılama yetkisine sahiptir (AİHS m.32).

AİHS'nin sağladığı koruma, Sözleşme'de güvence altına alınan haklarla sınırlıdır. Bu nedenle AİHM'ne başvurulabilmesi için, şikâyet konusunun Sözleşme'de öngörülen temel hak ve özgürlüklerin ihlaline ilişkin olması şarttır. Ancak Sözleşme ile güvence altına alınmış olan hak ve özgürlükler, herhangi bir tanımlama yapılmadan kavramlara dayanan bir düzenleme yolu ile belirlendiğinden sınırlarını açıkça saptama imkânı yoktur. Böyle bir düzenlemenin olumlu yönü de zaman içinde hak ve özgürlüklerin gelişmesine açık olmasıdır²⁹³.

2.2.1.4.3. Yargılamanın Niteliği

İnsan haklarının korunmasına ilişkin uluslararası bir sözleşmenin (AİHS) denetim organı olması sebebiyle, AİHM tarafından yapılan yargılamanın ulusal yargılamalardan farklı bazı özellikleri vardır.

2.2.1.4.3.1. İkincil olma

Sözleşme'de düzenlenen hak ve özgürlüklerin korunmasında esas görev ulusal otoritelere ve özellikle de yargısal otoritelere düşmektedir. Ancak ulusal otoriteler çözüm getiremediğinde uluslararası bir örgüt olan AİHM devreye girmekte ve bu yolla Avrupa'da insan haklarının korunmasında asgari standardın sağlanması garanti altına alınmaktadır²⁹⁴. AİHM'ne yapılacak başvurular için iç hukuk yollarının tüketilmesi zorunluluğunun bulunması, AİHS'nin denetim sisteminin, iç hukuka göre ikincil ve tamamlayıcı nitelikte olduğunu göstermektedir²⁹⁵.

Ulusal otoriteler Sözleşme'nin düzenlediği konularda uygun gördükleri önlemleri almakta serbesttirler. Mahkeme'nin denetimi sadece bu önlemlerin Sözleşme'nin gereklerine uygun olup olmadığı ile sınırlıdır²⁹⁶. Ancak AİHM'nin yetkisinin ikincilliği, taraf devletlerin gerçek anlamda demokratik ve etkin bir yargısal sisteme sahip oldukları varsayımına dayanmaktadır. Eğer bu yoksa Sözleşme'nin getirdiği denetim sisteminin güçlüklerle karşılaşacağı açıktır. Nitekim AİHM denetiminin ikincilliği, iç hukuk yollarının etkili olmaması durumunda değişmekte ve Mahkeme ilk derece mahkemesine dönüşmektedir²⁹⁷.

²⁹³ GÖZÜBÜYÜK/GÖLCÜKLÜ, age, s.49.

²⁹⁴ WİLDHABER, agm, s.25.

²⁹⁵ ÜNAL, AİHS, s.83; TEZCAN/ERDEM/SANCAKDAR, age, s.68; MEMİŞ, agm, s.165.

²⁹⁶ WİLDHABER, agm, s.26.

²⁹⁷ MEMİŞ, agm, s.165; Mahkeme özellikle Türkiye'ye karşı "iç hukuk yollarının tüketilmesi" kuralını en yumuşak ve gevşek şekliyle uygulamaya başlamıştır. Başvuruların kabul edilebilirlik incelemesinde, şikâyet dair delil başlangıcından ziyade, şikâyet konusunun yani ihlal iddiasının ağırlığına bakılır olmuştur. Bugün, AİHM denetiminde, ulusal yargıcın neden "tutuklama kararı verdiği" veya sunulan "bir tanığı dinlemediği" sorgulanmaktadır. Mahkeme sahip olduğu denetim yetkisini gitgide genişleten bir eğilim içindedir ve bu

2.2.1.4.3.2. Somut inceleme yapma

İkincil olmasının doğal sonucu olarak, Mahkeme doğrudan doğruya ulusal mevzuatın kendisini değil, uygulamanın yol açtığı ihlal niteliğindeki sonuçları incelemeye yetkilidir. Bu nedenle kural olarak sadece “*somut*” inceleme yapmaktadır. Devlet başvurularında ise, somut bir hak ihlali aranmaksızın iç hukuk kuralları soyut olarak da denetlenebilmektedir²⁹⁸.

Ulusal mevzuata ilişkin “*soyut*” değerlendirme yapma yetkisine sahip olmayan AİHM, ihlal doğrudan iç hukuktaki bir mevzuattan kaynaklanıyorsa, bunu tespit etmek suretiyle ihlale sebep olan düzenlemenin taraf devletlerce değiştirilmesini sağlayabilmektedir²⁹⁹.

2.2.1.4.3.3. Objektiflik içerme

Mahkeme’nin yargılaması, sadece ilgili devlet ve başvuran ile mahkeme arasında dar kapsamlı subjektif bir anlam içermemektedir. Aynı zamanda Avrupa Konseyi üyesi devletleri ve onların anayasal organlarını da kapsayan objektif anlamı da bünyesinde barındırmaktadır³⁰⁰.

2.2.1.4.3.4. Özerk yorum

Sözleşme’nin güvence altına aldığı hak ve hürriyetlerin içeriği Mahkeme kararlarında belirlenerek sürekli geliştirilmektedir. Sözleşme’yi “*yaşayan bir belge*”³⁰¹ haline getiren bu uygulama, Sözleşme’de düzenlenen hak ve hürriyetleri Mahkeme içtihatlarıyla birlikte ele almayı gerektirmektedir³⁰².

AİHM, çeşitli yorum yöntemlerini kullanmakta³⁰³, değişen ekonomik ve sosyal koşullar ile etik anlayışları kararlarında göz önünde bulundurmaktadır. Bu yolla insan haklarının korunması standartları sürekli bir gelişime açık tutulmaktadır³⁰⁴. Sözleşme’yi “*Avrupa İnsan Hakları Hukukunun Anayasası*” yapan da, Mahkeme’nin kullandığı yorum tekniğidir³⁰⁵.

suretle ulusal mahkemeler düzeyinde hemen hemen bir nihai derece mahkemesi fonksiyonu görmeye başlamıştır (GÖZÜBÜYÜK/GÖLCÜKLÜ, age, s.III).

²⁹⁸ ÇAVUŞOĞLU, age, s.57, dn.1.

²⁹⁹ TEZCAN/ERDEM/SANCAKDAR, age, s.163.

³⁰⁰ İrlanda/İngiltere kararı, 18.01.1978, DOĞRU, age, s.75-164; AİHM, kararlarının sadece somut vakaları çözüme bağlamak olmadığını, çok daha geniş bir çerçevede Sözleşme normlarını açıklama, koruma ve geliştirme amacı taşıdığını açıklamıştır (SUNAY, agm, s.317).

³⁰¹ “Mahkeme’nin yerleşik içtihadında sürekli olarak belirtildiği üzere, Sözleşme güncel yaşam koşullarının ve gelişmelerin ışığında yorumlanması gereken, yaşayan bir belge niteliğindedir. Bu yargı sadece Sözleşme’nin normatif kuralları ile sınırlı olmayıp, onun faaliyete geçme mekanizmasının işleyişini sağlayan maddeler için de geçerlidir. Dolayısıyla bu hükümlerin 40 yıl önce bu Sözleşme’yi hazırlayan kişilerin iradelerine uygun olarak yorumlanmasıyla yetinilmesi mümkün değildir” (Loizidou/Türkiye kararı, 23.03.1995, BATUM, Süheyl; Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ve Türkiye, İstanbul 1996, s.97-125).

³⁰² ÇAVUŞOĞLU, age, s.74.

³⁰³ AİHS’nin nasıl yorumlanacağı konusunda en sistematik yaklaşım için bkz. Golder/İngiltere kararı, 21.02.1975, DOĞRU, age, s.33-50.

³⁰⁴ TEZCAN/ERDEM/SANCAKDAR, age, s.164.

³⁰⁵ ÇAVUŞOĞLU, age, s.74; SUNAY, agm, s.315.

Sözleşme hükümlerini yorumlarken, Mahkeme'nin göz önünde tuttuğu temel öge, AİHS'nin konusu, amacı ve özel nitelikleridir³⁰⁶. Mahkeme, hak ve özgürlüğe sahip olmayı kural; bunlara müdahaleyi istisna gördüğü için, istisnai hükümleri dar, kuralı ise geniş yorumlamaktadır. Gerekliğinde Sözleşme metnindeki ifade boşluklarından da yararlanarak esasında, muhtemelen lafza aykırı, fakat amaca uygun yoruma gidebilmektedir. Sözleşme'nin sağladığı koruma bu yoldan etkili kılınmak istenmektedir³⁰⁷.

AİHS'nin özelliklerinin anlatıldığı bölümde açıklandığı üzere, Sözleşme, güvence altına aldığı hak ve özgürlüklerin tanımlanması konusunda ayrıntı içermemektedir. Sözleşme'de, “mahkeme” (m.5), “cezai suçlama” (m.6), “cezaı gerektiren suç” (m.7) gibi iç hukuklarda da yer alan kavramlar kullanılmaktadır. Fakat AİHM, kendisini ne Sözleşme'nin lafzi anlamı, ne de belli bir ülkedeki mevzuatın bu terimlere verdiği anlamla bağlı tutmamış, özerk biçimde anlam belirleme yoluna gitmiştir³⁰⁸. Bunun sonucu olarak taraf devletin bir uyuşmazlığı iç hukukunda medeni veya ceza yargısı olarak belirlemesi, AİHM'ni bağlayıcı bir öneme sahip değildir. Mahkeme, özerk yorum yoluyla, AİHS ile güvenceye alınan hakların iç hukukta yapılan nitelendirmeye Sözleşme dışına çıkarılmasını önlemektedir. Örneğin, evlilik dışı birlikte yaşamayı, geniş anlamda “aile” kavramına dâhil etmekte ve ailenin korunması hükümlerine tâbi kılmaktadır³⁰⁹.

Sözleşme kavramlarına özerk anlam yüklenmesi, iç hukuklardan bağımsız hak ve hürriyetler anlayışının kurulmasına imkân vermektedir³¹⁰. Mesela, AİHM “sanık” kavramını bağımsız biçimde yorumlayıp nitelemekte, yalnızca ceza mahkemelerinde yargılananlarla sınırlı tutmamakta, “suç isnadı niteliği taşıyan her türlü bildirim kriteri” kullanılmaktadır. Benzer şekilde “mahkeme” kavramı içine, yargı erkinde yer alan düzenli mahkemelerden başka, cezaevi disiplin komisyonları, hakem heyetleri, meslek disiplin kurulları, arazi satım onay komisyonları gibi kanunla kurulmuş organlar da sokulmaktadır³¹¹.

Kural olarak idari uyuşmazlıklar AİHS kapsamında olmadığı halde, AİHM bir idari uyuşmazlığı medeni veya ceza yargısı olarak kabul etmek suretiyle AİHS'de öngörülen hakların korunması ve güvence altına alınmasına önem vermektedir³¹².

³⁰⁶ Loizidou/Türkiye kararı, 23.03.1995, **BATUM**, age, s.97-125.

³⁰⁷ **GÖZÜBÜYÜK/GÖLCÜKLÜ**, age, s.141.

³⁰⁸ **BATUM**, Etkiler, s.26; **BIÇAK**, agm, s.107-108.

³⁰⁹ **TEZCAN/ERDEM/SANCAKDAR**, age, s.164; **GÖZÜBÜYÜK/GÖLCÜKLÜ**, age, s.142-143.

³¹⁰ **SUNAY**, agm, s.316.

³¹¹ **ÜNAL**, AİHS, s.168.

³¹² **TEZCAN/ERDEM/SANCAKDAR**, age, s.164; Mahkeme'ye göre, bir olayda uygulanan kanunların niteliği önemli değildir. İster hukuki, ister ticari ve isterse idari kanunlar olsun ve olaya idari bir makam veya mahkemeden hangisi bakarsa baksın konu özel bir hak ve yükümlülüğü ilgilendirdiği takdirde 6. madde uygulanmalıdır (**ÜNAL**, AİHS, s.166-167).

2.2.1.4.4. Kararlarının niteliği

AİHS'nin “*Taraflar, taraf oldukları davalarda Mahkeme'nin kesinleşmiş kararlarına uymayı taahhüt ederler. Mahkeme'nin kesinleşmiş kararı, kararın uygulanmasını denetleyecek olan Bakanlar Komitesi'ne gönderilir*” şeklindeki 46. maddesinden, AİHM kararlarının bazı özellikleri ortaya çıkmaktadır.

2.2.1.4.4.1. Kesin olması

Komitelerin, oybirliği ile başvurunun kabul edilmez olduğuna veya davanın kayıttan düşürülmesine ilişkin verdikleri kararlar kesindir. Daire kararları, taraflar davanın Büyük Daireye gönderilmesini istemediklerini beyan ederlerse veya karardan itibaren 3 ay içinde davanın Büyük Daireye gönderilmesi istemezlerse veya Büyük Daire tarafından oluşturulan Alt-Kurul, Sözleşme'nin 43. maddesi uyarınca yapılan başvuruyu reddederse kesinleşir. Büyük Daire kararları ise kesindir.

Sözleşme’de, AİHM kararlarının kesin olduğu belirtilmiştir. Bu hüküm son derece doğaldır. Zira AİHM’nin tavsiye niteliğinde görüş bildirme yetkisi (AİHS m.47) dışındaki kararları yargısal kararlardır. Yargısal kararlar ise, kesinlik özelliği gösterirler³¹³.

AİHM kararlarının kesin olmasının tek istisnasının, İçtüzüğü’nün 80. maddesi gereği “*karar düzeltme*”³¹⁴, talebinde bulunulması olduğu söylenebilir. Taraflardan biri son karar üzerinde belirleyici bir etkisi olan ve Mahkeme kararının verildiği tarihte, Mahkeme tarafından bilinmeyen ve kendisi tarafından da bilinmesi mümkün olmayan bir olayın varlığını öğrendiği takdirde, bu olayı öğrendiği tarihten itibaren 6 ay içinde Mahkeme’den bu kararın (bir yargılama ile yeniden gözden geçirilerek) düzeltilmesini isteyebilir (İçt. m.80/1). Burada yapılan şey, daha önce verilen kararın tekrar gözden geçirilmesi işidir. Bu inceleme sonucu Mahkeme kararının değişme ihtimali vardır. Bu talepte bulunabilmek için, yeni ortaya çıkan maddi olayın Mahkeme’nin kararını değiştirebilecek güçte olması gerekir.

2.2.1.4.4.2. Bağlayıcı olması

AİHM kararları yargısal kararlardır. Yargısal kararlar ise, kesinlik özelliği gösterdiğinden tarafları bağlar. Bu nedenle Sözleşme’nin 46. maddesinde belirtilmese bile, AİHM kararlarının bağlayıcı olması durumunda değişiklik olmayacaktır³¹⁵.

³¹³ YILDIRIM, agm, s.295.

³¹⁴ YILDIRIM, agm, s.296; Bazı yazarlar (GÖZÜBÜYÜK/GÖLCÜKLÜ, age, s.122; ÜNAL, AİHS, s.404) İçtüzüğü’nün 80. maddesindeki düzenlemeyi “*yargılamanın yenilenmesi*” olarak isimlendirmektedir.

³¹⁵ YILDIRIM, agm, s.295.

Sözleşme’ye yönelik ihlal tespiti, davalı devleti ihlali ortadan kaldırmak ve sonuçlarını gidermek yükümlülüğü altına sokmaktadır. Mahkeme’nin ihlal tespit eden kararı, “*olabildiğince ihlalden önceki durumun yeniden tesisini*” gerektirmektedir³¹⁶. Bu nedenle davalı devletler, ihlalin giderilmesi amacıyla yapacakları düzenlemelerde Mahkeme’nin o konuyla ilgili ölçütlerini dikkate almak durumundadırlar.

Mahkeme kararlarının bağlayıcılığı kural olarak nisbidir; yalnız dava konusu ve davanın tarafları ile sınırlıdır. Ancak Sözleşme’nin genel amacı ve Mahkeme’nin gündemine gelen sorunların niteliğindeki değişimler, verilen kararların somut olay dışında bir anlam ifade etmesine yol açmaktadır. Dolayısıyla AİHM kararları yönünden “*bağlayıcı*” ibaresinin, sadece “*karar tarafı*” olanlar için değil, “*Sözleşme’nin tarafı*” olanlar için de hüküm ifade eder şekilde algılanması durumu ortaya çıkmaktadır. Buna “*yorumun bağlayıcılığı*” denilebilir³¹⁷.

2.2.1.4.4.3. İç hukuklarda doğrudan uygulanamaması

Kural olarak AİHM kararları beyan edici olduğu halde kararların tazminata ilişkin bölümü kurucu niteliktedir.

a. Kural: Kararlarının beyan edici olması

AİHM, ulusal mahkemelerin üzerinde bir temyiz makamı olmadığından, davalı devletin AİHS’ye aykırı işlemlerini ortadan kaldırmak, değiştirmek veya iptal etmek yetkisine sahip değildir. Sadece iç hukuk kurallarına göre alınan kararların ve yapılan işlemlerin AİHS’de güvence altına alınan hak ve özgürlüklere uygunluğu denetlenir³¹⁸. Denetleme sonunda da, Sözleşme’nin ihlal edildiğini tespit eden Mahkeme kararının ulusal hukuklara etkisinin niteliği, “*kurucu (inşai, yeni durum yaratan)*”³¹⁹ değil, “*beyan edici (ihzari, bildirici)*”dir. Yani Mahkeme, Sözleşme’ye aykırılığı ileri sürülen işlem veya eylemin Sözleşme hükümleriyle bağdaşıp bağdaşmadığını tespit etmekle yetinir³²⁰. Saptanmış bir ihlale son vermek, ihlalin sonuçlarını ortadan kaldırmak ve benzer durum doğurabilecek ihlalleri önleyebilecek önlemleri almak, davalı devletin yükümlülüğündedir.

AİHM kararlarının, davalı devletin iç hukukunda doğrudan uygulanamaması, AİHS m.41’in anlamından da çıkmaktadır. Zira davalı devletin iç hukuku, AİHS’ye aykırı bulunan karar veya işlemin sonuçlarını kısmen dahi gidermeye elverişli olmaması durumunda Mahkeme tazminata hükmedebilmektedir.

³¹⁶ TEZCAN/ERDEM/SANCAKDAR, age, s.124; ÜNAL, AİHS, s.403.

³¹⁷ SUNAY, agm, s.317.

³¹⁸ TEZCAN/ERDEM/SANCAKDAR, age, s.69; GÖZÜBÜYÜK/GÖLCÜKLÜ, age, s.36.

³¹⁹ YILDIRIM, AİHS, s.13.

³²⁰ GÖZÜBÜYÜK/GÖLCÜKLÜ, age, s.120; BATUM, Etkiler, s.133; ÜNAL, AİHS, s.403.

Mahkeme kararları iç hukukta doğrudan infaz kabiliyeti olan kararlardan olmadığı için, kararın yerine getirilmesi yönünde gereken önlemleri almak davalı devlete düşer. Kararı yerine getirecek devlet, kararı yerine getirme yol ve yöntemini seçmekte serbesttir³²¹. Ancak bu özgürlük, Sözleşme’yi uygulamama ya da uygulanmasını savsaklama iznini devletlere vermemektedir³²².

b. İstisna: Tazminat ödenmesi kararlarının kurucu nitelikte olması

Mahkeme hükmettiği tazminatın ödeme biçimini, ödeme yerini ve süresini, haczedilemez olduğunu, doğrudan başvurana ödenmesi gerektiğini, gecikme faizini kararında belirtmektedir. Bu nedenle Mahkeme’nin tazminatla ilgili verdiği karar “kurucu” niteliktedir. Çünkü Mahkeme burada yeni bir hukuki oluşuma sebep olmakta ve bunun uygulanması konusunda da herhangi bir serbesti alanı tanımamaktadır. Mahkeme, bir meblağa hükmetmişse, davalı devlet, bunu aynen yerine getirme yükümlülüğündedir.

AİHM kararlarının ihlal tespitine ilişkin bölümleri iç hukukta doğrudan doğruya icra edilmesi mümkün değildir. Buna karşılık tazminata ilişkin bölümleri eda davası niteliğinde olduğundan, iç hukukta doğrudan doğruya icra edilme kabiliyetine sahiptir. AİHM, 5718 sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkındaki Kanun³²³ anlamında yabancı mahkeme değildir. Çünkü yabancı bir devlet mahkemesi değil, iç hukukun parçası olan AİHS’nin denetim organıdır. Dolayısıyla yabancı mahkeme kararı olmadığına göre, AİHM’nin tazminata ilişkin kararlarının iç hukukta doğrudan icrası gerekir³²⁴.

2.2.1.4.5. Kararlarının etkisi

AİHM kararları, öncelikle davada hak ve özgürlüğünün ihlal edildiği tespit edilen başvurucuyu etkiler. Dolaylı olarak da ulusal hukuk düzenini etkiler. Şimdi kısaca bu etkilerini inceleyelim.

2.2.1.4.5.1. Doğrudan (kişisel) etkileri

İhlal kararı verilmesinden sonra, davalı devlet öncelikle ihlale son vermek ve/veya ihlalin sonuçlarını ortadan kaldırmak yükümlülüğündedir. Bu yükümlülük gereği AİHM kararının yerine getirilmesi konusunda değişik ihtimaller ortaya çıkabilir. Mesela, bazı kararların yerine getirilmesi için yalnızca tazminat ödemek yeterli olurken, bazı kararlar, af yasası çıkarılmasını veya yeniden yargılama yapmasını gerektirebilir.

³²¹ GÖZÜBÜYÜK/GÖLCÜKLÜ, age, s.124.

³²² ARSLAN, agm, s.276.

³²³ RG, 04.12.2007, S.26728.

³²⁴ YILDIRIM, AİHS, s.43-44.

a. Tazminat verilmesi

Başvuruyu esastan inceleyen AİHM, davalı devletin Sözleşme'yi ihlal ettiğini tespit etmiş ise, Sözleşme'nin 41. maddesine göre başvurucuya adil karşılık ödenmesine hükmedebilir. Bu adil karşılık maddi tazminat, manevi tazminat ve masrafları kapsamaktadır. AİHM kararında tazminata hükmedilmişse, başvurucuya ödeme yapmak ve bu ödemenin yapıldığına ilişkin evrakları Bakanlar Komitesi'ne göndermek suretiyle AİHM kararının tazminatla ilgili kısmı yerine getirilmiş olur.

b. Eski halin iadesi

AİHM, bir temyiz mahkemesi olmadığı için, taraf devletlerin AİHS'ye aykırı işlemini ortadan kaldırmak, değiştirmek veya iptal etmek yetkisi yoktur. AİHM, esastan incelediği bir başvuruda AİHS'nin ihlal edildiğini saptadığında, ilgili kişinin durumunun mümkün olduğunca ihlal öncesi hale getirilme yükümlülüğü doğmaktadır. Soyut durumlara bağlı olan bu zorunluluk, hukuksal veya maddi engeller yoksa yerine getirilmelidir. Dolayısıyla ihlalin geçmişe dönük kaldırılması yükümlülüğünün iki sınır vardır; Birincisi, hukuk güvenliği, ikincisi ise eski durumun tekrar iadesinin mümkün olmamasıdır³²⁵.

AİHM kararında tespit edilen ihlal mevzuattan kaynaklanıyorsa, ihlali ortadan kaldırmak, her defasında yasa koyucunun müdahalesini gerektirmektedir. Çünkü kişiye özel niteliği olmayan bir yasal değişiklik ile ihlale sebep olan yasanın değiştirilmesi gerekmektedir.

AİHM, bir idari işlemin Sözleşme'ye aykırı olduğuna karar vermişse, başvurucu bu karara dayanarak iç hukuk birimlerine başvurup, kararın gereğinin kendisi hakkında yerine getirilmesini talep edebilecektir. İhlale sebep olan idari işlemin kaldırılması veya değiştirilmesi gerekmektedir.

AİHM tarafından, kesinleşmiş bir mahkeme kararının AİHS'yi ihlal ettiğine karar verildiğinde, ulusal mahkeme kararı kendiliğinden geçersiz olmaz. Bunun için bir iç hukuk işlemine gereksinim vardır. AİHS ihlali, kesin hüküm niteliğinde olan bir yargısal faaliyetten kaynaklanıyorsa, AİHM'nin hükmettiği tazminatın ilgiliye ödenmesi başvurucuyu her zaman tatmin etmeyebilir. Kesin hüküm nedeniyle mağdur olan başvurucunun durumun ihlal öncesi hale getirilmesi bazen yargılanmanın yenilenmesi yöntemiyle olabilir³²⁶. Ancak AİHM'nin iç hukuktaki yargılamanın AİHS'ye aykırılığını tespit ettiği bütün kararlar için yargılamanın

³²⁵ YILDIRIM, AİHS, s.26.

³²⁶ ÜNAL, agm, s.68-69.

yenilenmesi yoluna gidilemez³²⁷. Mesela iç hukukta ceza infaz edilmişse veya makul sürede yargılama yapılmadığı tespit edilmişse; yeniden yargılama yapılması anlamsız olacaktır.

c. İnfazın durması, özel af, mahkumiyetin adli sicilden silinmesi gibi etkiler

Eski halin iadesinin tam mümkün olmadığı durumlarda, AİHS'nin ihlaline maruz kalanın durumunu iyileştirebilecek, ihlali sona erdirebilecek başka bireysel yöntemler kullanılabilir. Özel af, mahkûmiyetin adli sicilden silinmesi bunlardan bazılarıdır. Önemli olan başvurunun durumunun, mümkün olduğu kadar ihlal öncesine geri götürülebilmesidir.

Mahkeme, Sözleşme'nin ihlal edildiğini saptarsa ve yargılama sürecinde hukuka aykırı olan durum varlığını sürdürmekteyse (mesela tutukluluk) ihlale derhal son verilmelidir.

2.2.1.4.5.2. Dolaylı (genel) etkileri

AİHM'nin bir başvuruda AİHS'nin ihlal edildiğini tespit etmesi durumunda, öncelikle başvurucuyu ilgilendiren tedbirlerin alınması gerekmektedir. Ancak aynı tür ihlallerin tekrarının önlenmesi ve aynı konuda davalı olarak tekrar AİHM önüne çıkmamak için ayrıca genel tedbirler alınması da gerekmektedir.

Mahkeme'nin ihlal tespitine ilişkin kararının gerekçesine bakmak gerekir. Eğer ihlalin sebebi doğrudan yasa hükmü ise, Mahkeme kararının yerine getirilebilmesi, ancak bu yasa hükmünün değiştirilmesi ile mümkün olacaktır. İhlal mevzuattaki boşluktan kaynaklanıyorsa, Mahkeme kararının yerine getirmiş olması için değilse bile, gelecekte tekrar Mahkeme önüne davalı sıfatıyla çıkmamak için, söz konusu mevzuat boşluğunun doldurulması gerekir. İhlal bizzat mevzuattan değil, fakat bir kanun hükmünün Sözleşme'ye aykırı yorumlanıp uygulanmasından kaynaklanmış ise, Mahkeme kararının uygulanması yalnızca başvuru düzeyinde sonuç doğuracaktır. Bununla birlikte bu karar gereği uygulama veya içtihatla değişiklik yapılması halinde “*bireysel somut olay*” hukuk düzeninde bireysel boyutu aşan genel sonuçlar doğurabilecektir³²⁸.

AİHM standartlarına uyum sağlamak için gereken tedbirlerin alınmasında tek bir organa değil, yasama, yürütme ve yargı organlarına görev düşmektedir. Bütün devlet organlarının işbirliği içinde çalışmalarının büyük yararı vardır.

³²⁷ TEZCAN/ERDEM/SANCAKDAR, age, s.131, dn.227; YILDIRIM, agm, s.307.

³²⁸ GÖZÜBÜYÜK/GÖLCÜKLÜ, age, s.126-128.

2.2.1.4.6. Kararların uygulanmasının Bakanlar Komitesi tarafından denetlenmesi

AİHM'nin, Sözleşme'nin ihlal edildiğine ilişkin kararı, herhangi bir işlem yapılmadan, kendiliğinden iç hukuku etkilemez. Davalı devlet kararın gereğini yerine getirmekle yükümlüdür. İhlal kararının uygulanması, her şeyden önce maddi imkânsızlıklar hariç, saptanan ihlalin ve bu ihlalden doğan sonuçların ortadan kaldırılıp silinmesi demektir³²⁹.

AİHS'nin 46. maddesinin ikinci fıkrasında, “*Mahkeme'nin kesinleşmiş kararı, kararın uygulanmasını denetleyecek Bakanlar Komitesi'ne gönderilir*” şeklinde, sadece kararların hangi organ tarafından denetleneceği hususunda bir hüküm içermekte, buna karşın bir takım nedenlerle kararları iç hukukunda yerine getirmeyen davalı devlete karşı hangi organ tarafından, ne gibi yaptırımların uygulanacağı hakkında bir hüküm içermemektedir.

Mahkeme kararlarının hayata geçirilmesi Bakanlar Komitesi'nin sorumluluğundadır. Fakat unutulmamalıdır ki, uluslararası hukukta “*cebri icra*”nın yeri yoktur. AİHS ile kurulan denetim sisteminde, AİHM kararları, taraf devletlerin ulusal hukuk düzeninde doğrudan uygulanıp sonuç doğurma niteliğine sahip değildirler. Alınmış olan ihlal kararlarının yerine getirilmiş olması için, söz konusu ihlalin gerekli kıldığı uygun tedbirlerin alınması taraf devletlerin yetkisinde bulunan bir görevdir. Bakanlar Komitesi de ihlal kararlarını yerine getirmekle değil, fakat bunların yerine getirilmesini gözetmekle görevlidir³³⁰. Dolayısıyla Bakanlar Komitesi'nin yetkisi, AİHM kararlarının iç hukukta yerine getirilmesini denetlemekle sınırlıdır. Bakanlar Komitesi'ne AİHM kararlarının iç hukukta yerine getirilmesini sağlamak için gerçek anlamda zorlayıcı yetkiler verilmiş değildir³³¹.

AİHM tarafından verilen ve kesinleşen karar, Başkan tarafından Bakanlar Komitesi'ne gönderilir. Bakanlar Komitesi, Mahkeme kararını gündemine alır. Davalı devletin Mahkeme kararını yerine getirmek için ne gibi önlemler aldığını bildirmesi istenir. Bakanlar Komitesi, Mahkeme kararının yerine getirilmesi amacıyla davalı devlete bir bildirimde bulunurken herhangi bir öneride bulunmaz; Mahkeme kararının yerine getirilmesini yol ve yönteminin takdirini ve seçimini davalı devlete bırakır. Özellikle kararın yerine getirilmesinde davalı devletin elinde birden çok seçenek bulunması durumunda, bu çözüm yollarından birini seçebilmesi söz konusudur. Bu konuda Mahkeme veya Bakanlar Komitesi'nin çözüm yollarından kendi seçtiği bir yolu uygulaması için davalı devleti zorlama yetkisi yoktur³³².

³²⁹ GÖZÜBÜYÜK/GÖLCÜKLÜ, age, s.124.

³³⁰ GÖZÜBÜYÜK/GÖLCÜKLÜ, age, s.124.

³³¹ TEZCAN/ERDEM/SANCAKDAR, age, s.103, dn.124.

³³² GÖZÜBÜYÜK/GÖLCÜKLÜ, age, s.129.

Bakanlar Komitesi'ne verilen denetim görevinin gereği davalı devlet, Mahkeme kararları gereğince hayata geçirdiği yasal ve idari düzenlemeler ile aldığı diğer önlemleri (buna tazminatın başvurucaya ödenmesi de dâhildir) Bakanlar Komitesi'nin bilgisine sunmakla yükümlüdürler³³³. Bakanlar Komitesi, Mahkeme kararında tespit edilen ihlal devam ediyorsa, ilgili hükümetten ihlalin sona erdirilmesini, ihlalin sebep olduğu sonuçların ortadan kaldırılmasını veya ihlalden önceki durumun yeniden sağlanmasını talep eder. Belirli bir süre içinde bu talep yerine getirilmezse, konuyu yeniden gündemine alır. İlgili hükümete mektup gönderir. Daha sonra bir karar kabul eder. Kararın yerine getirilmesi için, İçtüzüğü'nün verdiği diğer imkânları kullanır.

Bakanlar Komitesi, davalı devletten tatmin edici bir sonuç alana kadar konuyu gündeminde tutar. Bakanlar Komitesi'nin davalı devletlerdeki muhatabı hükümetlerdir. Dışişleri Bakanları aracılığıyla Hükümetlerle ilişki kurmakta, tazminatın ödenmesi dışında “*ihlallerin tekrarlanmaması*” için hangi tedbirlerin alındığını inceleyerek, kararın gereğinin yerine getirildiğine kanaat getirdiğinde, başvuru dosyasını kapatmaktadır³³⁴.

Bakanlar Komitesi tarafından bir taraf ülke ile ilgili suçlayıcı rapor yayınlanması, bir devletin açıkça kınanması anlamına gelir ki, bu da uluslararası düzeyde oldukça ağır bir yaptırım sayılır. Bunun daha ötesinde atılabilecek adım, Avrupa Konseyi'nde alınacak siyasal bir kararla, Sözleşme'yi çiğneyen devletin Konsey üyeliğinden çıkarılması olabilir³³⁵.

2.2.2. Disiplin Suç ve Cezalarıyla İlgili Mevzuat ve Uygulamanın Sözleşme'ye Uygunluğu

Yukarıda izah edildiği üzere, AİHS ve eki protokoller, temel hak ve hürriyetlerin tamamını düzenlememiştir. İHEB'de düzenlenen haklardan sadece “*klasik haklar*” olarak adlandırılan kişisel ve siyasal hakların bir bölümüne yer verilmiş, ekonomik ve sosyal haklara yer verilmemiştir. Bu nedenle, Sözleşme'de öngörülen hak ve özgürlüklerin kamu görevlilerinin statüsüyle ilişkilendirilemeyeceği, bu çerçevede disiplin cezası verilme işlemlerinin Sözleşme'nin kapsamı dışında kaldığı düşünülebilir. Ancak, gerek Sözleşme'nin amaç ve kapsamı, gerekse AİHM'nin özerk yorum tarzıyla kendisini iç hukuklarla ve Sözleşme'deki maddelerin lafzıyla bağlı görmemesi karşısında disiplin cezası verilmesi işlemleri de Sözleşme kapsamındadır.

³³³ YILDIRIM, agm, s.321.

³³⁴ GÖZÜBÜYÜK/GÖLCÜKLÜ, age, s.129.

³³⁵ CENGİZ, Serkan; “Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarının İcrası ve Sürecin Denetlenmesi”, http://www.turkhukuk sitesi.com/makale_106.htm, 25.05.2009.

Disiplin cezası verilmesinin Sözleşme'nin kapsamında olduğu ve AİHM tarafından Sözleşme'ye uygunluğu denetlenebildiği kabul edildiğinde bu kez hangi hak ve özgürlüklerle çatışabileceği sorunu ortaya çıkmaktadır³³⁶.

Her şeyden önce, AİHS ve ek protokollerinde düzenlenen hak ve özgürlüklerden büyük bir bölümünün bir şekilde disiplin cezası verilmesi işlemleriyle ilişkili olduğunu söyleyebiliriz. Bu kapsamda “işkence yasağı (m.3)” “zorla çalıştırma yasağı (m.4)”, “hürriyet ve güvenlik hakkı (m.5)”, “adil yargılanma hakkı (m.6)”, “cezaların kanuniliği (m.7)”, “özel hayatın ve aile hayatının korunması (m.8)”, “düşünce, vicdan ve din özgürlüğü (m.9)”, “ifade özgürlüğü (m.10)”, “etkili başvuru hakkı (m.13)”, “ayrımcılık yasağı (m.14)” “eğitim-öğrenim hakkı (1. Prt. m.2)”, “aynı suçtan iki kez yargılanmama ve cezalandırılmama hakkı (7. Prt. m.4) dışındaki hak ve özgürlüklerle disiplin işlemleri arasında doğrudan bir ilgi kurmak mümkün değildir. Şimdi disiplin işlemleriyle ilgili hak ve özgürlükleri ayrı ayrı ele alıp inceleyelim.

2.2.2.1. İnsan onuruyla bağdaşmayan cezaya tâbi tutulmama hakkı (AİHS m.3) açısından

AİHS'nin 3. maddesinde; “Hiç kimse işkenceye, insanlık dışı ya da onur kırıcı ceza veya işlemlere tabi tutulamaz” denilmektedir. Aynı yasak Anayasa'nın 17. maddesinin 3. fıkrasında “Kimseye işkence ve eziyet yapılamaz; kimse insan haysiyetiyle bağdaşmayan bir cezaya veya muameleye tâbi tutulamaz” şeklinde düzenlenmiştir.

4551 SK'la AsCK'nın 23. maddesinde yapılan değişiklik öncesinde, erbaş ve erlere verilebilecek disiplin cezalarından biri de katıksız hapis cezasıydı³³⁷. Anayasa Mahkemesi, söz konusu cezanın askerliğe özgü bir ceza olduğunu, disiplinin sağlanması için askerliğe ilişkin cezalarda farklılıklar olabileceğini, cezanın üç gün yalnız ekmekle yetinmek zorunda bırakılmasının eziyet ve işkence sayılamayacağını, bir hapis odasında sağlık şartları altında tek başına çekilen ve küçük düşürücü niteliği bulunmayan böyle bir cezanın insanın sırf insan olma değerinin hak ettiğinden daha aşağı bir davranış sayılamıyacağı gerekçesiyle Anayasa'ya aykırı bulmamıştı³³⁸. Ancak bu cezanın infaz şekli itibarıyla Anayasa'nın 17/3 ve AİHS'nin 3. maddelerine uygun bir ceza olduğunu söylemek mümkün değildir.

³³⁶ **İŞIKLAR, Celal**; “Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin Disiplin Hukukuna İlişkin Kararları”, AYİMD, S.21, 2006, s.17.

³³⁷ Katıksız hapis cezası; erbaş ve erlere 21 güne kadar verilebilen bir kısa hapis cezasıydı. Erbaş ve erler katıksız hapis cezasını hapis odasında tek başına geçiriyorlardı. Katıksız hapis, bir katı minder ve gıda olarak yalnız su ve istihkak miktarı ekmek verilmek, tütün vs. verilmemek suretiyle infaz ediliyordu. Bu mahrumiyetler hapsin 4., 8., 12. günleriyle bundan sonra mahkumiyet müddetince her 3 günde bir kaldırılıyordu. Cezalının sıhhati katıksız hapse müsait değilse disiplin cezasının bir derece daha hafifi tatbik olunabiliyordu. Cezayı veren disiplin amirleri zorunluluk halinde cezanın sonraya bırakılmasını veya aralıklı infazını emredebilirdi.

³³⁸ Ay.Mah.28.6.1966, E.1963/132, K.1966/29, RG, 27.6.1967, S.12632.

477 SK'da düzenlenen disiplin suçlarının faili erbaşlara asli ceza ile birlikte rütbenin geri alınması cezası da verilebilir (477 SK m.41). AsCK'nın 35. maddesinin 4551 SK'la değiştirilmiş 2. fıkrasında rütbenin geri alınma cezasının “*cezalının rütbesinin kıtası huzurunda sökülmesi suretiyle*” yerine getirileceği düzenlenmişti. Cezanın bu şekilde infazı, onur kırıcı ve insan haysiyetine yakışmayan bir durumdu. Nitekim Anayasa Mahkemesi, “*İnsan haysiyeti kavramı, insanın ne durumda hangi şartlar altında bulunursa bulunsun sırf insan oluşunun kazandırdığı değer tanınmasını ve sayılmasını anlatır. Bu kavramın gelişmesi ve yerleşmesi çok uzun bir zaman almış, prangabentlik, teşhir, boyunduruk, dayak gibi cezaların kaldırılması bu sayede mümkün olabilmiştir. Bu bağlamda, örneğin, işlediği bir suç nedeniyle bireyin dayak, teşhir vb. bedensel ceza ya da muamelelere maruz bırakılması insan onuruyla bağdaşmaz. Keza, aleni infaz uygulaması, suçlunun ıslahını hedef alan modern ceza siyaseti anlayışı çerçevesinde demokratik hukuk devleti ilkesiyle de bağdaşmaz. Erbaşlar hakkında, bir kısım askerî suçlardan mahkûm olmaları halinde buna bağlı olarak rütbelerinin geri alınması cezası da verilmekte ve bu ceza, cezalının kıtası huzurunda rütbesinin sökülmesi suretiyle yerine getirilmektedir. Rütbenin geri alınması cezasının bu şekilde infaz edilmesi aynı zamanda cezalının teşhir edilmesi sonucunu da doğurmaktadır. Oysa suçlunun teşhir edilmesi, modern ceza hukuku anlayışıyla bağdaşmadığı gibi Anayasa'nın 17. maddesinde yer alan kimsenin insan onuruyla bağdaşmayan bir ceza veya muameleye tabi tutulamayacağı yolundaki ilkeye de aykırı bulunmaktadır*” gerekçesiyle düzenlemeyi iptal etmiştir³³⁹.

Şu anda TSK mensuplarına verilen disiplin cezaları arasında insanlık onuruyla bağdaşmayan nitelikte bir ceza bulunmadığını söyleyebiliriz. Ancak özellikle erbaş ve erlere 4 haftaya kadar verilebilen sıra harici hizmet cezasının infazında AİHS'nin 3 ve Anayasa'nın 17/3. maddesine aykırı durumların ortaya çıkabileceğini belirtmemiz gerekir. Zira söz konusu cezanın infazı konusunda AsCK'nın 185/1-D maddesinde “*Cezalının askeri hizmetlerde, sırası dışında ve fazla olarak dört haftaya kadar çalıştırılmasıdır*” şeklinde yapılan düzenleme belirsizlik içermektedir. Şöyle ki, “*askeri hizmet*” kavramının kapsamı çok geniştir. Ayrıca sıra harici hizmet cezasının 4 haftaya kadar verilebileceği belirtildiği halde, ceza olarak belirlenecek askeri hizmetin günlük, hangi aralıklarla ve ne kadar süre yaptırılacağı belirlenmemiştir. Cezayı veren disiplin amirinin takdir ve insafına bırakılmıştır. Dolayısıyla örneğin bir askere sıra harici hizmet cezası olarak, kış aylarında 1 hafta boyunca her gün 12 saat süreyle bina dışında fazladan nöbet tutturulması durumunda bu kişinin ruh ve beden sağlığını bozabilecek nitelikteki bu cezanın insanlık dışı cezaya dönüşeceğini söyleyebiliriz. Bu nedenle Anayasa'nın 17/3 ve AİHS'nin 3. maddesine aykırı fiillerin ortaya çıkmaması için sıra harici hizmet cezasının infaz şekli konusunda sınırlayıcı düzenlemeler yapılması gerekmektedir.

³³⁹ Ay.Mah.25.11.2005, E.2000/34, K.2005/91, RG, 8.11.2006, S.26340.

2.2.2.2. Zorla çalıştırma yasağı (AİHS m.4) açısından

“...Hiç kimse zorla çalıştırılmaz ve zorunlu çalışmaya tabi tutulamaz, 3. Aşağıdaki haller bu maddede sözü geçen “zorla çalıştırma veya zorunlu çalışma”dan sayılmazlar: a) Bu Sözleşme'nin 5. maddesinde öngörülen koşullar altında tutuklu bulunan kimseden tutukluluğu veya şartlı salıverilmesi süresince olağan olarak yapılması istenen çalışma; b) Askeri nitelikte bir hizmet veya inançları gereğince askerlik görevini yapmaktan kaçınan kimselerin durumunu meşru sayan ülkelerde bu inanca sahip kimselere zorunlu askerlik yerine gördürülecek başka bir hizmet....” (AİHS m.4/2,3). Aynı yasa Anayasa'nın 18. maddesinde; “Hiç kimse zorla çalıştırılmaz. Angarya yasaktır. Şekil ve şartları kanunla düzenlenmek üzere hükümlülük veya tutukluluk süreleri içindeki çalıştırmalar; olağanüstü hallerde vatandaşlardan istenecek hizmetler; ülke ihtiyaçlarının zorunlu kıldığı alanlarda öngörülen vatandaşlık ödevi niteliğindeki beden ve fikir çalışmaları, zorla çalıştırma sayılmaz” şeklinde düzenlenmiştir.

Her iki düzenlemeden de anlaşılabacağı üzere, askerlik hizmeti sırasındaki çalıştırmalar ve yine hükümlülük ve tutukluluk süresindeki çalıştırmalar zorla çalıştırma sayılmamaktadır. Bu bağlamda disiplin cezası olarak verilen sıra harici hizmet cezasının infazının zorla çalıştırma olarak kabulü mümkün değildir³⁴⁰.

2.2.2.3. Kişi özgürlüğü ve güvenliği hakkı (AİHS m.5) açısından

Pozitif askeri disiplin hukukumuzun AİHS'nin 5. maddesine uygunluğunu değerlendirmeden önce kişi özgürlüğü ve güvenliği hakkının Sözleşme'de düzenleniş şeklini ve AİHM'nin bu hakla ilgili bakış açısını incelemek gerekir.

2.2.2.3.1. Kişi özgürlüğü ve güvenliği hakkının düzenleniş şekli

“Özgürlük ve Güvenlik hakkı” başlığını taşıyan AİHS'nin 5. maddesinin 1. fıkrasında herkesin kişi özgürlüğü ve güvenliği hakkına sahip olduğu belirtildikten sonra 6 bent halinde bu hakkın sınırlanabileceği istisnai haller düzenlenmiştir³⁴¹. Maddede düzenlenen “kişi

³⁴⁰ AKSOYLU, agm, s.51.

³⁴¹ “1. Herkesin kişi özgürlüğüne ve güvenliğine hakkı vardır. Aşağıda belirtilen haller ve yasada belirlenen yollar dışında hiç kimse özgürlüğünden yoksun bırakılamaz. a) Kişinin yetkili mahkeme tarafından mahkum edilmesi üzerine usulüne uygun olarak hapsedilmesi; b) Bir mahkeme tarafından, yasaya uygun olarak, verilen bir karara riayetsizlikten dolayı veya yasanın koyduğu bir yükümlülüğün yerine getirilmesini sağlamak için usulüne uygun olarak yakalanması veya tutulu durumda bulundurulması; c) Bir suç işlediği hakkında geçerli şüphe bulunan veya suç işlemesine ya da suçu işledikten sonra kaçmasına engel olmak zorunluluğu inancını doğuran makul nedenlerin bulunması dolayısıyla, bir kimsenin yetkili merci önüne çıkarılmak üzere yakalanması ve tutulu durumda bulundurulması; 3. Bu maddenin 1.c fıkrasında öngörülen koşullara uyarınca yakalanan veya tutulu durumda bulunan herkes hemen bir yargıç veya adli görev yapmaya yasayla yetkili kılınmış diğer bir görevli önüne çıkarılır; 4. Yakalama veya tutuklu durumda bulunma nedeniyle özgürlüğünden yoksun kılınan herkes, özgürlük kısıtlamasının yasaya uygunluğu hakkında kısa bir süre içinde

özgürlüğü hakkı” felsefi olmaktan ziyade fiziki özgürlükle ilgilidir. Anayasa’nın 19. maddesinde de garanti altına alınan bu hak, kişilerin keyfi olarak yakalanamaması ve tutuklanamamasını ifade etmektedir.

AIHS’nin 5. maddesinde sınırlı sayıda açıklanan istisnai hallerin bütünlüklü sistem oluşturmadığı ve birçok hususla birlikte askeri disiplin işlemlerinde sorun yaşandığı ifade edilmektedir³⁴².

Anayasa’nın 19. maddesinde sayılan ve kişi hürriyetinin kısıtlanması sonucunu doğuran haller arasında disiplin cezaları sayılmamıştır. Ancak “Suç ve cezalara ilişkin esaslar” başlıklı 38. maddesinde; “İdare, kişi hürriyetinin kısıtlanması sonucunu doğuran bir müeyyide uygulayamaz” genel ilkesinden sonra “Silahlı Kuvvetlerin iç düzeni bakımından bu hükme kanunla istisnalar getirilebilir” denilmek suretiyle, TSK’nın iç düzenine yönelik olarak kanunla düzenlenmek şartıyla hürriyetin kısıtlanması sonucunu doğuran disiplin cezaları verilebilmesine imkân tanınmıştır. O halde AsCK’daki hürriyeti bağlayıcı mahiyetteki disiplin cezalarının Anayasal temeli mevcuttur.

Kişi hürriyetini sınırlayan disiplin cezalarının AIHS’nin 5. maddesine uygunluğunu değerlendirmeden önce bu konuda AIHM’nin içtihatlarıyla ortaya koyduğu bakış açısını incelemek gerekir. Zira yukarıda açıklandığı üzere Sözleşme’de düzenlenen hakların anlam ve içeriği konusunda tek belirleyici organ olan AIHM’dir ve Mahkeme iç hukuktaki makamların değerlendirmesiyle bağlı değildir.

2.2.2.3.2. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin bakış açısı

Kişi hürriyetini sınırlayan disiplin cezalarının AIHS’nin 5. maddesine uygunluğu konusunda Mahkemenin verdiği iki önemli karardaki (08.06.1976 tarihli Engel ve diğerleri/Hollanda kararı³⁴³ ve 22.12.2005 tarihli A.D./Türkiye kararı³⁴⁴) tespitlere göre;

karar vermesi ve yasaya aykırı görülmesi halinde kendisini serbest bırakması için bir mahkemeye başvurma hakkına sahiptir....” (AIHS m.5).

³⁴² IŞIKLAR, agm, s.5.

³⁴³ <http://ihami.anadolu.edu.tr/aihmgooster.asp?id=23>.20.01.2009; Karara konu olan olayda, Hollanda Ordusunda görevli 5 astsubaya, izinsiz göreve gelmeme, dikkatsiz otomobil kullanma, askerlikle bağdaşmayan makale yayınlama gibi disiplin suçlarından dolayı suçların ağırlığına göre disiplin amirlerince göz hapsi, oda hapsi, ağır oda hapsi yahut özel bir birlikte ve gözaltında askerliklerini yapma gibi disiplin cezaları verilmiş, itiraz üzerine bu cezalar Askeri Yüksek Mahkeme tarafından onanmıştır. Astsubaylar, kendilerine verilen ve özgürlüklerini kısıtlayan söz konusu yaptırımların AIHS’nin 5. maddesine aykırı olduğunu iddia etmişlerdir. Mahkeme verilen cezaların bir kısmının Sözleşme’nin 5. Maddesini ihlal ettiğine karar vermiştir.

³⁴⁴ <http://ihami.anadolu.edu.tr/aihmgooster.asp?id=5954>.20.01.2009; Karara konu olan olayda, bir astsubaya disiplin amiri olan Tabur Komutanı (yarbay) tarafından emre itaatsizlik disiplin suçundan dolayı AsCK’nın 171. maddesine göre 21 gün oda hapsi cezası verilmiştir. Ceza disiplin cezaevinde infaz edilmiştir. Cezaya itirazı Alay Komutanı tarafından reddedilmiştir. Cezanın iptali için açtığı dava AYİM tarafından 1602 SK’nın

2.2.2.3.2.1. Sözleşme hükümleri askerlere uygulanırken askerliğin gerekleri göz önüne alınmalıdır

Sözleşme'nin 1 ve 14. maddelerinde, taraf Devletlerin egemenlik yetkisi içinde bulunan “herkesin”, “ayrımcılığa tabi tutulmadan”, Sözleşme'nin Birinci Bölümünde yer alan haklardan yararlanacakları düzenlenmiştir. Askeri hizmetlerin zorla ve zorunlu çalışmadan hariç tutulması (AİHS m.4/3-b) ile toplanma ve örgütlenme özgürlüğünün silahlı kuvvetler mensupları tarafından kullanılmasında Devletin özel sınırlamalar getirebilmesi (AİHS m.11/2), Sözleşme'deki güvencelerin askerleri de kapsayacağını teyid etmektedir.

Sözleşme hükümlerinin yorumlanması ve uygulanması sırasında, askeri yaşamın özellikleri ve silahlı kuvvetler mensuplarının durumu üzerindeki etkileri göz önünde tutulmalıdır. Askeri disiplin sisteminin doğası gereği, sivil şahısların hak ve özgürlüklerine konulamayacak sınırlamalar, silahlı kuvvetler mensuplarına konulabilir. Askeri disiplin sisteminin varlığı, kendiliğinden taraf Devletlerin yükümlülüklerine aykırı düşmez. Bununla beraber askeri disiplin, Sözleşme'nin 5/1. maddesinin kapsamı dışında değildir.

2.2.2.3.2.2. Sözleşme'nin 5. maddesi yönünden kişi hürriyetini sınırlayan cezanın isminin önemi yoktur

Sözleşme'nin 5. maddesine göre, özgürlükten yoksun bırakma şartları sınırlı sayıdadır. Maddenin 1. fıkrasındaki “aşağıdaki haller hariç” ifadesi, özgürlükten yoksun bırakma hallerinin sınırlı sayıda olduğunu göstermektedir. Sözleşme'nin 5. maddesi “kişi özgürlüğü” kavramını kullanırken, bu kavramı klasik anlamıyla, yani kişinin fiziksel özgürlüğü biçiminde düşünmüştür. Bu maddenin amacı, bir kimseyi keyfi bir tarzda özgürlüğünden yoksun bırakmaya karşı korumaktır. Bu maddenin, Dördüncü Protokolün 2. maddesinde bulunan seyahat özgürlüğü üzerine getirilen kısıtlamalarla bir ilgisi yoktur. Bu durum, 5. maddede “özgürlükten yoksun bırakma”, “gözüaltına alma”, “tutma” kavramlarının kullanılmasından da anlaşılmaktadır.

Sözleşme'nin 5/1-b maddesi, “yetkili mahkeme tarafından verilen mahkûmiyet kararından sonra kişinin hukuka uygun olarak hapsedilmesi”ne izin vermektedir. Bu hüküm, kişinin suçlandığı eylemin hukuki niteliğine dayanan bir ayırım yapmamaktadır. Bu hüküm, bir “mahkeme”nin verdiği “mahkûmiyet” kararının, ulusal hukuk tarafından ceza veya disiplin hukukuna sokulmuş olup olmamasına bakılmaksızın, özgürlükten yoksun bırakmaya yol açan her türlü “mahkûmiyet” kararına uygulanır.

21/3. maddesi uyarınca disiplin cezaları yargı denetimi dışı olduğu için reddedilmiştir. Mahkeme AİHS'nin 5. maddesinin 1/a bendinin ihlal edildiğine karar vermiştir.

2.2.2.3.2.3. Silahlı kuvvetlerin bünyesindeki yaşamın normal sınırlarını aşan kısıtlamalar kişi hürriyetini sınırlayan cezadır

Her Devlet, kendi askeri disiplin sistemini düzenlemekle yetkilidir. Bu işlemi yaparken belirli bir takdir yetkisine sahiptir. Sözleşme'nin 5. maddesinin Devletlerden 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. Bununla beraber bu tür bir ceza veya tedbir, taraf Devletlerin silahlı kuvvetlerindeki normal yaşam şartlarından açıkça ayrılan kısıtlama biçimini aldığı anda, Sözleşme'nin 5. maddesi hükümlerinden kurtulamaz. Bunun böyle olup olmadığını tespit etmek için, tartışma konusu ceza veya tedbirin niteliği, süresi, etkileri ve uygulanma tarzı gibi çeşitli faktörler dikkate alınmalıdır³⁴⁵.

Bir kimsenin Sözleşme'nin 5. maddesi anlamında özgürlükten yoksun bırakılmış olup olmadığı tespit edilirken, kalkış noktası, kişinin içinde bulunduğu somut şartlardır. Askerlik hizmetleri, Sözleşme'nin 4/3-b maddesinde açıkça öngörüldüğünden, kendi başına Sözleşme'deki kişi özgürlüğüne aykırı düşmez. Ayrıca, askerlik hizmetlerinin gerekleri, silahlı kuvvetler mensuplarının seyahat özgürlüklerine daha geniş sınırlamalar konulmasını gerektirebilir.

2.2.2.3.2.4. Disiplin cezası olarak verilen ve kişi hürriyetini sınırlayan cezalar Sözleşme'nin 5/1-a maddesi kapsamındadır

Sözleşme'nin 5/1-b maddesinde yer alan “*yasanın koyduğu bir yükümlülüğün yerine getirilmesini sağlamak için usulüne uygun olarak yakalanma veya tutulu durumda bulundurulma*” istisnasında yer alan “*bir yükümlülüğü yerine getirmek*” ifadesi sadece, hukukun bir kimseyi, o güne kadar yerine getirmediği belirli ve somut bir yükümlülüğü yerine getirmeye zorlamak için tutulmasına izin verildiği durumlarla ilgilidir. Bu ifadenin geniş yorumlanması mümkün değildir. Geçici hapislik, bir yükümlülüğün ileride yerine getirilmesini sağlamak için uygulanabilir. Sözleşme'nin 5/1-b maddesine göre, bir tutmanın haklı görülebilmesi için, tutmanın suçları bastırıcı veya cezalandırıcı olmaması gerekir.

³⁴⁵ Mahkeme'ye göre, Engel ve arkadaşlarına verilen disiplin cezalarından, 3-4 günlük hafif göz hapsi özgürlükten yoksun bırakma oluşturmaz. Çünkü bu cezayı alanlar mesai saatleri dışında askeri binalarda kalma zorunlulukları olsa da, kilit altında tutulmayıp görevlerini yapmaya devam etmektedirler. 12 günlük sıkı göz hapsi de özgürlükten yoksun bırakma sayılmaz. Çünkü sıkı göz hapsi, kışla içinde belirlenmiş bir alanda bulunma şeklinde uygulanmaktadır. Bu kişiler kantine, tesis içindeki sinemaya veya gezinti yerlerine gidemeseler de kilit altında değildirler. Başvuruculardan birine verilen ağır göz hapsi özgürlükten yoksun bırakma oluşturur. Çünkü bu cezayı alanlar, normal görevlerini yerine getirememekte, sürekli bir odada kilit altında tutulmaktadır. Başvuruculardan birine uygulanan geçici hapislik, 2 gün gibi kısa sürme özelliğine rağmen, ağır göz hapsi ile aynı şartları içerdiğinden özgürlükten yoksun bırakma sayılır. İki başvurucuya uygulanan disiplin odasında hapislik, özgürlükten yoksun bırakma oluşturur. Çünkü bu cezayı alan iki başvurucu, geceleri bir odada kilit altında tutulmuşlardır.

2.2.2.3.2.5. Kişi hürriyetini sınırlayan cezaya ancak yetkili mahkeme karar verebilir.

Sözleşme'nin 5/1-b maddesi, “*yetkili mahkeme tarafından verilen mahkûmiyet kararından sonra kişinin hukuka uygun olarak hapsedilmesi*”ne izin vermektedir³⁴⁶. Özgürlükten yoksun bırakma halinin Sözleşme'nin 5/1-a maddesine uygun olabilmesi için, bu halin yargı kararından doğması gerekir. “*Yetkili mahkeme*” kavramı yönünden, Sözleşme'nin 5/1-a maddesindeki şartlar, her zaman Sözleşme'nin 6. maddesindeki şartlar kadar geniş değildir³⁴⁷. Bu nedenle özgürlükten yoksun bırakma kararının, yürütme organı karşısında bağımsız ve uygun hukuki güvenceleri bulunan, olayı değerlendirmek için gerekli yetkiye sahip bir mahkeme tarafından verilmesi Sözleşme'nin 5/1-a maddesine uygundur.

2.2.2.3.2.6. Kişi hürriyetini sınırlayan karar idari makam tarafından verilmişse mahkemeye başvurma hakkı verilmelidir

Sözleşme'nin 5/4. maddesi taraf Devletleri, özgürlükten yoksun bırakma kararının “*idari bir makam*” tarafından alınması halinde, tutulan kişilere mahkemeye başvurma hakkı sağlamakla yükümlendirmektedir. Ancak özgürlükten yoksun bırakmanın “*yargılama sonunda mahkeme tarafından verilen bir kararla*” alınması halinde, aynı hakkın kullanılabileceğine işaret eden her hangi bir hüküm yoktur.

³⁴⁶ Engel ve diğerleri/Hollanda kararına ilişkin olayda, iki başvurucuya verilen ceza temyiz edildiği için, Yüksek Askeri Mahkemenin kararına kadar infaz edilmemiştir. Yüksek Askeri Mahkemenin mahkûmiyet kararından sonra özgürlüklerinden yoksun kalmışlardır. AİHM, “*Yüksek Askeri Mahkemenin 4 asker üyesi hukuken görevlerinden alınabilirler; ancak asker üyeler, sivil üyeler gibi 'mahkeme' kavramının içerdiği bağımsızlığa sahiptirler. Dava dosyasında, Dona ve Schul'un Yüksek Askeri Mahkeme önündeki yargılamada Sözleşme'nin 5/1-a maddesindeki yargısal güvencelerden yararlanamadıklarını gösteren her hangi bir şey yoktur. Kaldı ki 5/1-a maddesindeki şartlar, her zaman Sözleşme'nin 6. maddesindeki şartlar kadar geniş değildir. Yargılamanın yapıldığı özel nitelikteki şartlar dikkate alındığında, başvurularda sağlanan güvenceler Sözleşme'nin 5/1-a maddesi bakımından yeterlidir. Sonuç olarak, verilen ve uygulanan cezalar hukuka uygun olup, Sözleşme'nin 5/1. maddesindeki 'hukuken öngörülen usule göre' verilmişlerdir*” gerekçesiyle iki başvurucu bakımından “*yetkili mahkemenin mahkûmiyet kararından sonra hapsedilme*” şartının ihlal edilmediği sonucuna varmıştır.

³⁴⁷ AİHM, Hollanda Hukukunda bulunan Yüksek Askeri Mahkemenin “*yetkili mahkeme*” olduğuna karar vermiştir. Yüksek Askeri Mahkeme, biri başkan iki sivil hukukçu ile dört subaydan oluşur. Sivil üyeler, Yüksek Mahkeme yargıçları olup, Adalet ve Savunma Bakanlarının ortak tavsiyesi üzerine Kraliyet tarafından belirli bir süre için atanırlar. Asker üyeler 30 ile 70 yaş arasındaki subaylar arasından aynı usulle atanırlar. Yargıçlar göreve başlamadan önce adil ve tarafsız olacaklarına yemin ederler. Asker üyeler, silahlı kuvvetler mensubu kalmaya devam ederler; subay olarak da üstlerin verecekleri talimatlara bağlı kalacaklarına dair ettikleri yemine bağlıdırlar. Yüksek Askeri Mahkemede davalara tek yargıçla değil, heyet tarafından bakılır. Davalar mümkün olduğu kadar kısa sürede görülür; şikâyet eden asker ve gerekli görülürse cezayı veren komutan da dinlenir. Mahkeme, disiplin subayının kararını maddi ve hukuki noktalardan inceler; cezaları artırma yetkisi yoktur. Mahkemenin yaptığı yargılama ceza davalarında alenidir, ancak disiplin davalarında yargılama kapalı yapılır.

2.2.2.3.3. Pozitif askeri disiplin hukukumuzun değerlendirilmesi

Yukarıda AİHM'nin, özgürlüğü kısıtlayıcı disiplin cezalarının Sözleşme'nin 5. maddesine uygun olabilmesi için aradığı şartları belirttik. TSK'da uygulanan disiplin cezalarına baktığımızda, AsCK'da düzenlenen oda hapsi, göz hapsi ve izinsizlik cezalarının özgürlükten yoksun bırakma özelliklerinin bulunduğunu söyleyebiliriz.

2.2.2.3.3.1. İzinsizlik cezası açısından

Erbaş ve erler ile askeri öğrencilere verilen izinsizlik cezasında, cezalı sadece hafta tatilinden yararlanamamaktadır (AsCK m.185/C). Söz konusu asker kişiler, sürekli birlik ve kurumu içinde kalmakta ve hafta sonu çarşı iznine çıkabilmektedirler. İzinsizlik cezası verilmesi nedeniyle çarşı iznine çıkamayan cezalılar normal günlük faaliyetlerini yapabilmektedir. Bu nedenle TSK'nın bünyesindeki yaşamın normal sınırlarını aşmayan kısıtlamalar içeren izinsizlik cezası, özgürlükten yoksun bırakan bir ceza niteliğinde olmadığından Sözleşme'nin 5. maddesi kapsamında değildir.

2.2.2.3.3.2. Göz hapsi cezası açısından

Subaylar, astsubaylar, sivil memur, uzman jandarma ve uzman erbaşlar hakkında verilen göz hapsi cezasında; Cezalılar resmi daire, kışla, eğitim alanları ile sair yerlerdeki hizmetlerine devam ederler; Hizmetin bitiminden sonra hiçbir yere gidemez, kışlada veya resmi odalarda kalırlar; Hizmete ilişkin olanlar dışında hiçbir ziyaretçi kabul edemezler (477 SK m.38/1-A; AsCK m.24/1-A). Göz hapsi cezası, hizmetin ifası ile birlikte yerine getirilen bir ceza olup, hizmetin bitiminden sonra da devam eder. Bu nedenle TSK'nın bünyesindeki yaşamın normal sınırlarını aşmayan kısıtlamalar içeren göz hapsi cezası da, özgürlükten yoksun bırakan bir ceza niteliğinde olmadığından Sözleşme'nin 5. maddesi kapsamında değildir.

2.2.2.3.3.3. Oda hapsi cezası açısından

Subaylar, astsubaylar, sivil memur, uzman jandarma ve uzman erbaşlar hakkında verilen oda hapsi cezasında; Cezalılar mümkün olduğu takdirde, cezayı tek başlarına belirli bir hapis odasında geçirirler, emir veremezler ve genel hizmet yapamazlar. Askeri öğrenciler ile erbaş ve erler ise, oda hapsi cezasını belirli bir hapis odasında topluca geçirirler ve hapis odalarının kapısında bir nöbetçi bulundurulur. Ayrıca erbaş ve erlere ağır askeri hizmetler de yaptırılabilir (477 SK m.38; AsCK m.24).

Oda hapsi cezasının niteliği, etkileri ve uygulanma tarzı itibarıyla AİHM'nin içtihatlarına göre, TSK'nın bünyesindeki yaşamın normal sınırlarını aşan kısıtlamalar içermektedir. Bu

nedenle AİHS'nin 5/1-a maddesi kapsamındadır. Dolayısıyla oda hapsi cezasının infazı ancak “yetkili mahkeme” tarafından verilmesi halinde Sözleşme’ye uygun olacaktır.

Oda hapsi cezası disiplin amiri tarafından verildiğinde ancak bir üst amire itiraz mümkündür. Askeri hiyerarşi içinde verilen ve denetlenen bu cezayla ilgili yargısal denetim yasağı vardır. Dolayısıyla disiplin amirinin verdiği oda hapsi cezasının infazı, yetkili mahkemenin mahkûmiyet kararına dayanmadığından Sözleşme’nin 5/1-a maddesini ihlal etmektedir.

Anayasa Mahkemesi TSK’da görevli sivil personele disiplin yaptırımı olarak oda hapsi cezası verilebilmesine ilişkin düzenlemelerin Anayasa’ya aykırılığını incelerken, AsCK’da düzenlenen göz veya oda hapsi cezalarının, nitelikleri, yerine getirilmeleri ve sonuçları bakımından ceza hukuku anlamında özgürlüğü bağlayıcı ceza niteliği taşımayan sadece disiplini koruma ve bozulan disiplini sağlama niteliğinde olan cezalar olduğunu belirtmiştir. Bu kararında, Anayasa’nın 38/11. maddesinde yer alan; “*İdare, kişi hürriyetinin kısıtlanması sonucunu doğuran bir müeyyide uygulayamaz. Silahlı Kuvvetlerin iç düzeni bakımından bu hükme kanunla istisnalar getirilebilir*” şeklindeki düzenleme nedeniyle TSK’nın iç düzenine yönelik olarak kanunla düzenlenmek şartıyla idare tarafından hürriyetin kısıtlanması sonucunu doğuran disiplin cezaları verilebilmesine imkân tanındığını belirtmiştir³⁴⁸. Anayasa Mahkemesi, bu kararında sadece Anayasa’nın 38. maddesi açısından inceleme yapmış, AİHS’nin 5. maddesi ile ilgili hiçbir değerlendirmede bulunmamıştır.

Anayasa’nın 90. maddesinin son fıkrası uyarınca iç hukukumuzda kanun düzeyinde olan AİHS ile kanunların çatışması halinde AİHS hükümlerinin esas alınması gerekmektedir. Dolayısıyla AİHS’de düzenlenen hak ve özgürlüklerin anlam ve içeriklerini belirleyen bir yargı organı olan AİHM’nin Sözleşme’nin 5. maddesiyle ilgili içtihatları karşısında Anayasa’nın 38/11. maddesine uygun olarak AsCK’da yer alan disiplin amirinin oda hapsi cezası verebilmesiyle ilgili düzenlemelerin hukuka aykırı hale geldiklerini söyleyebiliriz. Bu nedenle kanuni değişiklik gerekmektedir.

Oda hapsi 477 SK’da düzenlenen disiplin suçlarında disiplin mahkemeleri tarafından da verilebilmektedir. Acaba disiplin mahkemelerinin oda hapsi cezası vermesi, işlemi Sözleşme’nin 5/1-a maddesini uygun hale getirir mi? İlerde ayrıntılı olarak inceleyeceğimiz üzere, disiplin mahkemelerinin organik yapısı ve üyelerinin bağımsızlıklarının bulunmaması nedeniyle “yetkili mahkeme” niteliği olmadığından, yargılama sonunda verdiği oda hapsi cezalarının infazı da Sözleşme’nin 5/1-a maddesini ihlal etmektedir.

³⁴⁸ Ay.Mah.25.11.2005, E.2000/34, K.2005/91, RG, 8.11.2006, S.26340.

2.2.2.3.3.4. Disiplin amiri veya üstün geçici tutuklama yetkisi açısından

Üçüncü Bölümde ayrıntılı olarak incelenecek olan “*Disiplin amiri veya üstün geçici tutuklama yetkisi*”, AsCK’nın 169. maddesinde “*Disiplinin temini için tevkif salahiyeti*” başlığı altında “*168 inci madde hükümlerini bozmamak şartıyla, her mafevk emir altında olmayanları da disiplinin temini için muvakkat olarak tevkif etmeğe veya ettirmeğe salahiyetlidir. Ancak bu tevkif keyfiyeti gün ve saatiyle derhal mevkufun disiplin amirine bildirilmelidir*” şeklinde düzenlenmiştir. Yaptığı bir disiplinsizlik nedeniyle kişinin hürriyetinin kısıtlanması söz konusudur. Herhangi bir mahkeme kararına dayanmadan (AİHS m.5/1-a) veya herhangi bir mahkemenin onayına sunulmadan (AİHS m.5/1-c) belirsiz bir süre disiplin amir veya üst tarafından kişinin hürriyetinin kısıtlanması Sözleşme’ye açıkça aykırıdır.

Her ne kadar Anayasa Mahkemesi AsCK’nın 169. maddesinde düzenlenen disiplin amiri veya üstün geçici tutuklama yetkisinin tutuklama ve yakalama ile hiç bir ilişkisinin bulunmadığını belirterek Anayasa’ya aykırı bulmamışsa da³⁴⁹, yapılan işlemin adına ne denilirse denilsin, kişinin bir disiplinsizliği nedeniyle hürriyetinin kısıtlanması söz konusudur. Anayasa’nın 90. maddesinin son fıkrası ve AİHM’nin Sözleşme’nin 5. maddesiyle ilgili içtihatları karşısında söz konusu düzenleme hukuka aykırı hale gelmiştir. Bu nedenle bu konuda da kanuni değişiklik gerekmektedir.

2.2.2.4. Adil yargılanma hakkı (AİHS m.6) açısından

Pozitif hukukumuzun AİHS’nin 6. maddesine uygunluğunu değerlendirmeden önce adil yargılanma hakkının Sözleşme’de düzenleniş şeklini ve AİHM’nin bu hakla ilgili bakış açısını incelemek gerekir.

2.2.2.4.1. Adil yargılanma hakkının düzenleniş şekli

Adil yargılanma hakkı, AİHS’nin 6. maddesinde; “*Herkes, gerek medeni hak ve yükümlülükleriyle ilgili nizalar, gerek cezai alanda kendisine yöneltilen suçlamalar konusunda karar verecek olan, yasayla kurulmuş bağımsız ve tarafsız bir mahkeme tarafından davasının makul bir süre içinde, hakkaniyete uygun ve açık olarak görülmesini istemek hakkına sahiptir. Hüküm açık oturumda verilir....*” şeklinde düzenlenmiştir.

³⁴⁹ Ay.Mah.28.6.1966, E.1963/132, K.1966/29, RG, 27.6.1967, S.12632.

AİHS'nin 6. maddesindeki düzenlemeden “*adil yargılanma hakkı*”nın şu dört şartı ortaya çıkmaktadır³⁵⁰ : “*Mahkeme*”, “*kanunilik*”, “*bağımsızlık*” ve “*tarafsızlık*”. Adil yargılanma hakkının gerçekleşmesi için öncelikle, yargılama bir “*mahkeme*” tarafından yapılmalı; ikinci olarak, bu mahkeme “*kanuni*” olmalı, yani yürütme organının düzenleyici işlemleriyle değil, yasama organının çıkardığı bir kanunla kurulmalı; üçüncü olarak, bu mahkeme “*bağımsız*” olmalı, yani, başka bir kişi veya organdan emir almamalı ve tarafların ve özellikle yürütme organının etki alanının dışında olmalı; dördüncü olarak nezdinde hak aranan mahkeme “*tarafsız*” olmalı, yani mahkeme üyelerinin davanın çözümünü etkileyecek bir ön yargılarının olmaması gerekmektedir³⁵¹.

Adil yargılama, hukuk devleti anlayışının temel ilkelerindendir. AİHS'nin 6. maddesinde kapsamlı bir şekilde düzenlenen bu hakkın Sözleşme'nin en temel kuralı olduğu Mahkeme kararlarında da vurgulanmaktadır³⁵².

Savunma hakkı, AİHS'nin 6. maddesi kapsamında korunmuştur. AİHM, 6. maddedeki “*hakkaniyete uygun yargılanma hakkı*” kavramını geniş yorumlayarak, maddede sayılan kanunla kurulmuş bağımsız ve tarafsız mahkemede makul sürede yargılanma, yargılamanın aleniliği gibi hakların yanında; maddede açıkça sayılmayan silahların eşitliği ilkesi, çelişmeli yargılama ilkesi, duruşmada hazır bulunma, susma ve kendini suçlamama hakkı, gerekçeli karar hakkı gibi hakları da 6. madde kapsamında değerlendirmektedir³⁵³.

2.2.2.4.2. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin bakış açısı

AİHS'nin 6. maddesinde, adil yargılanma hakkı, medeni hak ve yükümlülükler ile suç isnadına ilişkin konularda tanınmıştır. Bu yüzden kural olarak idari işlemler ve dolayısıyla da disiplin hukukuna ilişkin uyuşmazlıklar kapsam dışında kalmaktadır³⁵⁴.

Ancak, AİHM, Sözleşmenin uygulanmasında sahip olduğu özerk yorum yetkisi uyarınca, Sözleşme'de yer alan kavramları ilgili devletlerin iç hukuklarda verilen anlamla bağlı olmadan kendi anlayış ve değerlendirmesine göre nitelemektedir. Bu anlamda, bir uyuşmazlık, ilgili devletin iç hukukunda idari uyuşmazlık olarak nitelense bile, AİHM, bu uyuşmazlığı Sözleşme'yle korunan medeni ya da cezai alana ilişkin uyuşmazlık niteliğinde görüyorsa buna ilişkin davanın 6. maddedeki güvencelerden yararlanması gerektiğini kabul

³⁵⁰ GÖLCÜKLÜ, Feyyaz; Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesine Göre Doğru Yargılama, AÜSBF İnsan Hakları Merkezi Yayınları, Ankara 1995, s.18-23; GÖLCÜKLÜ/GÖZÜBÜYÜK, age, s.252-256; ÇAVUŞOĞLU, age, s.25-26; GÖZLER, Askeri, s.78.

³⁵¹ GÖZLER, Askeri, s.78.

³⁵² Bkz. Sunday Times/İngiltere kararı, 26.4.1979, DOĞRU, age, s.165-204.

³⁵³ GÖLCÜKLÜ/GÖZÜBÜYÜK, age, s.239.

³⁵⁴ NEDJATI, M. Zaim; Administrative Law, Cyprus 1974, s.162 (nakleden; SAĞLAM, agt, s.257).

etmektedir. İlgili devlette uyuşmazlığa bakan mahkemenin niteliği veya yapısı önemli değildir. Önemli olan dava konusu hakkın ya da suçlamanın nitelik ve anlamıdır³⁵⁵.

Şimdi disiplin cezası verilmesi işlemlerinin, medeni hak ve yükümlülükler ile suç isnadına ilişkin uyuşmazlıklar kapsamına girip girmediğine ilişkin AİHM'nin değerlendirmesini görelim.

2.2.2.4.2.1. Medeni hak ve yükümlülüklerden kaynaklanan davalar

AİHM, idari işlem ve eylemlerden kaynaklanan bazı davaları medeni hak ve yükümlülükler kapsamında görerek 6. madde kapsamına dâhil etmiştir. AİHM tarafından, kamulaştırma kararları, bir meslek ya da sanatın yürütülmesine ilişkin kararlar, işten çıkarma ile ilgili kararlar, idarenin kusurundan doğan zararın tazminine ilişkin davalar, idarenin takdir yetkisini kullanmasından kaynaklanan davalar 6. madde kapsamında değerlendirilmiştir³⁵⁶.

Mahkeme, kamusal niteliği ağır basan işlemlere ilişkin davaları ise, medeni hak ve yükümlülüklerden kaynaklanan davalar kapsamında görmemektedir. Buna göre, memurluğa girme, yükselme ve çıkarılma ile ilgili davaları 6. madde kapsamında değerlendirmemektedir³⁵⁷. Statüden kaynaklanan ilişkilerin 6. madde kapsamı dışında tutulması, taraf devletlerin egemenlik haklarına saygı gösterilmesinden kaynaklanmaktadır³⁵⁸. Ancak, memura ilişkin işlem, doğrudan parasal bir hakka ilişkinse ve bu taraf devletin takdir yetkisi kullanmasını gerektiren bir konu değilse, 6. madde kapsamında görülebilmektedir. Mahkeme bu anlamda, bir memurun kanuna dayanarak elde ettiği emekli maaşı hakkını, medeni hak kapsamında değerlendirmiştir³⁵⁹. Aynı şekilde, bir memurun alması gerekenden daha az maaş aldığı³⁶⁰ ya da maaşından kesinti yapıldığı³⁶¹ iddialarının da medeni hak talebine ilişkin olduğu kabul edilmiştir.

³⁵⁵ NEDJATI, age, s.160; GÖLCÜKLÜ, age, s.7; SANCAKDAR, age, s.355; SAĞLAM, agt, s.257; TEZCAN/ERDEM/SANCAKDAR, age, s.228.

³⁵⁶ TEZCAN, Durmuş; "Türk İdari Yargı Sisteminin Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Açısından Değerlendirilmesi", 2000 Yılında İdari Yargı Sempozyumu, Ankara 2000, (Değerlendirme), s.173-175; GÖLCÜKLÜ/GÖZÜBÜYÜK, age, s.271.

³⁵⁷ Glasennap ve Kosiek/Almanya kararı, 28.8.1986 (ALTIPARMAK, Kerem/KARAHANOĞULLARI, Onur; "Bölge İdare Mahkemesi Kararıyla Anayasanın 'Zimnen İptali'", İnsan Hakları Yıllığı, C.19-20, 1997-1998, s.227). Mahkeme, kısmen kamusal niteliği bulunmakla birlikte serbest meslek icra eden, yani Devletin statü ilişkisi bulunmayan muhasebeci, avukat, veteriner gibi serbest meslek mensuplarına verilen disiplin cezalarının genel olarak 6. madde kapsamında değerlendirmektedir.

³⁵⁸ SANCAKDAR, age, s.364; SAĞLAM, agt, s.258.

³⁵⁹ Lombardo/İtalya kararı, 26.12.1992, Scuderi/İtalya kararı, 24.8.1993, ALTIPARMAK/KARAHANOĞULLARI, agm, s.227.

³⁶⁰ De Santa/İtalya kararı, 2.9.1997, ALTIPARMAK/KARAHANOĞULLARI, agm, s.227.

³⁶¹ Abenavoli/İtalya kararı, 2.9.1997, ALTIPARMAK/KARAHANOĞULLARI, agm, s.227.

Mahkeme Gallo kararında³⁶², disiplin cezasına bağlı olarak ilgilinin maaşında azalma olmasına rağmen, yargıdan istenen hususun disiplin cezasının denetlenmesi olduğunu, bu durumunsa memurun kariyerine ilişkin olduğunu belirterek, disiplin cezalarının “*medeni hak ve yükümlülüklerden kaynaklanan dava*” kavramı dışında olduğuna karar vermiştir.

AİHM, genel olarak askerlik ve polislik gibi mesleklere ilişkin disiplin cezalarını, barolar ve meslek odası gibi kurumların üyelerine uyguladığı disiplin yaptırımlarını 6. madde kapsamı dışında tutma eğilimindedir³⁶³. Bu husustaki kriter Pellegrin kararı ile ortaya konmuştur. Sağlığı deniz aşırı ülkelerde görev yapmasına elverişsiz olması nedeniyle sözleşmesi yenilenmeyen kişinin idari mahkemedeki davasının uzun sürdüğü iddiasıyla yaptığı başvuruya ilişkin bu kararında, polis, asker veya yargı mensupları ile yüksek bürokratlar gibi devletin egemenlik alanıyla ilgili bir görevde bulunanlara, görevleri bağlamında uygulanan idari işlemlerin kamu hukukunu ilgilendirdiğinden “*medeni hak*” kapsamında olmadığına, dolayısıyla 6. maddenin korumasından yararlanamayacaklarına karar vermiştir³⁶⁴.

AİHM, Pellegrin kararında geliştirdiği kriter neticesinde, YAŞ kararıyla TSK’dan çıkarmalarla ilgili başvurularda kabul edilemezlik kararı vermektedir³⁶⁵. Yine, sendika üyesi memura verilen aylıktan kesme cezasına (Zengin/Türkiye, 03.04.1995), politik görüşlerini açıklayan savcının Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulu kararı ile meslekten çıkarılmasına (Altın/Türkiye, 06.04.2000) ilişkin disiplin işlemleri adil yargılanma hakkı kapsamında kabul edilmemiştir.

2.2.2.4.2.2. Suç isnadına ilişkin davalar

Mahkeme, özerk yorum yetkisiyle, suçlamanın şekli yahut zamanı ya da suçlayan makamın sıfatına değil, isnadın maddi içeriğine bakmaktadır. Genel olarak, bir kişinin suç işlediğinden şüphelenilmesi, bir şüphe ile yakalanması ya da tutuklanması, hakkında soruşturma açılmış olmasını “*suç isnadı*” niteliğinde görmektedir³⁶⁶.

³⁶² Gallo/İtalya kararı, 2.9.1997, ALTIPARMAK/KARAHANOGULLARI, agm, s.227.

³⁶³ GRABANWATER, Cristoph; “Yargılama Güvenceleri-Adil Yargılanma Hakkı”, Adil Yargılanma Hakkı ve Ceza Hukuku, Ankara 2004, s.188-192.

³⁶⁴ Pellegrin/Fransa kararı, 8.12.1999, <http://ihami.anadolu.edu.tr/aihmgooster.asp?id=977>, 20.01.2009.

³⁶⁵ Batur/Türkiye kararı, 4.7.2000; Duran vd./Türkiye kararı, 4.7.2000; Abul/Türkiye kararı, 4.7.2000, İŞIKLAR, agm, s.8; Doktrinde YAŞ kararıyla resen ayırmaların organik bakımdan idari bir karar gibi gözükmekle beraber mucerret disiplinsizlik olgusuna dayanarak öngörülen yaptırımın niteliği ve ağırlık derecesi açısından cezai nitelikte sayılmaları gerektiği ileri sürülmektedir. Dolayısıyla yargı yolunun kapalı olması hak arama özgürlüğünün ihlali sayılmaktadır (EROL, Mehmet Akif; “Adil Yargılanma Hakkı Ekseninde Yüksek Askeri Şura Kararları”, Yeni Türkiye Dergisi, S.22, C.1, s.218).

³⁶⁶ SAĞLAM, agt, s.259.

Mahkeme, bir fiilin “*suç isnadı*” niteliğinde olup olmadığını belirlerken, suça ilişkin iç hukuktaki niteleme ile suçun kapsam ve ağırlığına bakmaktadır. Buna göre ulusal mevzuatın suç saydığı bir fiil Sözleşme bakımından da suç niteliği taşımaktadır. Bu durumda başkaca bir kritere başvurmaya gerek yoktur. Buna karşılık iç hukukta suç sayılmayan (örneğin disiplin suçu olarak kabul edilen) bir fiilin 6. madde kapsamında olup olmadığının belirlenmesinde ise, suçun niteliğine ve ağırlığına bakılmaktadır³⁶⁷. Bu kriterlere göre; vergi cezaları, inşaat yapma hakkını sürekli ortadan kaldıran yasaklamalar, içki satma ruhsatına ilişkin kararlar, toplu taşımacılık ruhsatına ilişkin izin işlemleri gibi işlem ve yasaklamaları “*suç isnadı*” niteliğinde görerek 6. madde kapsamında değerlendirmiştir³⁶⁸.

Disiplin cezaları kural olarak 6. madde kapsamında “*suç isnadı*” olarak kabul edilmemektedir³⁶⁹. Mahkeme’ye göre, taraf devletler 6. maddenin konu ve amacına ters düşmemek kaydıyla suç hukuku ile disiplin hukukunu birbirinden ayırma hakkına sahiptirler³⁷⁰. Mahkeme bu yorumdan hareketle, kamu sektöründe bir daha çalıştırılmamak üzere göreve son verme, emeklilik hakkından tümüyle yoksun bırakma gibi en ağır disiplin cezalarını bile “*suç isnadı*” alanında görmeyerek 6. madde kapsamı dışında tutmuştur³⁷¹.

Mahkeme, Engel ve diğerleri/Hollanda kararında, taraf devletlerin disiplin yargılaması ile ceza yargılaması arasında ayırım yaptıklarını, disiplin cezalarının genellikle daha hafif cezalar olduğunu, kişinin adli siciline işlenmediğini ve çok sınırlı etkileri olduğunu, Sözleşme’nin taraf devletlerin ceza hukuku ile disiplin hukuku arasında ayırım yapmalarına izin verdiğini, Sözleşme’nin koruduğu hak ve özgürlüklerin kullanılmasına ilişkin olmayan bir fiilin taraf devletlerce “*suç*” olarak düzenlenmesi halinde Sözleşme’nin 6. ve 7. maddelerinin uygulanabileceğini, ancak taraf devletlerin, “*suç isnadı*” teşkil eden fiili işleyen bir kimseyi disiplin alanında kovuşturma yetkisinin olmadığını, hukukun üstünlüğüne bağlı toplumlarda, verilen cezadan kaynaklanan özgürlükten yoksun bırakma hallerinin “*suç isnadı*” alanına girdiğini vurguladıktan sonra Yüksek Askeri Mahkemenin disiplin cezasına itirazı karara bağlarken, kararını gizli oturumda vermesinin, AİHS’nin 6. maddesindeki aleniyet prensibine aykırı olduğunu belirtmiştir³⁷².

³⁶⁷ **JUDICIAL CONTROL OF ADMINISTRATIVE ACTS**; Multilateral Seminar, Madrid, 13-15 November 1996, Council of Europe Publishing, Printed in Germany 1997, s.134; **GÖLCÜKLÜ**, age, s.13.

³⁶⁸ **TEZCAN**, Değerlendirme, s.175.

³⁶⁹ **NEDJATI**, age, s.160; **KARAHANOGULLARI**, agm, s.58; **TEZCAN**, Değerlendirme, s.175, dn.109; **SAĞLAM**, agt, s.260.

³⁷⁰ **GÖLCÜKLÜ/GÖZÜBÜYÜK**, age, s.273.

³⁷¹ **ALTIPARMAK/KARAHANOGULLARI**, agm, s.230; Fransız Büyükelçisinin yapılan bir harcamada Devletin gelir-gider mevzuatına aykırı davranması sebebiyle Disiplin Suçları Mahkemesi tarafından para cezasına çarptırılmasına ilişkin bir olayda AİHM, olayı suç isnadı kapsamında değerlendirmiş ve Disiplin Suçları Mahkemesinde duruşma yapılmadan karar verilmiş olmasını 6. maddenin ihlali olarak kabul etmiştir (Guisset/Fransa Davası, 26.9.2000, <http://ihami.anadolu.edu.tr/aihmgoster.asp?id=1444>, 20.01.2009).

³⁷² **LİVANELİOĞLU**, age, s.104; **İŞIKLAR**, agm, s.7.

Mahkeme’ye göre, hukukun üstünlüğü ilkesine bağlı bir toplumda, türleri, süreleri ve infaz şekilleri itibariyle önemli olarak değerlendirilebilecek bir zarara yol açmayanlar hariç, “ceza” adı altında uygulanabilecek özgürlükten mahrum bırakan cezalar, “suç isnadı” kapsamına girmektedir. Davanın ciddiyeti, taraf Devletlerin gelenekleri ve AİHS'nin kişinin fiziksel özgürlüğüne atfettiği önem bunu gerektirmektedir³⁷³.

AİHM, öncelikle işlenen suçu tanımlayan hükümlerin, taraf devletin sistemine göre, ceza hukukuna mı, disiplin hukukuna mı veya aynı zamanda her ikisine birden mi ait olduğunu tespit etmenin gerekli olduğunu, ancak bunun nispi bir değeri olduğunu, taraf devletlerdeki düzenlemelerin göz önüne alınması gerektiğini, suçun niteliğinin daha önemli olduğunu, ayrıca ilgili kişinin maruz kalma riskini taşıdığı cezanın ağırlık derecesinin de göz önüne alınması gerektiğini, iç hukukun suçu disiplinle ilgili görmesinin önemli olmadığını, bir disiplin suçunun “suç isnadı” niteliğine kural olarak yalnızca yaptırımın niteliği ve şiddetine göre karar verilebileceğini belirtmektedir³⁷⁴.

2.2.2.4.3. Disiplin mahkemelerinin yapısının AİHS’nin 6. maddesine uygunluğu

Disiplin mahkemelerinin yapısının AİHS’ne uygun olup olmadığını incelemeden önce, bu mahkemelerin AİHS’nin 6. maddesinde öngörülen adil yargılanma hakkının kapsamında olup olmadığını tartışmak gerekir. Yukarıda belirtildiği gibi, kural olarak disiplin işlemleri bu maddenin kapsamı dışındadır. Ancak Mahkeme, Engel ve diğerleri/Hollanda kararında da olduğu gibi hafif nitelikte olmayan hürriyeti kısıtlayıcı cezaların verilmesi işlemlerini “suç isnadı” kavramı içinde görmektedir.

477 SK’da düzenlenen suçları işlediği tespit edilen asker kişilere disiplin mahkemeleri oda veya göz hapsi cezası verebilmektedirler. Yukarıda incelendiği gibi göz hapsi cezası hafif nitelikte hürriyeti bağlayıcı ceza olduğu halde oda hapsi cezası niteliği, etkileri ve uygulanma tarzı itibariyle TSK’nın bünyesindeki yaşamın normal sınırlarını aşan kısıtlamalar içerdiğinden AİHS’nin 5/1-a. maddesi kapsamındadır. Dolayısıyla oda hapsi cezasının infazı ancak “yetkili mahkeme” tarafından verilmesi halinde Sözleşme’nin 5/1-a. maddesine aykırı olmayacaktır. Bu

³⁷³ Bayrak/Türkiye kararı, 3.5.2007, <http://www.kazanci.com/kho2/inshaklari/kararlar.htm>, 20.01.2009; Karara konu olayda, TSK’da uzman erbaş olarak görev yapmış olan başvuran, Irak sınırında PKK üyelerine karşı düzenlenen bir operasyon sırasında gözcülük yapmak üzere görevlendirilmiş, yapılan denetlemeler sırasında kızılotesi bir kamera ile çevreyi gözetlemesi gerekirken uyuyakaldığı tespit edilmiştir. Denetlemeyi yapan kişiler kameranın kapalı olduğunu da tespit etmişlerdir. Başvuran aleyhinde disiplin mahkemesinde iki ayrı dava açılmıştır. Disiplin mahkemesince toplam 75 gün oda hapsi cezaları vermiştir. İtirazı üst disiplin mahkemesince reddedilmiştir.

³⁷⁴ Veyisoğlu/Türkiye kararı, 26.6.2007, <http://www.kazanci.com/kho2/inshaklari/kararlar.htm>, 20.01.2009; Karara konu olayda TSK’da onbaşı olarak askerlik görevini yapmış olan başvuran hakkında 3 ayrı disiplin suçunu işlediği iddiasıyla disiplin mahkemesinde dava açılmış, disiplin mahkemesince toplam 110 gün oda hapsi cezası verilmiştir. İtirazı inceleyen üst disiplin mahkemesi sadece bir suçla ilgili kararı onamıştır. Sonuç olarak, başvuran 40 gün oda hapsi cezası yatmıştır.

nedenlerle disiplin mahkemelerinin oda hapsi cezası vermeleriyle ilgili kovuşturmaları AİHS'nin 6. maddesi kapsamındadır.

Disiplin mahkemelerin kovuşturmalarının AİHS'nin 6. maddesi kapsamında olduğunu belirledikten sonra şimdi bu konuyla ilgili AİHM kararları ışığında yapılarının bu maddeye uygun olup olmadığına bakalım.

2.2.2.4.3.1. Mahkeme olma

Adil yargılanmanın hakkının birinci şartı, yargılamanın bir “*mahkeme*” tarafından yapılmasıdır.

AİHM içtihatlarında “*mahkeme*” deyimini, kanunla kurulan yürütme organı ve taraflar önünde bağımsız ve tarafsız bir makamı ifade eder³⁷⁵. Bu temel bir unsurdur. Diğer unsurlar ise bu organın yargısal rol ve adli fonksiyona sahip bulunması yani görevine dâhil konularda belli bir usul izleyerek ve hukuk kurallarına dayanarak gereğinde devlet zoruyla yerine getirilmesi mümkün kararlar verme yetkisini elinde tutmasıdır. Bu çerçevede genel ve olağan yargılama organları dışında yer alması veya yargısal fonksiyon yanında başka görevler de yürütmekte olması onun mahkeme sayılmasına engel olmaz. Uyuşmazlık konusu olayı hem fiili, hem de hukuki açıdan inceleme yetkisine sahip bulunmayan organlar mahkeme sayılmaz³⁷⁶.

477 SK'nın 2. maddesine göre, disiplin mahkemesi, biri başkan ikisi üye olmak üzere üç subaydan kurulur. Astsubay, erbaş ve erlerin yargılanmalarında, üyelerden biri astsubaylardan seçilir. Birinci Bölümde açıklandığı üzere disiplin mahkemeleri Anayasa Mahkemesi tarafından “*mahkeme*” kabul edilmektedir³⁷⁷.

Disiplin mahkemeleri, “*yargısal rol*” ifa eden ve bir “*adli fonksiyona*” sahip bulunan, keza belli bir usul izleyerek ve hukuk kurallarına dayanarak karar veren ve kararları Devlet gücüyle icra edilen kanunla kurulmuş mahkemelerdir. Bu itibarla AİHS'nin 6. maddesinde yer alan kanunla kurulmuş bir mahkeme kriterini karşılamaktadır. Bu mahkemelerin hâkim olmayan kişilerden kurulu olması tek başına AİHS'nin 6. maddesi anlamında “*mahkeme*” olarak kabul edilmemesi için yeterli değildir. Zira AİHM, bağımsızlık ve tarafsızlık kriterlerinin karşılanması koşuluyla çeşitli disiplin kurullarını dahi mahkeme olarak

³⁷⁵ GÖZÜBÜYÜK/GÖLCÜKLÜ, age, s.279 vd.

³⁷⁶ KOÇYİĞİT, agt, s.195.

³⁷⁷ Ay.Mah. 4.6.1970, E.6, K.29, AYMKD, S.8, s.298 vd.

nitelendirebilmektedir³⁷⁸. Aşağıda görüleceği gibi disiplin mahkeme üyeleri birlik komutanına karşı bağımsız ve gerekli teminata sahip değillerdir. Bu nedenle disiplin mahkemelerinin oluşumunun AİHS'nin 6. maddesi anlamında bir “mahkeme” olmadığını söyleyebiliriz³⁷⁹.

2.2.2.4.3.2. Kanunilik

Adil yargılanma hakkının gerçekleşmesinin ikinci şartı, yargılamayı yapacak olan mahkemenin “kanun” ile kurulmuş olmasıdır. Disiplin mahkemeleri, 477 SK ile kurulduğundan bu şartı taşımaktadırlar.

2.2.2.4.3.3. Bağımsızlık

Adil yargılanma hakkının gerçekleşmesinin üçüncü şartı, yargılamayı yapacak olan mahkemenin “bağımsız” olmasıdır.

AİHM, bir mahkemenin özellikle de taraflara ve idareye karşı “bağımsız” olup olmadığını araştırırken, üyelerinin atanma ve görevden alınma usulüne, görev süresine, üyelere emir verme yetkisine sahip bir makamın bulunup bulunmadığına, üyelerin her türlü etkiden korunmasını sağlayacak önlemlerin alınıp alınmadığına ve mahkemenin genel olarak bağımsız bir görünüm verip vermediğine bakmaktadır³⁸⁰.

AİHM, askeri personeli yargılamak amacıyla kısmen ya da tamamen askeri üyelerden oluşan askeri mahkemelerin kurulması uygulamasının, çok sayıda taraf devletin hukuk sisteminde bulunduğunu, ancak bağımsızlıklarını ve tarafsızlıklarını güvence altına alacak yeterli koruma tedbirlerinin bulunması halinde AİHS'ne uygunluk arz edeceğini belirtmektedir. AİHM, önüne gelen davalarda disiplin mahkemesi üyelerinin, hâkim statüsü bulunmayan ve hukuk eğitimi almamış subaylar olması, mahkemenin kurulduğu birlik komutanı tarafından seçilmeleri, askeri hiyerarşiye bağlı olmaları, meslek hayatlarının sonuna yaklaşmış subay olmamaları, yargı görevi yaparken üst makamlara bağlı olma ve eylemlerinden ötürü askeri hiyerarşiye hesap verme zorunluluğundan bağımsız tutulmalarını sağlayacak hiçbir özel güvencelerinin bulunmaması, davayı açan birlik komutanının üyelerden rütbe olarak üstün olması gibi nedenlerle disiplin mahkemelerinin objektif olarak bağımsız ve tarafsız bir mahkeme görüntüsü vermedikleri

³⁷⁸ Örneğin AİHM, disiplin suçlarını istinaf derecesinde yargılayan Belçika Hekimler Odasını (Le Compte, Van Leuven ve De Meyere/Belçika, 23.06.1981, <http://ihami.anadolu.edu.tr/aihmgoester.asp?id=46>, 20.01.2009), İngiltere'de cezaevleri disiplin kurulu görevi yürüten Cezaevi Müfettişler Komitesini (Campbell ve Fell/İngiltere, 28.6.1984, <http://ihami.anadolu.edu.tr/aihmgoester.asp?id=84>, 20.01.2009) ve Yukarı Avusturya Gayrimenkullere İlişkin Ticari İşlemler Bölge Komisyonunu (Ringeisen/Avusturya, 16.07.1971, <http://ihami.anadolu.edu.tr/aihmgoester.asp?id=14>, 20.01.2009) Sözleşmenin 6. maddesinin 1. fıkrasındaki anlamında “mahkeme” olarak kabul etmiştir.

³⁷⁹ GÖZLER, Askeri, s.90.

³⁸⁰ TEZCAN/ERDEM/SANCAKDAR, age, s.254; İÇEL, Kayıhan/ÜNVER, Yener; Adil Yargılanma Hakkı ve Ceza Hukuku, Ankara 2004, s.197-213.

sonucuna ulaşmış, ayrıca üst disiplin mahkemelerinin bu durumun telafî edilmesine imkân verecek güvenceler sunmadığını belirtmiştir³⁸¹.

AIHM, hâkimlerin görev sürelerinin, genel anlamda bağımsızlıklarının doğal bir sonucu olduğunu, ancak gerekli olan diğer koşulların bulunması durumunda bu sürenin kısa oluşunun hâkimlerin bağımsız olmadığı yönünde bir değerlendirmenin yapılabilmesi için yeterli olmadığını belirtmektedir³⁸².

Disiplin mahkemeleri bağımsızlık bakımından en küçük bir teminattan dahi yoksundurlar³⁸³. Bir kere, disiplin mahkemesi üyeleri birlik komutanı tarafından atanırlar ve görev süreleri bir yıldır. İkinci olarak, hazırlık soruşturması sonucunda dava açılıp açılmamasına karar vermek birlik komutanına aittir. Üçüncü olarak disiplin mahkemesi birlik komutanının emriyle toplanır. Dördüncü olarak mahkeme üyelerinin hiyerarşik sicil amiri, bu mahkemede dava açılmasına karar veren, dolayısıyla sanığın cezalandırılmasını isteyen birlik komutanıdır. Ayrıca bu üyelerin kıtadaki normal görevleri devam etmekte ve asıl görevlerinde tamamen birlik komutanına tabidirler. Böyle bir durumda bulunan mahkeme üyelerinin birlik komutanının yapabileceği muhtemel etkiye direnmeleri mümkün değildir³⁸⁴.

2.2.2.4.3.4. Tarafsızlık

Adil yargılanma hakkının dördüncü şartı, bu yargılamanın “*tarafsız*” bir mahkeme tarafından yapılmasıdır.

AIHM tarafsızlık kavramını objektif ve sübjektif olmak üzere iki ayrı açıdan ele almaktadır. Sübjektif tarafsızlık, mahkeme üyesi hâkimin kişisel tarafsızlığını ifade eder ve aksi sabit oluncaya kadar var sayılır. Objektif tarafsızlık ise kurum olarak mahkemenin kişide bıraktığı izlenim yani hak arayanlara güven veren tarafsız bir görünüme sahip bulunmasıdır. Bunun değerlendirilmesi organik (mahkemenin kuruluş şekli) ve fonksiyonel (görevin yerine getirilme tarzı) yönlerden yapılmaktadır³⁸⁵.

Tarafsızlık bağımsızlık kavramıyla yakından ilgilidir. Bu nedenle burada disiplin mahkemelerinin tarafsızlığını ayrıca tartışmaya gerek yoktur. Bağımsızlıkları bu derece şüpheli olan bir mahkemenin tarafsızlığından söz edilemez³⁸⁶.

³⁸¹ Bayrak/Türkiye kararı, 3.5.2007, <http://www.kazanci.com/kho2/inshaklari/kararlar.htm>, 20.01.2009.

³⁸² Veyisoğlu/Türkiye kararı, 26.6.2007, <http://www.kazanci.com/kho2/inshaklari/kararlar.htm>, 20.01.2009.

³⁸³ ERMAN, age, s.334; GÖZLER, Askeri, s.91; Askeri yargı organlarının bağımsızlığı ve tarafsızlığı konusunda bkz. ERMAN, age, s.337-338; KARDAS, age, s.7-25.

³⁸⁴ GÖZLER, Askeri, s.90.

³⁸⁵ TEZCAN/ERDEM/SANCAKDAR, age, s.254; İÇEL/ÜNVER, s.197-213.

³⁸⁶ GÖZLER, Askeri, s.91.

Sonuç olarak, mahkemelerin bağımsızlığı ilkesine dayanmayan, hâkimlik güvencesi olmayan ve hâkimlik niteliğini taşımayan sırf subaylardan oluşmuş, bir Komutanlığa bağlı, kararlarına karşı temyiz yolunun kapalı olduğu bir heyetin “mahkeme” olarak kabulü mümkün değildir. Bu durumdaki bir kuruluşun adı “mahkeme” de olsa niteliğinin “disiplin kurulu” olduğunu söyleyebiliriz. Dolayısıyla disiplin mahkemesinin bu yapısı, AİHS’nin 6. maddesinde öngörülen bağımsız ve tarafsız bir mahkeme tarafından yargılanma hakkına aykırıdır.

Disiplin mahkemelerinin AİHS’nin 5 ve 6. maddelerine uygun nitelikte karar verebilmeleri için, yasama organınca 477 SK’da gerekli değişiklikler yapılarak oda hapsi cezası verilmesi yetkisinin ortadan kaldırılması ya da disiplin mahkemelerinin bağımsız ve tarafsız bir mahkeme konumuna getirilmesi veya verdikleri kararlarla ilgili itirazların bağımsız ve tarafsız mahkeme tarafından incelenmesinin sağlanması gerekmektedir.

2.2.2.5. Suç ve cezada kanunilik ilkesi (AİHS m.7) açısından

AİHS’nin “cezaların yasallığı” başlıklı 7. maddesinde; “1. Hiç kimse, işlendiği zaman ulusal ve uluslararası hukuka göre bir suç sayılmayan bir fiil veya ihmalden dolayı mahkûm edilemez. Yine hiç kimseye, suçun işlendiği sırada uygulanabilecek olan cezadan daha ağır bir ceza verilemez. 2. Bu madde, işlendiği zaman uygar uluslar tarafından tanınan genel hukuk ilkelerine göre suç sayılan bir fiil veya ihmal ile suçlanan bir kimsenin yargılanmasına ve cezalandırılmasına engel değildir” şeklinde düzenleme yapılmıştır.

Görüldüğü gibi Sözleşme’nin 7. maddesinde “kanun”dan değil “ulusal ve uluslararası hukuk”tan söz edilerek bu konudaki belirleme yetkisi devletlerin iç hukuklarına bırakılmıştır. Buna göre suç ve cezaların belirlenmesine ilişkin norm türü üye devletlerin kendi sistemlerine göre belirlenecektir. Örneğin, ülkemizde bu norm türü “kanun” adındaki hukuk kurallarıdır. Sözleşme ile öngörülen husus, suç ve cezalarla ilgili keyfiliği önleyecek ve herkes için geçerli olacak kuralların konulmasıdır. Bu anlamda objektif ve herkes için uyulması zorunlu yazılı hukuk kurallarının yanında, İngiliz Common Law sisteminde olduğu gibi örf-adet kurallarıyla da suç ve ceza konulması mümkündür³⁸⁷. Yeter ki suç ve ceza öngören hüküm açık, anlaşılabilir ve ulaşılabilir olsun. Sözleşme’nin 7. maddesine göre ulusal hukuk kurallarının yanında sözleşmeler, gelenek ve uygar uluslarca benimsenmiş bulunan genel ilkelerden oluşan uluslararası hukuk kuralları da suç ve ceza açısından bir kaynak değerini taşımaktadır³⁸⁸.

³⁸⁷ Nitekim AİHM, 26.4.1979 Sunday Times/İngiltere kararında (DOĞRU, age, s.165-204), Common Law kurallarını Sözleşme’nin 7. maddesi anlamında bir hukuk kuralı sayarak bu kurallarla suç ve ceza ihdasını Sözleşme’ye aykırı görmemiştir.

³⁸⁸ GÖLCÜKLÜ/GÖZÜBÜYÜK, s.324 vd.; SAĞLAM, agt, s.94; Aksi görüşte olan ŞEN, Anayasa’nın 90. maddesi uyarınca bir kanunla onaylanan uluslararası sözleşmeler gibi üye ülkelerce benimsenenler dışındaki

AİHM'nin yaklaşımı Sözleşme'nin 7. maddesinin geniş yorumlanması yönündeyse de, maddenin disiplin hukukuna ilişkin uyuşmazlıklarda uygulanması söz konusu değildir. Zira AİHM, personelin YAŞ kararıyla ordudan ihraç edilmesini, askeri öğrencinin disiplin yoluyla okuldan çıkarılmasını, HSYK tarafından meslekten çıkarılma gibi disiplin işlemlerini ceza hukuku yaptırımını olarak kabul etmemektedir³⁸⁹.

2.2.2.6. Özel hayata ve aile hayatına saygı hakkı (AİHS m.8) açısından

“1. Herkes özel ve aile hayatına, konutuna ve haberleşmesine saygı gösterilmesi hakkına sahiptir. 2. Bu hakkın kullanılmasına bir kamu otoritesinin müdahalesi, ancak ulusal güvenlik, kamu emniyeti, ülkenin ekonomik refahı, dirlik ve düzenin korunması, suç işlenmesinin önlenmesi, sağlığın veya ahlakın veya başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması için, demokratik bir toplumda, zorunlu olan ölçüde ve yasayla öngörülmüş olmak koşuluyla söz konusu olabilir” (AİHS m.8).

Bu hakkın, disiplin hukuku ile doğrudan bir ilgisi bulunmamaktadır. Ancak bu hakkın ihlal edildiğine ilişkin AİHM’de açılan davalar bulunmaktadır³⁹⁰. Mesela YAŞ kararları ile TSK’dan çıkarılan askeri personel başvurularında, bu kararların başvuru sahiplerinin ailelerinin yaşam tarzına dayanması (eşlerin türbanlı olması) nedeniyle özel hayat ve aile hayatına saygı hakkının ihlal edildiği ileri sürülmüş, Mahkeme kabul edilebilirlik kararlarında bu hak bakımından şikâyetlerin incelenmesine karar verilmiştir³⁹¹.

AsCK’da hangi fiillerin disiplin tecavüzü oluşturduğu düzenlenmediğinden, herhangi bir amirin kişinin özel hayatına veya haberleşmesine müdahale ederek tespit ettiği bir fiille ilgili disiplin cezası vermesi işleminin AİHS’nin 8. maddesini ihlal etmesi söz konusu olabilir. Örneğin askeri birlik dışında, arama için gerekli kanuni koşullar bulunmadığı halde bir maiyetinin üzerini arayıp, bulduğu bir mektup içeriği nedeniyle ceza verilmesi gibi uygulamaların 8. maddeyi ihlal edeceğini söyleyebiliriz.

2.2.2.7. Düşünce, din ve vicdan özgürlüğü (AİHS m.9) açısından

“1. Herkes düşünce, vicdan ve din özgürlüğüne sahiptir. Bu hak, din veya inanç değiştirme özgürlüğü ile tek başına veya topluca, açıkça veya özel tarzda ibadet, öğretim, uygulama ve ayin yapmak suretiyle dinini veya inancını açıklama özgürlüğünü de içerir. 2. Din

milletlerarası hukuk kurallarının doğrudan ceza hukukunun kaynağı olamayacağını ileri sürmektedir (ŞEN, age, s.20).

³⁸⁹ Balcı/Türkiye kararı, 5.12.2000; Yanaşık/Türkiye kararı, 6.1.1993; Altın/Türkiye kararı, 6.4.2000, **İŞIKLAR**, agm, s.9.

³⁹⁰ **İŞIKLAR**, agm, s.9.

³⁹¹ Özcan/Türkiye kararı, 15.1.2001, **İŞIKLAR**, agm, s.9.

veya inancını açıklama özgürlüğü, ancak kamu güvenliğinin, kamu düzenin, genel sağlığın veya ahlakın, ya da başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması için demokratik bir toplumda zorunlu tedbirlerle ve yasayla sınırlanabilir” (AİHS m.9).

Herkes düşünce, vicdan ve din özgürlüğüne sahiptir. Demokratik toplum amacını gerçekleştirme aracı olarak değerlendirilen bu hak mutlak değildir. Hakkın sınırlanması veya bireylerin açıklamaya zorlanması mümkün değildir³⁹². AİHS’nin 9. maddesinin 2. fıkrasında sınırlanan sadece din ve inancı açıklama özgürlüğüdür.

AİHM, özellikle silahlı kuvvetler mensuplarının düşünce, din ve vicdan özgürlüğü çerçevesindeki faaliyetleri konusunda sınırlama getirilebileceğini kabul etmektedir. Mahkemeye göre, bunlar askeri yaşamın hiyerarşik yapısı ve üstlerin emretme yetkisi sebebiyle düzenin korunması ve hizmetin yürütülmesi amacıyla yöneliktir³⁹³. Bu gerekçeyle, Yanaşık/Türkiye kararı, köktenci İslami yayınları okuduğu ve ideolojik nitelikli toplantılara katıldığı için üst üste disiplin cezaları verilip nihayetinde okuldan çıkarılan askeri öğrencinin başvurusunda 9. madde ihlali bulunmadığına karar vermiştir³⁹⁴.

AİHM’nin askeri disiplin gerekçesiyle din ve vicdan özgürlüğünün kısıtlanabileceğine ilişkin kararları, özellikle YAŞ kararı ile TSK’dan çıkarılan kişilerin başvurularında yoğunlaşmaktadır. Başvuruları reddederken, çıkarma işleminin başvuruçunun dini inanç veya görüşleri, eşinin türbanı veya dini vecibelerini yerine getirmesi nedeniyle değil, askeri disiplin ve laiklik ilkesini ihlal eden tutum ve davranışlarından dolayı tesis edildiğini belirtmektedir³⁹⁵. Mahkeme’nin bu konudaki kararlarına, askerlik gibi sıkı kuralların hâkim olduğu kurumlara gönüllü olarak giren kişilerin, din ve vicdan özgürlüğüne getirilen kısıtlamalara katlanmakla yükümlü olduğu temel görüşü hâkimdir³⁹⁶.

Yukarıda belirttiğimiz gibi, AsCK’da hangi fiillerin disiplin tecavüzü oluşturduğu düzenlenmediğinden, herhangi bir amirin kişinin vicdan ve din özgürlüğü kapsamındaki davranışları nedeniyle disiplin cezası vermesi işleminin AİHS’nin 9. maddesini ihlal etmesi söz konusu olabilir. Örneğin askeri birlik dışında, mesai sonrası sivil kıyafetli olarak resmi bir ibadet kurumuna gidip ibadet eden kişiye sırf bu nedenle ceza verilmesi gibi uygulamaların 9. maddeyi ihlal edeceğini söyleyebiliriz.

³⁹² TEZCAN/ERDEM/SANCAKDAR, age, s.297.

³⁹³ ARSLAN, Zühtü; Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinde Din Özgürlüğü, Ankara 2005, (Din Özgürlüğü), s.46 vd.

³⁹⁴ Yanaşık/Türkiye kararı, 6.1.1993, GEMALMAZ, M.Semih; Avrupa İnsan Hakları Komisyonu Önünde Türkiye-1- Kabul edilebilirlik Kararları, 1. Bası, İstanbul 1997, s.393.

³⁹⁵ Kalaç/Türkiye kararı, 1.7.1997, <http://www.inhak-bb.adalet.gov.tr/aihm/karar/kalac.htm>, 20.01.2009.

³⁹⁶ IŞIKLAR, agm, s.10; Bu kararların eleştirisi için bkz. ARSLAN, Din Özgürlüğü, age, s.51.

2.2.2.8. İfade özgürlüğü (AİHS m.10) açısından

“1. Herkes görüşlerini açıklama ve anlatım özgürlüğüne sahiptir. Bu hak, kanaat özgürlüğü ile kamu otoritelerinin müdahalesi ve ülke sınırları söz konusu olmaksızın haber veya fikir almak ve vermek özgürlüğünü de içerir. Bu madde, devletlerin radyo, televizyon ve sinema işletmelerini bir izin rejimine bağlı tutmalarına engel değildir. 2. Kullanılması görev ve sorumluluk yükleyen bu özgürlükler, demokratik bir toplumda, zorunlu tedbirler niteliğinde olarak, ulusal güvenliğin, toprak bütünlüğünün veya kamu emniyetinin korunması, kamu düzeninin sağlanması ve suç işlenmesinin önlenmesi, sağlığın veya ahlakın, başkalarının şöhret ve haklarının korunması veya yargı gücünün otorite ve tarafsızlığının sağlanması için yasayla öngörülen bazı biçim koşullarına, sınırlamalara ve yaptırımlara bağlanabilir” (AİHS m.10).

AİHS’nin 10. maddesinde düzenlenen ifade özgürlüğü, sadece düşünciyi açıklama özgürlüğü değil, bilgi alma ve başkalarına bilgi sunmayı da içermektedir. Bu özgürlüğün kullanılması bazı görev ve sorumluluklarla sınırlanmıştır. Bu suretle taraf devletlere geniş bir takdir alanı bırakılmıştır³⁹⁷.

AİHM kararlarında, düşünciyi açıklama özgürlüğünün sınırlarının tespitinde ideal anlamda demokratik bir toplum için zorunlu olma, kanunla belirlenme ve meşru bir amaç gütmeye ölçütlerinin esas alındığı ve genel olarak hakkın geniş yorumlandığı görülmektedir³⁹⁸. AİHM’ne göre, madde ile sadece sorunsuz bazı düşünceler değil, devleti veya halkın bir kısmını şoke eden ve inciten ifadeler de koruma altına alınmıştır³⁹⁹. Yine, sadece sözlü açıklamalar değil, sanat eseri, filmler gibi düşünce ürünleri, sembol, üniforma, ilan, pankart gibi araç ve gereçler de kapsama dâhildir⁴⁰⁰.

Sözleşme’nin 10. maddesinde düzenlenen hakkın en çok tartışılan yönü siyasi ifade hürriyetine ilişkin uyuşmazlıklardır. Özellikle, kamu görevlilerine siyasi eğilim ve görüşlerini görevlerine yansıtma yasağının ihlalinin cezalandırılmasının bu maddeyi ihlal edip etmediği tartışılmaktadır⁴⁰¹.

AİHM, Glassenapp ve Kossiek davaları gibi birçok uyuşmazlıkta, ilgililerin siyasi görüşleri nedeniyle devlet memurluğuna alınmamalarının veya çıkarılmalarının maddeyi ihlal

³⁹⁷ BİLEN, Ali; “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İçtihatları Çerçevesinde Düşüncüyü Açıklama Özgürlüğü”, DD, S.106, 2003, s.101-102.

³⁹⁸ IŞIKLAR, agm, s.11.

³⁹⁹ Handside/İngiltere kararı, 7.12.1976, <http://ihami.anadolu.edu.tr/aihmgooster.asp?id=25>, 20.01.2009; Sunday Times/İngiltere kararı, 26.4.1979, DOĞRU, age, s.165-204.

⁴⁰⁰ IŞIKLAR, agm, s.11.

⁴⁰¹ IŞIKLAR, agm, s.12.

etmediğine karar vermiştir. Almanya'ya karşı açılan bu davalarda Glasenapp Nazi partisi üyesi, Kossiek ise Komünist parti üyesi olup, Sözleşme'de memuriyete giriş hakkı konusunda güvence bulunmadığı, ülke Anayasasıyla yasaklanan faaliyetlerin memuriyet engeli sayılmasının düşüncüyü açıklama özgürlüğü ihlali olarak değerlendirilemeyeceği gerekçesiyle davacıların öğretmenlik mesleğine alınmamlarına ilişkin başvuruda işin esasına girmemiştir⁴⁰². Buna karşılık Vogt kararında, Alman Komünist Partisinin aktif üyesi olan İngilizce öğretmeni memurun, fikri faaliyet nedeniyle memuriyetten ihracını 10. maddenin ihlali olarak kabul etmiştir⁴⁰³.

Mahkeme, Engel ve diğerleri/Hollanda kararında, ordunun özel işlevi nedeniyle çalışanların askeri disiplini yok etmelerine engel olmak için yasal kurallar konulmasının normal olduğunu, silahlı kuvvetlerdeki düzensizliğin toplum düzeninin bozulmasına yol açabilmesi ihtimaline binaen 10. maddenin 2. fıkrasındaki takdir alanının üye devletlerin lehine yorumlanması gerektiğini belirterek üstlerini eleştirmek için bastırıp dağıttıkları bildiri nedeniyle verilen bir cezadan dolayı ihlal bulunmadığı sonucuna ulaşmıştır.

Mahkeme, bir askerin komutanına yazdığı bir mektupta orduyu eleştirmesi üzerine verilen disiplin cezasının, mektup yayımlanmadığından ve hakaret içermediğinden fikir hürriyetini ihlal ettiğini belirlemiştir⁴⁰⁴.

2.2.2.9. Etkili başvuru hakkı (AİHS m.13) açısından

“Bu Sözleşme’de tanınmış olan hak ve özgürlükleri ihlal edilen herkes, ihlal fiili resmi görev yapan kimseler tarafından bu sıfatlarına dayanılarak yapılmış da olsa, ulusal bir makama etkili bir başvuru yapabilme hakkına sahiptir” (AİHS m.13).

AİHS’nin 13. maddesinde Sözleşme’deki hak ve özgürlükleri ihlal edilen kişinin ulusal makamlara başvuru hakkı güvence altına alınmıştır. Buna göre öncelikle iç hukuk yolları tüketilmelidir.

AİHM’ne göre, etkili başvuru yolu, yargısal bir yol olmak zorunda değildir⁴⁰⁵. Ancak etkili olmalıdır⁴⁰⁶. Bu yönden idari itiraz durumunda itirazı inceleyen makam ilk cezayı

⁴⁰² Kossiek/Almanya kararı, 28.6.1986, <http://ihami.anadolu.edu.tr/aihmgooster.asp?id=115>, 20.01.2009; Glasenapp/Almanya kararı, 28.6.1986, <http://ihami.anadolu.edu.tr/aihmgooster.asp?id=114>, 20.01.2009.

⁴⁰³ İŞIKLAR, agm, s.12.

⁴⁰⁴ Grigoriades/Yunanistan kararı, 25.11.1997, <http://ihami.anadolu.edu.tr/aihmgooster.asp?id=720>, 20.01.2009.

⁴⁰⁵ K.Klass/Almanya kararı, 06.09.1978, <http://ihami.anadolu.edu.tr/aihmgooster.asp?id=30>, 20.01.2009.

⁴⁰⁶ İŞIKLAR, agm, s.15; GÖZÜBÜYÜK/GÖLCÜKLÜ, age, s.398.

kaldırabiliyorsa, ilk cezayı verenin denetimi ve etkisi altında değilse, yapılan idari başvuru etkili bir başvuru yoludur⁴⁰⁷.

Mahkeme, 13. maddedeki hakkın bağımsız olup olmadığı konusunda farklı kararlar vermiştir. Başlangıçta mutlaka Sözleşme'deki başka bir hakkın ihlali halini şart koşturmakta iken sonraki bazı kararlarında bunların ihlali olmaksızın uygulanabileceğini belirtmiş, ancak zaman zaman ilk kararlarına dönmüştür. Askeri personelin YAŞ kararları ile TSK'dan çıkarılmasının Sözleşme'nin 9. ve 13. maddelerini ihlal ettiği iddiaları hakkında 9. maddeyle ilgili kabul edilemezlik kararları verirken, başka bir hakkın ihlali bulunmaması nedeniyle 13. maddeyle ilgili başvuruyu savunulabilir bulmamıştır⁴⁰⁸.

AİHM'nin genişletici nitelik taşıyan özerk yorumu neticesinde disiplin cezaları, konu ve ağırlıklarına göre Sözleşme'de düzenlenen bazı haklar kapsamında kabul edilebilmektedir⁴⁰⁹. Örneğin bir memurun bir gazetede yaptığı basın açıklaması nedeniyle verilen bir yıl kademe ilerlemesinin durdurulması cezasıyla ilgili başvuruyu Sözleşme'nin 10. maddesi kapsamında esastan incelemeye almış olması gibi⁴¹⁰.

AsCK'na göre verilen disiplin cezalarına karşı itiraz ve şikâyet yolu olduğu, bu durumda üst amirin cezayı kaldırma yetkisinin bulunduğu, 657 SK'ya göre verilen disiplin cezalarından uyarma ve kınama haricindeki cezalara karşı yargısal başvuru hakkı bulunduğu, uyarı ve kınama cezalarına karşı sadece idari başvuru yolunun olduğu göz önüne alındığında genel olarak disiplin cezalarına etkili başvuru yolu bulunduğu savunulmaktadır⁴¹¹. Ancak AİHM, sendikal faaliyet nedeniyle uyarma cezası verilen bir memurun başvurusu ile ilgili davada, AİHS'nin taraf Devletlere getirdiği yükümlülüğün etkili başvuru yolu tanımak olduğu, bunun teoride değil uygulamada da etkili olması gerektiğini, başvuruyu inceleyecek makamın adli makam olması gerekmesi de, yetkileri ve sunduğu güvencelerin başvurunun etkili olup olmadığını belirlediğini, yargı denetimi dışı bırakılan uyarma cezasına yapılan itirazın etkili başvuru sağlamadığını kabul etmiştir⁴¹².

Askeri hâkimlere MSB tarafından verilen disiplin cezalarına karşı mevzuatımızda hiçbir başvuru yolu düzenlenmemiştir. Askeri hâkimlere verilen disiplin cezalarına karşı başvurulabilecek idari veya yargı yolunun düzenlenmemiş olması, hukuk devleti ilkesi ve hak arama özgürlüğüyle bağdaşmamaktadır.

⁴⁰⁷ AKSOYLU, agm, s.46.

⁴⁰⁸ Duman/Türkiye, 3.10.2002, 99/45555 ve Akbulut/Türkiye, 6.2.2003, 99/45624 sayılı kabuledilebilirlik kararları, İŞIKLAR, agm, s.15; YAŞ kararlarının 13. maddeyi ihlal ettiği iddiası için bkz. EROL, agm, s.218.

⁴⁰⁹ SAĞLAM, agt, s.261.

⁴¹⁰ Akkoç/Türkiye kararı, 10.10.2000, <http://ihami.anadolu.edu.tr/aihmgoester.asp?id=1480>, 20.01.2009.

⁴¹¹ AKSOYLU, agm, s.46.

⁴¹² Karaçay/Türkiye kararı, 27.7.2007, <http://www.kazanci.com/kho2/inshaklari/kararlar.htm>, 20.01.2009.

2.2.2.10. Ayrımcılık yasağı (AİHS m.14) açısından

“Bu Sözleşmede tanınan hak ve özgürlüklerden yararlanma, cinsiyet, ırk, renk, dil, din, siyasal veya diğer kanaatler, ulusal veya sosyal köken, ulusal bir azınlığa mensupluk, servet, doğum veya herhangi başka bir durum bakımından hiçbir ayrımcılık yapılmadan sağlanır” (AİHS m.14).

Sözleşme’nin 14. maddesi, geniş bir ayrımcılık yasağı koymamakta, yalnızca Sözleşme’deki hak ve özgürlüklerin kullanılması bakımından ayrımcılık yasağını güvenceye almaktadır. Yani, bağımsız bir ilke olmayıp, Sözleşme’nin ve ek protokollerin diğer hükümleriyle birlikte yorumlanması gerekmektedir⁴¹³. Bununla beraber AİHM maddenin özerkliğini kabul etmektedir⁴¹⁴.

Her farklı uygulama değil, eşit durumda olanlara eşit muamele yapılması ihlal kapsamına girmektedir. Eşitlik halinde de, amaç ve sonuç arasındaki ilişki ve orantıya bakılmalıdır⁴¹⁵.

Mahkeme, Engel ve diğerleri/Hollanda kararında, disiplin cezalarının infazında askerlerin rütbelerine göre farklı muamele yapılmasının⁴¹⁶ Sözleşme’nin 14. maddesini ihlal edebileceğini, 14. maddede geçen “veya herhangi başka bir durum bakımından” ifadesinden de anlaşılacağı üzere, maddede gösterilen ayrımcılık nedenlerinin sınırlı olmadığını, ayrıca özgürlüğü kısıtlamayla sonuçlanan bir ceza veya tedbirin infaz tarzına ilişkin bir farklılaştırmanın da 14. maddenin kapsamına gireceğini, ancak orduların hiyerarşik yapısının, askeri personele rütbelerine göre farklı muamelede bulunmayı getirdiğini, çeşitli rütbelerin farklı sorumlulukları bulunduğundan, bu durumun disiplin alanında eşitlikçi olmayan bazı muameleleri haklı kıldığını, bu tür eşitlikçi olmayan muamelelere birçok taraf devlette rastlandığını ve bu muamelelerin uluslararası insancıl hukuk tarafından da hoş görüldüğünü, bu bakımdan, AİHS’nin, ulusal makamlara geniş bir takdir yetkisi bıraktığını, rütbe gibi objektif bir ölçüye dayanan farklı uygulamaların, disiplinin korunması şeklindeki meşru amacın gereği olduğunu belirterek, askerlere verilen disiplin cezalarının infazı konusundaki orantılı farklılıkların 14. maddeyi ihlal etmediği sonucuna ulaşmıştır.

AİHM, yukarıdaki kararında ayrıca başvurucuların, askerler ile sivil şahıslar arasındaki eşitlikçi olmayan muameleye yönelik itirazlarını da incelemiş, askeri yaşamın şartları, gerekleri ve niteliğinin sivil yaşamdan farklı olduğunu, bu nedenle Sözleşme’yle bağdaşmayan bir

⁴¹³ TEZCAN/ERDEM/SANCAKDAR, age, s.393.

⁴¹⁴ IŞIKLAR, agm, s.15.

⁴¹⁵ IŞIKLAR, agm, s.15.

⁴¹⁶ Hollanda’da ağır göz hapsi şeklinde verilen geçici hapislik, subaylara verildiğinde kendi konutlarında, kışlada ve eğer askeri birlik kışlının dışında ise çadırda çektirilirken, astsubaylar ve erat kilitli odada çekmektedirler. Öte yandan disiplin odasında hapis, sadece erlere verilmektedir.

ayrımcılık olmadığına karar vermiştir.

TSK’da disiplin cezaları failin ve disiplin amirinin rütbelerine göre değişmektedir. Ayrıca oda ve göz hapsinin infazı konusunda da, ceza verilen kişinin rütbesine göre bazı farklılıklar (örneğin erlerin oda hapsi cezasını çektikleri yerin kapısında nöbetçi bulunması gerektiği halde, subay ve astsubayların oda hapsi cezası çektikleri yerin kapısında nöbetçi bulunmaması gibi) vardır. AİHM’nin içtihatlarında ortaya koyduğu kriterlere göre, objektif ve orantılı nitelikteki bu farklı uygulamalar AİHS’nin 14. maddesine aykırılık oluşturmamaktadır.

2.2.2.11. Eğitim hakkı (Ek 1 Nolu Protokol m.2) açısından

“Hiç kimse eğitim hakkından yoksun bırakılamaz. Devlet, eğitim ve öğretim alanında yükleneceği görevlerin yerine getirilmesinde, ana ve babanın bu eğitim ve öğretimin kendi dini ve felsefi inançlarına göre yapılmasını sağlama haklarına saygı gösterir” (1 Nolu Prt.m.2).

Ek 1 Nolu Protokolün 2. maddesinin birinci cümlesinde eğitim hakkı garanti altına alınmakta, ikinci cümlesinde ise bu hakla bağlantılı bazı önemli temel haklara yer verilmektedir.

AİHM, üçüncü kez kopya çeken üniversite öğrencisinin okuldan çıkarılması ve başka yüksek öğretim kurumuna kabul edilmemesine ilişkin disiplin yaptırımın, eğitim hakkını ihlal etmediğini, Ek Protokolün 2. maddesinde düzenlenen hakkın esasen ilköğrenimle ilgili olduğunu, kural olarak disiplin önlemlerinin bu maddeyi ihlal etmediğine karar vermiştir⁴¹⁷.

Mahkeme, disiplin kurulu kararıyla okuldan çıkarılan askeri öğrenci tarafından yapılan başvuruda, okuldan çıkarma işleminin ceza hukukunu ilgilendirmediğini ve medeni bir karakter taşımadığını, başka bir eğitim kurumunda öğrenime devam imkânının bulunması nedeniyle okuldan çıkarmaların 1 Nolu Protokolün 2. maddesini ihlal etmediğini, bir süre orduda askerlik hizmeti ifa etmeyi üstlenen başvurucunun, Devlete karşı bir borçlanmasının söz konusu olduğunu, disiplin ihlali neticesinde okuldan çıkarılma sonucu bu giderlerin Devlet tarafından istenmesinin 1 Nolu Protokolün 1. maddesinde düzenlenen mülkiyet hakkının ihlali anlamına gelmeyeceğine karar vermiş ve başvuruyu kabul edilemez bulmuştur⁴¹⁸.

⁴¹⁷ Sulak/Türkiye kararı, 17.1.1996, **GEMALMAZ**, age, s.425.

⁴¹⁸ Yanaşık/Türkiye kararı, 6.1.1993, **GEMALMAZ**, age, s.393.

Üçüncü Bölüm

TÜRK SİLAHLI KUVVETLERİNDE DİSİPLİN SUÇ VE CEZALARININ UYGULANMASI

3.1. DİSİPLİN SORUŞTURMASI

Disiplin suç ve cezalarının uygulanmasında keyfilik ve usulsüzlüklerden kaçınmak için denetime ihtiyaç olduğu kuşkusuzdur. Denetim yapılabilmesi için ise, önceden belirlenmiş usul ve şekillerde yapılan bir soruşturma sonucu uygulanmaları gerekir. Bu usul ve şekillerin bilinmesi memura güvence sağlar¹. Ayrıca bir fiilin disiplin suçu oluşturup oluşturmadığı, oluşturuyorsa hangi suçu oluşturduğu ve hangi cezanın verileceğini belirleyebilmek için de soruşturma yapılması gereklidir. Disiplin suçlarının düzenlendiği kanuna göre disiplin soruşturma usullerinde farklılıklar bulunduğundan ayrı ayrı inceleyeceğiz².

3.1.1. Askeri Ceza Kanununda Düzenlenen Disiplin Suçlarında

Birinci Bölümde ayrıntılı olarak açıkladığımız üzere, AsCK'da iki tür disiplin suçu vardır. Bunlar disiplin kabahatleri ve disiplin tecavüzleridir. Disiplin amiri maiyetinden birinin disiplin tecavüzü veya disiplin kabahati teşkil eden bir fiilini “*bizzat görerek*”, “*ihbar*” veya “*şikâyet*” gibi çeşitli şekillerde öğrenebilir. Bazı hallerde bir gazete veya yayın organında yayımlanan bir haber veya kulaktan kulağa dolaşan bir rivayet dahi disiplin suçunun ihbarı niteliğinde kabul edilerek ilgili şahıs hakkında disiplin soruşturmasına başlanması için yeterli olabilmektedir³.

Sözlü veya dilekçe ile bir kişinin cezalandırılması için başvuran kişi, ya bir vatandaşlık görevini yerine getirmek için meydana gelen bir olayı haber vermekte veya suçtan zarar gördüğünden müracaatta bulunmaktadır. Birinci halde “*ihbar*”; ikinci halde ise “*şikâyet*” söz konusudur⁴.

İçHizK'nın 25. maddesi uyarınca, her asker resmi ve şahsi işlerinden dolayı müracaatını söz veya yazı ile en yakın amirinden başlayarak silsile yoluyla yapar; 27. maddesi uyarınca, şikâyet söz veya yazı ile en yakın amire yapılır. Eğer bu amirden şikâyet olunacaksa bir derece üstündeki amire yapılır.

¹ ARICA, age, s.55; ASLAN, age, s.89.

² Öğrenci mevzuatında disiplin soruşturma usulü konusunda bir yeknesaklık yoktur. Her okulla ilgili Yönetmelik ve Yönergede ayrıntılı düzenlemeler bulunduğundan, çalışmamızın kapsamını aşacağı için öğrenci mevzuatında disiplin soruşturmasının yapılması ve disiplin cezalarının verilmesi konusu incelenmeyecektir.

³ ÖZBAKAN, Disiplin, s.60.

⁴ ŞAHİN, İ.Volkan; “Asker Kişiler Hakkında Şikâyet ve İhbar Usulleri”, AAD, Mayıs 2003, Y.31, s.91.

AsCK’da, herhangi bir şekilde maiyetinin disiplin suçu oluşturan fiili olduğunu öğrenen disiplin amirinin soruşturma yapması gerektiğine ilişkin bir düzenleme bulunmamaktadır. Disipline aykırı fiilin niteliğine göre herhangi bir soruşturma yapmadan AsCK’nın 175. maddesi uyarınca failin savunmasını alıp ceza verebilir. Örneğin, kıyafeti bozuk bir şekilde ve şapkasız olarak bina dışında dolaşan bir maiyetiyle karşılaşan disiplin amirinin herhangi bir soruşturma yapmasını gerektirecek durum yoktur.

Bazı durumlarda ise, soruşturma yapıp karar vermesi uygun olur. Örneğin, maiyetinden birinin kıyafeti bozuk bir şekilde ve şapkasız olarak bina dışında dolaştığını bir başka kişinin şikâyetiyle öğrenmişse, bu kişi ile şikâyet edilen arasında husumet olabileceğinden maiyetinin şikâyet edildiği şekilde dolaşıp dolaşmadığını o anda orada bulunanlara sorarak araştırması uygun olacaktır.

477 SK’nın 14/1. maddesi uyarınca, 477 SK’da düzenlenen disiplin suçlarında ve AsCK’nın 163/3. maddesi uyarınca, AsCK’da düzenlenen disiplin kabahatlerinde faile mutlaka disiplin cezası verilmesi gerekmektedir. AsCK’nın 163/2. maddesi uyarınca, AsCK’da düzenlenen disiplin tecavüzlerinde ise disiplin amiri ceza verip vermemekte serbesttir. Bu yüzden disiplin amirinin ceza vermeyi düşünmediği durumlarda disiplin tecavüzü niteliğindeki fiillerle ilgili soruşturma yapması gereksiz görülebilir. Ancak disiplin amirinin disipline aykırı bir fiilin, AsCK’da düzenlenen disiplin tecavüzü mü, yoksa disiplin kabahati mi ya da 477 SK’da düzenlenen disiplin suçu mu olduğunu hiçbir soruşturma yapmadan tespit etmesi kolay değildir. İddiaları soruşturduktan sonra fiilin niteliğini belirlemesi uygun olur. Aksi takdirde eksik bilgilere dayalı olarak, AsCK’da düzenlenen disiplin kabahati veya 477 SK’da düzenlenen disiplin suçu teşkil eden bir fiili hatalı bir değerlendirme ile disiplin tecavüzü olarak nitelendirip ceza vermemesi mümkündür. Böyle durumlarda ise, kendisinin fiili AsCK’nın 145. maddesinde düzenlenen “*astının suçu hakkında kasten takibatta bulunmamak*” suçunu oluşturabilecektir. Böyle sorunların ortaya çıkmaması için disiplin amirinin tüm iddia ve savunmaları detaylı olarak araştırdıktan sonra fiilin niteliğini belirlemesi uygun olacaktır.

AsCK’nın 162/2. maddesi uyarınca, AsCK’da düzenlenen disiplin kabahatlerinde disiplin amiri ceza vermek veya suç dosyası tanzim edip teşkilatında askeri mahkeme bulunan komutanlığa sevk etmek konusunda serbesttir. Eğer askeri mahkemeye gönderecekse, 353 SK’nın 95/2. maddesi uyarınca, şüphelinin kimliğini, isnat olunan suçu ve bu suçun delillerini gösterir bir kanaat raporu düzenler. Raporuna ilgili belgeleri ekleyerek adli yönden bağlı bulunduğu askeri mahkemenin teşkilatında kurulduğu kıta komutanına gönderir. Teşkilatında askeri mahkeme kurulan kıta komutanı, suç evrakını inceledikten sonra askeri savcıya gönderir. 353 SK ve CMK’da düzenlenen kurallara uygun olarak askeri savcılıkça soruşturma yapılır.

3.1.2. Disiplin Mahkemeleri Kanununda Düzenlenen Disiplin Suçlarında

477 SK’da düzenlenen disiplin suçlarında, disiplin soruşturmasının nasıl yapılacağı 14. maddesinde; “ (1) Maiyetinden birinin bir disiplin suçu işlediğini öğrenen her amir yetkisi dahilindeki oda veya göz hapsi cezalarıyla cezalandırılmasını uygun görmediği takdirde suçluluk nedenlerini ve suç delillerini kapsayan bir vaka raporu düzenleyip bunu silsile yolu ile teşkilatında disiplin mahkemesi kurulan komutan veya askeri kurum amirine en geç üç gün içinde gönderir. (2) Teşkilatında disiplin mahkemesi kurulan komutan veya askeri kurum amiri herhangi bir suretle bir disiplin suçunun işlendiğini öğrendiğinde doğrudan doğruya disiplin cezası vermeye yetkili olur ve buna dayanarak oda veya göz hapsi cezasıyla cezalandırılmasını uygun görmez ise dava açılmasının gerekip gerekmediğine karar vermek üzere derhal disiplin hazırlık soruşturması yapılmasını emreder. (3) Aksi halde birinci fıkraya göre işlem yapılmak üzere keyfiyeti disiplin cezası vermeye yetkili en yakın disiplin amirine bildirir ve varsa evrakı gönderir. (4) Disiplin hazırlık soruşturması disiplin subayı tarafından en kısa zamanda yapılır. İhbarı yapan amir tarafından yapılan soruşturma yeter görülürse bu, disiplin hazırlık soruşturması yerine geçer” şeklinde düzenlenmiştir.

Maddeden anlaşılacağı üzere 477 SK’da düzenlenen disiplin suçlarının soruşturulmasında üç önemli süje etkin rol oynamaktadır. Bunlar, “disiplin amiri”, “teşkilatında disiplin mahkemesi kurulan komutan” ve “disiplin subayı”dır. Bu süjelerin yetki ve görevlerini Birinci Bölümde incelemiştik.

477 SK’da düzenlenen disiplin suçlarının soruşturulmasında iki evre vardır. Bunlar; disiplin amirince soruşturma yapılması ve disiplin subaylığınca soruşturma yapılmasıdır. Şimdi bu evreleri inceleyelim.

3.1.2.1. Disiplin amiri tarafından soruşturma yapılması

Disiplin amiri, disiplin suçu işlendiğini çeşitli şekillerde öğrenebilir. 477 SK’nın 14/1. maddesinde yer alan; “Maiyetinden birinin bir disiplin suçu işlediğini öğrenen her amir yetkisi dâhilindeki oda veya göz hapsi cezalarıyla cezalandırılmasını uygun görmediği takdirde suçluluk nedenlerini ve suç delillerini kapsayan bir vaka raporu düzenleyip bunu silsile yolu ile teşkilatında disiplin mahkemesi kurulan komutan veya askeri kurum amirine en geç üç gün içinde gönderir” şeklindeki düzenlemeden disiplin amirinin faili kendisi cezalandıracağı durumlarda soruşturma yapmasına gerek olmadığı anlaşılmaktadır. Zira “cezalandırılmasını uygun görmediği takdirde” 3 gün içinde failin suçluluk nedenlerini ve suç delillerini kapsayan bir rapor düzenleyip teşkilatında disiplin mahkemesi kurulan komutanlığa göndermesi gerekmektedir.

Disiplin amirinin maiyetinden birinin bir disiplin suçu işlediğini herhangi bir şekilde öğrenmesi, genel olarak yetkisi dâhilinde oda veya göz hapsi cezası ile cezalandırması için yeterli değildir. Maiyetinden birinin disiplini ihlal eden bir fiili olduğunu öğrenen disiplin amirinin öncelikle bir “*ön soruşturma*” yapması gerekmektedir. Ön soruşturmadan maksat, ortada disiplini ihlal eden bir fiil olup olmadığı, böyle bir fiil varsa failin kimliği ve statüsü, mağdurun kimliği ve statüsü, fiilin işlendiği yer, zaman ve işleniş şekli ile ilgili bilgilerin tespiti ve fiilin niteliğinin belirlenmesidir. Disiplin amiri bu ön bilgileri topladıktan sonra, bu bilgiler ışığında bir soruşturma başlatacaktır. Bu kapsamda, failin savunmasını alır. Varsa tanıkları dinler. Suçun maddi delillerini muhafaza altına alır ve olayla ilgili evrakı toplar. Böylece soruşturma bir karar verilecek şekilde olgunlaşmış, deliller toplanmış, usulü muameleler tamamlanmış olur⁵.

Disiplin amiri, toplanan delilleri ve failin savunmasını inceledikten sonra edindiği kanaate göre, failin fiilinin disiplin suçu teşkil etmediği kanaatine varırsa suç evrakını işlemekten kaldırır; aksi kanaatte ise ya faili bizzat yetkisi dâhilindeki oda veya göz hapsi cezalarından birisiyle cezalandırır ya da failin disiplin mahkemesinde yargılanmasının temini için suç evrakını teşkilatında disiplin mahkemesi bulunan komutanlığa gönderir.

Disiplin amiri faili bizzat cezalandırmayıp disiplin mahkemesine sevk etmeye karar vermişse suç evrakını teşkilatında disiplin mahkemesi kurulan komutanlığa en geç üç gün içinde göndermek zorundadır. Üç günlük süre, suçun işlendiği tarihten değil, amirin suçu öğrendiği tarihten başlar. Disiplin amirine yönelik olan bu süreye uyulmaması disiplin suçu ile ilgili kovuşturmayla etki etmez. Ancak zorunlu nedenler dışında bu sürenin geçirilmiş olması disiplin amirinin sorumluluğunu doğurur.

Disiplin amirinin yapacağı soruşturma disiplin hazırlık soruşturması yerine geçebileceğinden (477 SK m.14/4) failin disiplin mahkemesine sevkine karar veren bir disiplin amirinin soruşturmayı ayrıntılı ve titizlikle yapması gerekir.

Disiplin suç evrakının teşkilatında disiplin mahkemesi kurulan komutanlığa intikalinden önce, aradaki kademelerde bulunan üst disiplin amirleri, faile disiplin cezası verme veya disiplin cezası verilmek üzere evrakı ilk amire iade etme yetkisine sahip bulunmamaktadırlar. Takdir yetkisi ilk amir tarafından kullanıldığına göre, suç evrakının teşkilatında disiplin mahkemesi kurulu komutanlığa ulaştırılması gerekmektedir. Ancak uygulamada ilk amir tarafından düzenlenen disiplin suçu ile ilgili dosyanın üst disiplin amirleri tarafından iade edildikleri görülebilmektedir.

⁵ BİLGİN, age, s.43.

3.1.2.2. Disiplin subayı tarafından soruşturma yapılması

Disiplin suçuyla ilgili dosyanın teşkilatında disiplin mahkemesi kurulan komutana intikali ile artık disiplin amirinin soruşturma yapma yetkisi sona ermektedir. 477 SK'nın 14 ve 15. maddelerinde suç dosyasının teşkilatında disiplin mahkemesi kurulan komutanlığa intikalinden sonra yapılacak soruşturmanın usulü düzenlenmiştir.

3.1.2.2.1. Disiplin subayının görevlendirilmesi

Teşkilatında disiplin mahkemesi kurulan komutan, disiplin amiri tarafından gönderilen⁶ suç dosyası kendisine geldikten sonra, fail hakkında dava açılmasının gerekip gerekmediğine karar verebilmek üzere disiplin hazırlık soruşturması yapılmasını emreder. Soruşturma yapmadan evrakı disiplin cezası verilmek üzere disiplin amirine iade edemez.

Teşkilatında disiplin mahkemesi kurulan komutanın, disiplin suçu işleyen asker kişi hakkında vereceği disiplin hazırlık soruşturması açılması emri üzerine fail hakkındaki disiplin hazırlık soruşturması disiplin subayı tarafından yapılır (477 SK m.14/4). Hazırlık soruşturması açılması emri verilmeden disiplin subayının resen soruşturmaya başlama yetkisi yoktur.

Teşkilatında disiplin mahkemesi kurulan komutan, suç dosyası kendisine gönderilmeden önce disiplin amiri tarafından yapılan soruşturmayı yeterli görmüşse, disiplin hazırlık soruşturması yapılmasına gerek kalmaz ve disiplin amirinin soruşturması disiplin hazırlık soruşturması yerine geçer.

Disiplin subayı tarafından yapılacak soruşturmada olay araştırılır. Failin ve tanıklarının disiplin amiri tarafından alınmış ifadeleri yeterli görülmez ise, yeniden ifadeleri alınabilir. Ayrıca sadece failin aleyhine olan deliller değil, lehine olan deliller de araştırılır.

3.1.2.2.2. Disiplin subayı tarafından yapılan soruşturmanın sonucu

Disiplin amiri tarafından yapılan soruşturma veya disiplin hazırlık soruşturma emri üzerine disiplin subayı tarafından yapılan soruşturma neticesinde, teşkilatında disiplin mahkemesi kurulan komutan tarafından 477 SK'nın 15. maddesinde düzenlenen 4 karardan birisi verilebilir. Teşkilatında disiplin mahkemesi kurulan komutan subay ve astsubay dışındaki

⁶ Disiplin amiri dışında askeri savcılık veya askeri mahkeme tarafından da suç dosyası disiplin mahkemesine gönderilebilir. Suç dosyası ilk aşamada askeri savcılıkta işlem görmüş ve fiilin disiplin suçu oluşturduğu gerekçesiyle görevsizlik kararıyla gönderilmiş ise, iddianame düzenlenerek disiplin mahkemesinde dava açılmalıdır. Askeri mahkemece fiilin disiplin suçu oluşturduğu gerekçesiyle verilen görevsizlik kararlarında ise, bu karar iddianamenin tüm sonuçlarını doğuracağından iddianame düzenlenmeden dosya disiplin mahkemesi esas defterine kaydedilerek duruşma açılması gerekmektedir (**KARDAŞ/ÇINGİ**, Disiplin, s.12; **ÖZBAKAN**, Disiplin, s.71).

asker kişiler hakkında açılan disiplin hazırlık soruşturması sonunda verilecek kararlar konusunda askeri hâkim sınıfına mensup disiplin subaylarına yazılı yetki verilebilir (477 SK m.15/2).

Yetki verilmemişse veya askeri hâkim sınıfına mensup değilse, disiplin hazırlık soruşturmasını yapan disiplin subayının karar verme yetkisi yoktur. Ayrıca 477 SK'da düzenlenen yetki ve görevler, teşkilatında disiplin mahkemesi kurulan komutanının şahsına verildiğinden, soruşturma sonunda verilecek kararların başka personel tarafından imzalanması halinde, bu kararlar yok hükmündedir⁷. Şimdi soruşturma sonunda verilebilecek kararları inceleyelim.

3.1.2.2.2.1. Görevsizlik kararı verilmesi

Fiil, adli veya askeri mahkemelerin görevine giren bir suç ise görevsizlik kararı verilir (477 SK m.15/A). Bu durumda dosya yetkili cumhuriyet savcılığına veya teşkilatında askeri mahkeme bulunan komutanlığa gönderilir⁸.

3.1.2.2.2.2. Fiilin AsCK'da düzenlenen disiplin suçu olduğunun belirlenmesi

Fiil, 477 SK'da düzenlenen bir disiplin suçunu oluşturmuyor, AsCK'da düzenlenen disiplin suçu (disiplin tecavüzü veya kabahati) niteliğinde ise, AsCK hükümleri uygulanacağından (477 SK m.15/B) suç dosyası disiplin amirine gönderilir.

3.1.2.2.2.3. Kovuşturmaya yer olmadığı kararı verilmesi

Soruşturma neticesinde failin disiplin suçunu işlediğine ilişkin dava açılmasını gerektirir yeterli deliller bulunmadığı takdirde, kovuşturmaya yer olmadığı kararı verilip sanığa tebliğ edilir (477 SK m.15/C). Keza, olay tarihinden itibaren beş aylık zamanaşımı süresinin geçmesi durumunda da kovuşturmaya yer olmadığı kararı verilmesi gerekecektir.

⁷ “Disiplin subayının tanzim ettiği iddianame karşısında usulüne uygun açılmış bir kamu davasından ve dava yokluğu sebebiyle de yargılama işleminin hukuki varlığından söz edilemez” (As.Yrgt.5.D.29.11.1999, E.734, K.732, **KARDAŞ/ÇİNGİ**, Disiplin, s.12).

⁸ 477 SK'nın 15. maddesinde, kovuşturmaya yer olmadığı kararının sanığa tebliğ edilmesinin gerektiği düzenlediği halde görevsizlik kararının tebliğ edilmesine ilişkin düzenleme bulunmamaktadır. Görevsizlik kararı neticesinde dosyanın gönderildiği adli makamların vereceği karardan sanığın haberdar olacağı düşünülerek böyle bir ayırım yapılmış olabilir. Ancak, soruşturma neticesinde verilen görevsizlik kararının sanığa tebliğ edilmeyeceği ve sanığın da bu karara itiraz hakkının bulunmadığına yönelik 477 SK'da aksine bir düzenleme bulunmadığından, Kanunun 63. maddesindeki atıf sebebiyle 353 SK'nın soruşturma aşamasındaki görevsizlik kararının şüpheliye tebliği ve şüphelinin bu karara itirazına ilişkin düzenlemelerin kıyasen uygulanması gerekmektedir.

3.1.2.2.4. İddianame düzenlenmesi

Dava açılmasını gerektirir yeterli deliller varsa bir iddianame ile disiplin mahkemesine dava açılır (477 SK m.15/D). İddianameye, sanığın kimliği, isnat edilen suç, suç tarihi, disiplin suçu oluşturan fiil, deliller ve uygulanması istenilen kanun maddesi, varsa hazine zararı ile duruşmanın yer ve zamanı yazılır (477 SK m.16/1).

3.1.3. Devlet Memurları Kanununda Düzenlenen Disiplin Suçlarında

TSK’da çalışan Devlet memurlarının 657 SK’da düzenlenen disiplin suçlarını oluşturan fiilleri, bizzat tanık olunması, teftiş ve denetim faaliyetleri sırasında ortaya çıkarılması, şikayet, ihbar veya basın gibi çeşitli yollarla öğrenilmesi mümkündür. Öğrenilen disiplin suçunun, işlenip işlenmediği, işlenmişse işlenme yeri, zamanı, işlenme şekli gibi hususların tespit edilebilmesi ve ayrıca suçlama konusunda ilgilinin savunmasının alınabilmesi için usulüne uygun şekilde bir soruşturma yapılması gerekir. Ancak, kimi durumlarda teknik anlamda bir soruşturma yapılmadan önce de belirtilen konulara ilişkin olarak bir ön inceleme ve araştırma yapılması gerekli olabilir. Yapılan bu inceleme ve araştırma sonucuna göre soruşturma açıp açmamaya karar verilir⁹.

657 SK’da düzenlenen disiplin suçlarında soruşturma, soruşturma açmaya yetkili amirin soruşturma kararı vermesi ile başlar. Soruşturma açılmasına karar vermeye yetkili amir, disiplin amirleridir. Ancak kural olarak disiplin amirinin disiplin soruşturması açılmasına karar verme zorunluluğu yoktur¹⁰. Disiplin suçu oluşturan fiilin varlığını öğrense dahi, memurun olumlu geçmişi, kişiliği, sağlık durumu, görevinin özelliği, isnat olunan suçun niteliği vb. nedenlerle disiplin soruşturması açılmamasına da karar verebilir. Ancak bu takdir yetkisini kötüye kullanması suç oluşturur. Örneğin, disiplin amiri, bir memurun mesaiye yarım saat geç gelmesi nedeniyle herhangi bir soruşturma yapmayabileceği halde, siyasi partiye giren veya mesaiye kesintisiz 15 gün gelmeyen bir memur hakkında disiplin soruşturması yaptırmaması halinde kendisinin bu davranışı memuriyet görevini ihmal (TCK m.257/2) veya astının suçu hakkında kasten takibat yapmamak (AsCK m.145) suçlarını oluşturabilecektir.

657 SK’nın “*disiplin*” bölümü içinde yer alan çeşitli hükümlerinde soruşturmadan ve soruşturmacıdan söz edilmekle birlikte, disiplin amirinin soruşturma açılmasına karar verdikten sonra yapması gereken işlemler düzenlenmemiştir. Dolayısıyla disiplin amiri soruşturmayı bizzat kendisi yapabilir ya da bir veya birkaç kişiyi soruşturmacı olarak görevlendirebilir.

⁹ SAĞLAM, agt, s.166.

¹⁰ AKSOYLU, Devlet memuru, s.124.

3.1.3.1. Disiplin amiri tarafından soruşturma yapılması

657 SK'da aksine bir düzenleme olmadığından, disiplin amiri soruşturma kararını verdikten sonra bizzat kendisi soruşturma yapabilir¹¹. Disiplin cezası verecek kişinin disiplin soruşturmasını da yapması durumunda objektif karar verilmeyeceği söylenebilir¹². Ancak disiplin amiri, mevzuata uygun karar verdiği sürece ayrıca kişisel olarak tarafsız olup olmamasının bir önemi yoktur. Hâkimlerin tarafsızlığı ile disiplin amirinin tarafsızlığını birbirine karıştırmamak gerekir. Ayrıca kurum düzenini bozan fiillerde disiplinin amirlerinin tarafsız olmaları da gerekmez. Önemli olan objektif, ölçülü ve mevzuata uygun bir disiplin cezası verilmesidir¹³.

Disiplin amiri kendisi soruşturma yaptığında, disiplin suçuyla ilgili tanık dinleyebilir ve gerekli yazılı delilleri toplayabilir. Neticesinde failin savunmasını alıp disiplin cezası verebilir. Ayrıca bir disiplin suçunun her hangi bir soruşturma yapılmadan da kanıtlanabilmesi mümkün ise, doğrudan failin savunması alarak disiplin cezası da verebilir¹⁴. Hatta bu şekilde hareket etmesi daha isabetli bir uygulama olur¹⁵. Danıştay, bu konuda genel olarak aksi görüştedir¹⁶. Ancak örneğin memurun 2 gün görevine gelmemesi gibi objektif nitelik taşıyan bir olayın

¹¹ “Kanuni düzenlemeler uyarınca davacının disiplin amirinin davacı hakkında soruşturmayı yapması ve disiplin amiri konumuyla yetkisi içindeki disiplin cezasını vermesi işleminde, disiplin amirinin yansız bir konumda bulunup bulunmadığı, işlemin iptali için yeterli bir sebep değildir. Uyuşmazlığın esasına girilerek, cezayı veren kişinin yansız konumda olup olmadığının incelenmesi yerine, verilen cezanın yasa, tüzük, yönetmelik ve hukuk kurallarına ve işlenen suçun niteliğine uygun olup olmadığının incelenmesi gerekir” (D8D, 10.2.1992, E.1991/1310, K.1992/215, DD, S.86, 1993, s.426).

¹² SAĞLAM, disiplin cezalarının verilmesinde bir disiplin soruşturmasının yapılmasının ve bu soruşturmanın ceza vermeye yetkili olan disiplin amiri tarafından değil, ayrıca atanacak bir soruşturmacı tarafından yürütülüp sonuçlandırılmasının, hem 657 SK'nın genel esprisine hem de işin mahiyetine uygun düştüğünü, disiplin cezalarının idari bir işlem niteliğinde olduğunu, ancak disiplin cezalarının taşıdığı özellikler göz ardı ederek bunları sıradan bir idari işlem gibi görmenin Anayasa'nın konuya ilişkin pozitif düzenlemelerine uygun bir yaklaşım olmayacağını savunmaktadır (SAĞLAM, agt, s.170; Benzer görüş için bkz. GÖZLER, age, s.644; AKSOYLU, Devlet memuru, s.125).

¹³ D8D, 10.2.1992, E.1991/1310, K.1992/215, DBİM.

¹⁴ KAYA, agm, s.80; “Kademe ilerlemesinin durdurulması ve Devlet memurluğundan çıkarma cezaları hariç olmak üzere, 657 SK'da öngörülen diğer disiplin cezaları için aynı Kanunun 127-128. maddelerinde belirtilen özel soruşturma usulüne gerek olmadığından; amire sözle saygısızlık disiplin suçunu işleyen davacıya amiri tarafından savunması alınmak suretiyle doğrudan verilen aylıktan kesme cezasında hukuka aykırı bir yön bulunmadığı” (AYİM, 2.D.13.7.1994, E.850, K.1450, AYİMD, S.9, 1995, s.313-316); “Uyarma, kınama ve aylıktan kesme cezasını gerektiren fiiller için disiplin soruşturması yapma zorunluluğunun olmadığı” (AYİM, 2.D.15.11.1995, E.341, K.820, AYİMD, S.10, 1996, s.539-542).

¹⁵ LİVANELİOĞLU, age, s.62; ÇİFTÇİ, Osman; “Disiplin Suçları ve Soruşturma Yöntemi”, MH, S.28, s.42.

¹⁶ “Disiplin amirlerince disiplin cezasına konu olabilecek fiilin tespiti halinde usulüne uygun olarak soruşturma açılması, kanuni süreleri içerisinde soruşturmanın tamamlanmasından sonra oluşturulan raporun yönetmelik hükümleri çerçevesinde değerlendirilerek ilgili hakkında işlem tesis edilmesi gerekmektedir. Davacının kusurlu davranışı sebebiyle bir soruşturmacı tayin edilerek usulüne uygun soruşturma yapılmaksızın doğrudan savunma alınarak verilen disiplin cezasında hukuka ayarlık bulunmadığı” (DİDD, 7.12.2006, E.2003/172, K.2006/2053, DBİM); Aynı yönde, D12D, 5.7.2005, E.2002/1367, K.2005/2816, DBİM; D10D, 23.11.1989, E.1987/2100, K.1989/2239, DD, S.78-79, 1990, s.5179; D12D, 27.12.2001, E.1999/5277, K.2001/4642, DBİM.

ayrıca araştırılması gerektiğini söylemek, disiplin suç ve cezalarının işlevini göz ardı etmek olur¹⁷.

Acaba disiplin amiri, fiilden zarar görmüşse, disiplin soruşturmasını yine kendisi yapabilir mi? Yapamayacağına ilişkin açık bir düzenleme bulunmamaktadır. Bu konuda AYİM'in içtihatlarına baktığımızda, yapabileceğine yönelik kararların¹⁸ yanında, yapamayacağına yönelik kararların¹⁹ da olduğunu görmekteyiz. Kararlardan yargı organlarının bu konuda kısıtlayıcı genel bir ilke belirleme yerine somut olayın özelliklerine göre değerlendirme yapmayı tercih ettikleri anlaşılmaktadır. Hukuk devletinde, bir olaydan zarar gören disiplin amirinin o olayın faili hakkında disiplin cezası verebilmesini kabul etmek mümkün değildir.

3.1.3.2. Görevlendirilen kişiler tarafından soruşturma yapılması

Yukarıda da belirtildiği gibi, 657 SK'nın "*disiplin*" bölümü içinde yer alan çeşitli hükümlerinde soruşturmada ve soruşturmacıdan söz edilmektedir. Fakat soruşturmacı atanması, soruşturmacının nitelikleri, soruşturmanın yürütülme biçimi gibi hususları açıkça düzenleyen kurallar bulunmadığından, bu faaliyetlerin bir kısmı idari teamüllere göre, bir kısmı ise zaman içinde oluşan yargısal içtihatlarla göre yürütülmektedir.

TSK'da disiplin soruşturmaları yapmakla görevli özel bir birim bulunmamaktadır. Bu tür işler genellikle denetim birimleri içinde yer alan müfettişler tarafından yapılmaktadır. Teşkilatında teftiş kurulları bulunmayan birliklerde ise, bir veya birkaç rütbeli personel muhakkik/tahkikat heyeti sıfatıyla inceleme ve soruşturma yapmakla görevlendirilmektedir. Bunların belirlenmesi konusunda kural olarak soruşturma emri veren amirin takdir yetkisi söz konusudur. Görevlendirilecek kişi veya heyet başkanının unvan ve kadro bakımından hakkında soruşturma yapıldan daha üst ya da en azından aynı statüye sahip olması gerekir²⁰.

¹⁷ Nitekim Danıştay, bir kararında, disiplin soruşturmasının soruşturmacı atanarak veya disiplin cezası vermeye yetkili amirce yapılabileceğini, soruşturmanın olayı aydınlatmak için yapılacağını, öğretmen olan davacının derslere girmediğinin tutanakla sabit olduğunu, savunması alınarak ceza verilmesinde hukuka aykırılık bulunmadığını belirtmiştir (D8D, 16.12.1998, E.1996/1380, K.1998/4372, DBİM).

¹⁸ "*Amire sözle saygısızlık disiplin suçunu işleyen davacıya aynı amir tarafından savunması alınmak suretiyle doğrudan verilen aylıktan kesme cezasında hukuka aykırı bir yön bulunmadığını*" (AYİM, 2.D.13.7.1994, E.850, K.1450, AYİMD, S.9, 1995, s.313-316).

¹⁹ "*Olayın mağduru olan amirin soruşturmayı bizzat kendisinin yaptığı görülmektedir. Halbuki mağdur ilk amir ise 657 SK ve TSKDY'ne göre yapılması öngörülen soruşturmayı kendisinin yapmaması gerekirdi. Soruşturmayı yapacak kişinin tarafları dinleyecek, tanık ifadesine başvuracak 'tarafsız' ve 'olaya karışmamış' bir kişi veya soruşturma kurulu olması gerekir. Bu husus hukukun genel bir kuralıdır. Mağdur ilk amir ise, soruşturmayı daha üst amir yapacak veya başkasına yaptıracaktır. 657 SK ve Yönetmeliğin ilgili hükümlerine uygun şekilde bir disiplin soruşturması yapılmadan, memura verilen aylıktan kesme cezası usulsüzdür*" (AYİM, 2.D.12.12.1990, E.101, K.452, AYİMD, S.7, 1993, s.395-398).

²⁰ KAYA, agm, s.85; "*Görevlendirilen soruşturmacıların memurluk görev ve derecelerinin, haklarında soruşturma yapacakları memurlardan üst ya da hiç olmazsa aynı düzeyde olmasının idare hukuku ilkeleri*

Soruşturma, soruşturma yapacak kişilerin bu konuda görevlendirilmesi ile başlar. Soruşturma emrini disiplin amirleri verebilirler. Soruşturma emrinin iddiaları tam olarak kapsamı gerekir. Bu durum soruşturmanın sağlıklı bir şekilde yürütülebilmesi ve özellikle failin savunmasını yapabilmesi için önemlidir. Disiplin soruşturmasını yürüten kişiler soruşturma emrini veren amirin adına hareket ettiklerinden soruşturma onayında yer almayan konuların soruşturulabilmesi için yetkili amirden ek soruşturma emri alınması zorunludur²¹.

Disiplin soruşturmasının yürütülmesi sürecinde gizlilik asıldır²². Gizlilik hem idari sırların korunması, hem de delillerin karartılmasını önlemeye yardımcı olur²³. Gizlilik ilkesi üçüncü kişiler için geçerli olup, soruşturulan memur için geçerli değildir²⁴. Çünkü gizlilik, öncelikle soruşturulan kişinin haklarını korumak için vardır. Soruşturulan kişinin masum olup olmadığı, soruşturma sonucunda ortaya çıkacaktır. Gizlilik, soruşturulan kişinin soruşturma sonunda masum çıkması ihtimali karşısında, soruşturulan kişinin kişilik haklarını korumak için getirilmiştir. İkinci olarak bilinmeyene karşı savunma yapmak imkânsızdır. Eğer soruşturma dosyası soruşturulandan gizli tutulursa, ne ile suçlandığını öğrense bile kendi aleyhine toplanan delilleri öğrenemeyecektir. Dolayısıyla da kendisini etkin bir biçimde savunamayacaktır²⁵.

Soruşturma bir şikâyet üzerine başlamış olsa bile, şikâyetçinin sonradan şikâyetini geri alması soruşturmanın devamına engel oluşturmaz²⁶. Çünkü disiplin suçlarının kovuşturulması şikâyet şartına bağlanmamıştır.

Soruşturmanın amacı, disiplin suçu teşkil ettiği ileri sürülen fiile ve bu fiili işleyen faile ilişkin her türlü fiili ve hukuki araştırmayı yaparak ilgililerin sorumluluklarını belirlemektir²⁷. Bu belirlemeyi yapabilmek için, soruşturmacının başta kendisine suçlama yöneltilen kişinin savunmasını almak üzere, işin niteliğine göre her türlü bilgi ve belgeleri incelemesi, tanıkları dinlemesi, keşif yapması ve gerekiyorsa bilirkişi incelemesi yaptırması gerekmektedir²⁸.

bakımından ve memuriyet güvencesi yönünden önem taşıyacağı kuşkusuzdur” (DİDDGK, 14.3.1986, E.1985/141, K.1986/118, DD, S.64-65, 1987, s.739).

²¹ SAĞLAM, agt, s.176.

²² GÜNAL, agm, s.209.

²³ SANCAKDAR, age, s.311; KAYA, agm, s.85.

²⁴ AKYILMAZ, age, s.389.

²⁵ YILDIRIM, Disiplin, s.209.

²⁶ SANCAKDAR, age, s.254.

²⁷ “Disiplin suçlarıyla ilgili soruşturma yapılmasından amaç; olaylarla, kanıtlarının, suçun işleniş koşulları, oluş biçimi, sonuçları ve ilgililerin kişisel durumları göz önünde tutularak yansız bir biçimde incelenip değerlendirilmesi ve böylece cezalandırma yönünden sağlıklı bir sonuca ulaşılmasıdır” (D8D, 25.10.1978, E.1977/3246, K.1978/6317, DD, S.34-35, 1979, s.382).

²⁸ AKSOYLU, Devlet memuru, s.125; Soruşturmada yapılacak işlemler konusunda geniş bilgi için bkz. SANCAKDAR, age, s.264 vd.

Soruşturmacıların tanıklara ve bilirkişilere yemin teklif etmesi mümkün değildir. Ancak 657 SK'nın 129. maddesinde, yüksek disiplin kurullarının inceleme ve araştırma yöntemleri arasında yeminli tanık ve bilirkişi dinlemek de sayıldığından, yüksek disiplin kurulunun cezalandırma yetkisine giren suçlarda soruşturmacıların bu yetkiye sahip olduğu kabul edilmektedir²⁹.

Soruşturma ile görevlendirilen kişiler, soruşturmayı tamamladıklarında, TSKDY'nin 18. maddesinde öngörülen belgeler hazırlanacaktır. Bu belgeler ise; Olay raporu, memurun savunması, varsa tanıkların ifadesi, memurun görevli olduğu birlik komutanının kanaat raporu ve memurun disiplin safahatını gösterir belgedir.

Soruşturma sonunda düzenlenecek raporun sonuç kısmında, yapılan araştırmalarda ulaşılan kanaat belirtilir³⁰. Ayrıca disiplin amirinin yapması gereken işlemlere yönelik öneride bulunulur. Ancak soruşturma yapanların önerisi disiplin amirini bağlayıcı nitelik taşımaz³¹. Soruşturma raporunun ceza vermeye yetkili amir ya da kurulları bağlamaması hukuki niteleme açısından değildir. Disiplin cezası verecek kişi veya kurul bir raporun yetersiz olduğunu düşünüyorsa, yeniden soruşturma yapılmasını veya soruşturmanın derinleştirilmesini isteyebilir. Ancak usulüne uygun olarak düzenlenmiş bir rapordaki maddi verilerin disiplin cezası verecek kişi veya kurul tarafından göz ardı edilmesi de mümkün değildir³².

3.1.4. Askeri Hâkimler Kanununda Düzenlenen Disiplin Suçlarında

357 SK'da düzenlenen disiplin suçlarıyla ilgili soruşturma usulü 357 SK'nın 23, 24 ve 25. maddelerinde ayrıntılı olarak düzenlenmiştir. Askeri hâkimlerin görevlerinden dolayı veya görevleri sırasında işledikleri suçlar veya sıfat ve görevlerinin gereklerine uymayan fiilleri şikâyet ve ihbar edilir veya herhangi bir şekilde öğrenilirse, soruşturma izni verilmesine gerek olup olmadığının tespiti için MSB tarafından ilgili şahıstan kıdemli bir askeri adalet müfettişi görevlendirilir. Zorunlu hallerde bu görev, en kıdemli askeri adalet müfettişi tarafından yerine getirilir. Şikâyet veya ihbar incelemeyi gerektiren somut bir sebebi içermiyorsa veya gerçek kimlik ve doğru adres gösterilerek yapılmamışsa evrak işleminden kaldırılır (357 SK. m.23). Soruşturma ile görevlendirilecek askeri adalet müfettişleri de askeri hâkim statüsündedirler.

²⁹ ÇİFTÇİ, agm, s.42; LİVANELİOĞLU, age, s.61.

³⁰ “Soruşturma tamamlandıktan sonra, soruşturmacı olay ve dosya hakkında bir rapor düzenler. Rapor belli bir mantık zinciri içinde düzenlenir. Soruşturmaya nasıl ve kimin emri ile başlandığı, yapılan işlemler, toplanan bilgi ve belgeler belirtilir. Bunların tartışılması yapılır. Sonuçta, elde edilen delillere göre disiplin suçu teşkil eden fiilin veya davranışın sabit olup olmadığı, sabit olmuşsa buna ilişkin disiplin cezası belirtilir. İlgili belgeler bir dizi pusulasına yazılmak ve sıra numarası verilmek suretiyle rapora eklenir” (D3D, 29.5.1973, E.1973/272, K.1973/269, ÇİFTÇİ, agm, s.42).

³¹ “Disiplin amirleri, soruşturmacılar tarafından önerilen disiplin cezasını aynen uygulama durumunda değildir” (D10D, 12.11.1990, E.1989/1717, K.1990/2544, DBİM).

³² AKILLIOĞLU, age, s.166.

MSB tarafından görevlendirilen askeri adalet müfettişi lüzumlu gördüğü kimseleri yeminle dinleyebilir. Sübut delillerini, gereken bilgileri bütün daire ve kurumlardan doğrudan doğruya toplayabilir. Askeri adalet müfettişince yapılacak bu işlemlerde Devlet organları ve kurumları ile diğer gerçek ve tüzel kişiler, yönetilen sorulara hemen karşılık vermek ve istekleri derhal yerine getirmek zorundadırlar (357 SK m.24/1).

Askeri adalet müfettişi soruşturma sırasında arama, tutuklama ve diğer tedbirler hakkında karar verilmesi için en yakın askeri mahkeme ve diğer yargı organlarından istemde bulunabilir. Soruşturma sonunda düşüncesini de kapsayan bir rapor düzenler. Soruşturma evrakına göre MSB karar verir.

3.1.5. Askeri Yargıtay ve AYİM Kanunlarında Düzenlenen Disiplin Suçlarında

Askeri Yargıtay Başkanı, Başsavcısı, İkinci Başkanı, daire başkanları ve üyelerinin 1600 sayılı Askeri Yargıtay Kanunu'nda düzenlenen disiplin suçlarından dolayı haklarında disiplin soruşturmasının nasıl yapılacağı, 1600 SK'nın "*Soruşturma usulü ve itiraz*" başlıklı 35. maddesinde düzenlenmiştir. Belirtilen kişilerin 1600 SK'da düzenlenen disiplin suçlarını oluşturabilecek fiillerinin bulunduğunu herhangi bir şekilde öğrenen Askeri Yargıtay Başkanı, konuyu Yüksek Disiplin Kuruluna sevk eder. Yüksek Disiplin Kurulu gerek gördüğü takdirde içinden bir kişiyi soruşturma yapmakla görevlendirir. Görevlendirilen üye askeri savcılarının 353 SK'da düzenlenen soruşturma ile ilgili yetkilerine sahiptir. Bu üye, ilgilinin savunmasını aldıktan sonra yaptığı soruşturma sonucunu bir raporla Kurul Başkanına sunar. Yüksek Disiplin Kurulu ilgili hakkında yapılan soruşturmayı yeterli görmezse soruşturmanın genişletilmesine karar verebilir.

Askeri Yüksek İdare Mahkemesi Başkanı, Başsavcı, Daire Başkanları ve üyelerinin 1602 sayılı Askeri Yüksek İdare Mahkemesi Kanunu'nda düzenlenen disiplin suçlarından dolayı haklarında disiplin soruşturmasının nasıl yapılacağı, 1602 SK'nın "*Disiplin soruşturması*" başlıklı 30. maddesinde düzenlenmiştir. Belirtilen kişilerin disiplin suçlarını oluşturabilecek fiillerinin bulunduğunu herhangi bir şekilde öğrenen Askeri Yüksek İdare Mahkemesi Başkanı konuyu Yüksek Disiplin Kuruluna sevk eder. Yüksek Disiplin Kurulu gerek gördüğü takdirde içinden bir kişiyi soruşturma yapmakla görevlendirir. Görevlendirilen üye askeri savcılarının 353 SK'da düzenlenen soruşturma ile ilgili yetkilerine sahiptir. Bu üye, ilgilinin savunmasını aldıktan sonra yaptığı soruşturma sonucunu bir raporla Kurul Başkanına sunar. Yüksek Disiplin Kurulu ilgili hakkında yapılan soruşturmayı yeterli görmezse soruşturmanın genişletilmesine karar verebilir.

Yukarıda belirtilen düzenlemeler karşısında, Yüksek Disiplin Kurulu'nun resen soruşturmaya başlama yetkisi bulunmadığından Askeri Yargıtay Başkanı ve AYİM Başkanı'nın kendi disiplin suçlarında Yüksek Disiplin Kurulu'na kim tarafından sevk edilecekleri belirsizdir. Dolayısıyla kendilerini sevk etmedikleri sürece haklarında disiplin soruşturması yapılamayacaktır.

Yukarıda belirtilen düzenlemelerden çıkan bir diğer sonuç, Yüksek Disiplin Kurulu'nun gerek görmesi halinde disiplin soruşturması yapılacağı hususudur. Bu, disiplin soruşturması yapılmasına gerek duymadan disiplin cezası verebileceği anlamına gelmez. Çünkü ilgilinin savunması alınmadan disiplin cezası verilmesi mümkün değildir. Dolayısıyla belirtilen düzenlemeden anlaşılması gereken, Yüksek Disiplin Kuruluna sevk edilen konunun disiplin suçu oluşturmayacağı ve dolayısıyla ilgili hakkında disiplin işlemi yapılmasına gerek görülmediğine karar verildiğidir.

3.2. DİSİPLİN SORUŞTURMASINDA UYGULANABİLECEK TEDBİRLER

Disiplin soruşturmasında bazı durumlarda disiplin suçunun failinin tutuklanması veya görevden uzaklaştırılması söz konusu olabilmektedir.

3.2.1. Disiplin Suçlarında Tutuklama

TSK'da disiplinin sağlanması için amir ve üstlere tanınan önemli yetkilerden birisi de, disipline aykırı hareket eden astlarını geçici olarak tutuklayabilmeleridir. Ayrıca disiplin subayı tarafından yapılan disiplin soruşturma aşamasında disiplin mahkemesince de tutuklama kararı verilmesi mümkündür. Şimdi bu durumları inceleyelim.

3.2.1.1. Amir veya üstün geçici tutuklama yetkisi

Disiplin suçlarında amir veya üstün geçici tutuklama yetkisi konusundaki görüşleri belirtmeden önce düzenleniş şeklini ortaya koymak gerekir.

3.2.1.1.1. Düzenleniş şekli

AsCK'nın "Disiplinin temini için tevkif salahiyeti" başlıklı 169. maddesinde; "168. madde³³ hükümlerini bozmamak şartıyla, her mafevk emir altında olmayanları da disiplinin temini için muvakkat olarak tevkif etmeğe veya ettirmeğe salahiyetlidir. Ancak bu tevkif keyfiyeti gün ve saatiyle derhal mevkufun disiplin amirine bildirilmelidir" şeklinde düzenleme bulunmaktadır. Maddenin lafzından sadece üstlere, geçici tutuklama yetkisi verildiği, amirlere

³³ "1- Her amir emri altındaki şahıslara disiplin cezaları vermeğe salahiyetlidir. 2- Disiplini bozan hareketten sonra fail merbut bulunduğu takım ve kıtayı değiştirmiş ise, disiplin amiri, yeni amirdir" (AsCK m.168).

bu yetkinin verilmediği sonucu çıkmaktadır. Ancak doktrin ve içtihatlarda amirlerin de geçici tutuklama yetkisine sahip olduğu konusunda fikir birliği vardır.

AsCK'nın 169. maddesi uyarınca, disiplinin sağlanması için geçici tutuklama yetkisi, TSK'da görevli subay, astsubay, uzman jandarma çavuş, uzman erbaş ve erbaşlara verilmiş bir yetkidir. Tutukluluğun ne kadar süreceğine dair bir açıklık yoktur. Askeri Yargıtay, amir veya üstün en fazla AsCK'nın 171. maddesinde rütbesi için öngörülen oda hapsi cezası müddeti kadar sürebileceğine karar vermiştir³⁴. Kanaatimizce Askeri Yargıtay'ın bu içtihadı hatalıdır. Şöyle ki, AsCK'nın 169. maddesinde, açıkça “*disiplinin temini için muvakkat*” ibaresi kullanılmış, tutuklananın gün ve saatinin “*derhal*” disiplin amirine bildirileceği düzenlenmiştir. Dolayısıyla disiplinsizliğin önlenbilmesi için herhangi bir üst tarafından geçici olarak tutuklanan kişinin amirine durum bildirildiğinde, disiplin amiri tarafından söz konusu fiil askeri suç ise, askeri savcıya bildirilmek suretiyle adli soruşturmanın başlatılması ve şartları varsa askeri mahkeme tarafından 353 SK'nın 71. maddesi uyarınca tutuklanması sağlanabilir. Eğer disiplin suçu teşkil eden bir fiil ise, disiplin amiri yetkisi dâhilinde kişinin savunmasını alıp disiplin cezası verebilir. Bu nedenlerle geçici tutuklanan kişinin, amir veya üstün AsCK'nın 171. maddesindeki yetkisi kadar tutuklu kalmasını gerektiren durum oluşmamaktadır.

Tutuklama yetkisinin kullanılabilmesi için; ortada ağır bir ihlalin bulunması, bu ihlalin askeri disiplin ve terbiyeyi önemli ölçüde zedeleyici nitelikte olması ve tutuklananın disiplinin temini için zorunlu ve son çare olması gerekir³⁵. Disiplinin temini için tutuklama yetkisinin keyfi olarak kullanılması Memuriyet Nüfuzunu Kötüye Kullanmak (AsCK m.115) suçunu oluşturur. Anılan yetkinin kullanılabilmesi için ivedilik ve zorunluluk koşullarının gerçekleşmesi gerekir³⁶. Örneğin, aşırı derecede sarhoş olan bir erin etrafındakilere saldırması tutuklanması için yeterli nedeni oluşturmaktadır.

Üstün disiplinsizliği yapan kişiye AsCK'nın 171. maddesine göre oda hapsi cezası verme yetkisi yok ise, bu takdirde bizzat tutuklayamaz. Örneğin, AsCK'nın 171. maddesine göre, bir albayın bir yarbaya oda hapsi cezası verme yetkisi bulunmadığından, albayların yarbayları geçici olarak tutuklama yetkileri de yoktur³⁷.

³⁴ As.Yrgt.4.D. 03.03.1970, E.73, K.153, **BİLGİN**, age, s.45.

³⁵ **İŞIKLAR**, Celal; “AsCK'nın 169'ncü Maddesindeki Üstün Disiplin Temini İçin Astını Geçici Olarak Tutuklama Yetkisi”, AAD, S.101, 1998, (Tutuklama), s.60-68; **ÇELEN**, AsCK, s.694-697; **ÖZBAKAN**, AsCK, s.417-419; **DOĞRUER**, age, s.210; **ULUKANLIGİL**, agt, s 55; **TİFTİK**, agt, s.51.

³⁶ As.Yrgt. 3.D. 23.02.1988, E.158, K.139, **KARDAŞ/ÇİNGİ**, AsCK, s.1166.

³⁷ As.Yrgt. 4.D. 3.3.1970, E.73, K.153, **ÖZBAKAN**, AsCK, s.418.

TSK’da çalışan Devlet memurlarının emrinde çalıştıkları askeri amirler dışındaki subay ve astsubaylarla aralarında astlık ve üstlük ilişkisi yoktur. Dolayısıyla askeri amirleri dışındaki subay ve astsubaylar tarafından TSK’da çalışan bir Devlet memurunun geçici tutuklanması mümkün değildir. Ancak disiplin amiri tarafından AsCK’nın 169. maddesi uyarınca geçici tutuklanabilmeleri mümkündür³⁸.

Acaba AsCK’nın 169. maddesinde düzenlenen geçici tutuklamanın niteliği nedir? Bu konuda önce doktrin ve yargı organlarının görüşlerin inceleyelim.

3.2.1.1.2. Doktrin ve yargı organlarının görüşleri

Anayasa Mahkemesi 1961 Anayasası döneminde AsCK’nın 169. maddesinin Anayasa’ya aykırı olmadığına karar vermiştir. Söz konusu kararında özetle, AsCK’ya göre disiplin cezasının verilmesinde, ancak disiplin amirlerinin yetkili olduğunu, amir olmayan üstlere bu yetkinin tanınmadığını, bununla birlikte daima ve her yerde disiplini kurma ve korumanın her rütbeliye düşen bir görev olduğunu, maddenin işte bu görevin yerine getirilme şeklini gösterdiğini, askeri disiplini bozan bir olayda, üstlerin emirleri altında bulunmayanlara doğrudan doğruya disiplin cezası vermeye yetkili olmayışlarından doğabilecek sakıncaları giderdiğini, “*disiplinin sağlanması için*” ibaresinin hükmün amacını ve kapsamını belirlediğini, disiplinin sağlanması için disiplin hukuku kapsamına giren bir yetki olduğunu, Anayasa’da düzenlenen tutuklama ve yakalama ile hiç bir ilişkisinin olmadığını, hükmün AsCK’da disiplin cezalarına ilişkin 2. Kısımda yer aldığını, ceza hukuku kapsamı içindeki tutuklama ve yakalamanın ise 353 SK’da düzenlendiğini, 169. maddenin gerçekten bir “*disiplini sağlamak için tutuklama*” hükmü olması durumunda ayrıca 353 SK’nın 71. maddesinin C bendi ile düzenlenmeyeceğini, 169. maddede “*muvakkat tevkif, mevkuf*” gibi hükmün amacını aşan deyimlerin yer almasının, bunların sadece sözlük anlamları ile kullanılmış oldukları yolunda yorumlanması gerektiğini belirtmiştir³⁹.

Doktrinde de, bu yetkinin hizmet zarureti dolayısıyla yalnız adli takibat, muhafaza, emniyet ve bozulan disiplinin yeniden tesisi maksadı ile kullanılabileceği, disiplinsizliğe engel olmak amacına yönelik bir tedbir niteliğinde olduğu, buradaki “*tutuklama*” kavramının, ceza muhakemesi hukukunda geçen “*tutuklama*” ile aynı anlamda olmadığı savunulmaktadır⁴⁰.

³⁸ AKSOYLU’ya göre, TSK’da çalışan Devlet memurlarına AsCK’nun 169. maddesinin uygulanma kabiliyeti bulunmamaktadır (AKSOYLU, Devlet memuru, s.119). Yazar bu tespiti yaparken askeri disiplin amirleri dışındaki subay ve astsubaylar yönünden değerlendirme yapmış, askeri disiplin amirlerinin geçici tutuklama yetkisinin olup olmadığına değinmemiştir.

³⁹ Ay.Mah.28.6.1966, E.1963/132, K.1966/29, RG, 27.6.1967, S.12632.

⁴⁰ TAŞKIN, Askeri, s.268; DOĞRUER, age, s.210; YÜCEER, age, s.18; ULUKANLIGİL, agt, s.55; CELEN, AsCK, s.694-697; ÖZBAKAN, AsCK, s.417-419.

İŞIKLAR’a göre, geçici tutuklama kişi hürriyetini sınırlayan bir işlem, disiplini temin için başvurulmuş bir tedbirdir. Ancak hâkim kararına dayanmadığı gibi, Anayasa’nın 19. maddesinde düzenlenen tutuklama müessesesinden farklıdır. Ayrıca kapsamı geniş olup, kesin sınırlara sahip değildir. Niteliği itibarıyla geçici tutuklama suçüstü halinde veya gecikmesinde sakınca bulunan hallerde yapılabilen yakalama müessesesine daha yakın görünmekte ise de, geçici tutuklama ile yakalamanın şartları da farklı olup aynı nitelikte değildir. Sonuç olarak AsCK’nın 169. maddesindeki geçici tutuklama mahiyeti bakımından tutuklama ile yakalama arasında; hüküm ve sonuçları bakımından tutuklama ile aynı, ancak kendine özgü (sui generis) bir müessesedir⁴¹.

3.2.1.1.3. Görüşümüz

AİHS’nin 5. maddesinin 1. fıkrasında herkesin kişi özgürlüğü ve güvenliği hakkına sahip olduğu belirtildikten sonra 6 bent halinde bu hakkın sınırlanabileceği istisnai haller düzenlenmiştir. Maddede düzenlenen “*kişi özgürlüğü hakkı*” fiziki özgürlükle ilgilidir. Anayasa’nın 19. maddesinde de garanti altına alınan bu hak, kişilerin keyfi olarak yakalanamaması ve tutuklanamamasını ifade etmektedir.

Anayasa’nın “*Suç ve cezalara ilişkin esaslar*” başlıklı 38. maddesinde; “*İdare, kişi hürriyetinin kısıtlanması sonucunu doğuran bir müeyyide uygulayamaz*” genel ilkesinden sonra “*Silahlı Kuvvetlerin iç düzeni bakımından bu hükme kanunla istisnalar getirilebilir*” denilmek suretiyle, TSK’nın iç düzenine yönelik olarak kanunla düzenlenmek şartıyla hürriyetin kısıtlanması sonucunu doğuran yaptırım uygulanabilmesine imkân tanınmıştır. AsCK’nın 169. maddesinde düzenlenen geçici tutuklama, bir yaptırım değil, tedbirdir. Bu yüzden Anayasa’nın 38. maddesi kapsamında değil, 19. maddesi kapsamında değerlendirilmesi gerekir. Anayasa’nın 19. maddesinde sayılan ve kişi hürriyetinin kısıtlanması sonucunu doğuran haller arasında AsCK’nın 169. maddesinde düzenlenen geçici tutuklama yetkisi sayılmamıştır. Anayasa’da düzenlenen hak ve özgürlüklerde istisnalar dar yorumlanır. Bu nedenle Anayasa’nın 19. maddesindeki şartlar bulunmadan bir kişinin özgürlüğü kısıtlanamaz.

AsCK’nın 169. maddesinde düzenlenen geçici tutuklama tedbiri madde metninde de belirtildiği gibi “*disiplinin temini için*” uygulanmaktadır. Dolayısıyla ortada yapılmış, yapılmakta olan veya yapılmak üzere olan bir disipline aykırı fiil vardır. Bu disiplinsizlik herhangi bir adli suç olabileceği gibi disiplin suçu da olabilir. Disiplinsizliği önlemekle görevli olan herhangi bir üstün, disiplin suçu veya adli suç işleyen kişiyi suçüstü hali veya gecikmesinde sakınca bulunan bir durumda yakalayıp etkisiz hale getirmesi Anayasa’nın 19/2.

⁴¹ İŞIKLAR, Tutuklama, s.61; EROĞLU, agt, s.69.

maddesinde düzenlenen “yakalama” tedbiri kapsamına girer. Sokakta bir kişiyi bıçaklayan kişinin polis veya vatandaş tarafından yakalanması ile askeri birlik içinde disiplinsizlik yapan kişinin herhangi bir üst tarafından etkisiz hale getirilmesi arasında tek fark asker kişinin disiplin suçunu oluşturan durumlarda da yakalanabilmesidir. AsCK’nın 169. maddesi olmasaydı, asker kişinin yakalanması 353 SK’nın 79. maddesi uyarınca sadece askeri veya adli suç oluşturan durumlarda olacaktı.

Geçici tutuklamanın Anayasa’nın 19. maddesi kapsamına girmeyip, 38. maddesi kapsamına girdiği ve bu yüzden Anayasa’ya aykırı olmadığını kabul ettiğimiz takdirde ise karşımıza AİHS çıkmaktadır. Anayasa’nın 90/son maddesi uyarınca iç hukukumuzda kanunüstü bir konumda olan AİHS’nin 5. maddesindeki düzenlemeye aykırı olan kanun hükümleri uygulanamaz. AİHS’nin 5. maddesindeki düzenlemeyi, Sözleşme’nin denetim organı olan AİHM’nin içtihatlarıyla birlikte yorumlamak gerekir.

İkinci Bölümde ayrıntılı olarak açıkladığımız gibi, AİHM, Sözleşme hükümleri askerlere uygulanırken askerliğin gereklerinin göz önüne alınması gerektiğini, ancak askeri disiplinin, Sözleşme’nin 5. maddesinin kapsamı dışında olmadığını, Sözleşme’nin 5. maddesi yönünden kişi hürriyetini sınırlayan durumun isminin önemli olmadığını, Sözleşme’nin 5. maddesinde özgürlükten yoksun bırakma şartlarının sınırlı sayıda olduğunu, kişi hürriyetini sınırlayan karar idari makam tarafından verilmişse mahkemeye başvurma hakkı verilmesi gerektiğini belirtmektedir.

AsCK’nın 169. maddesi bir disiplin cezası olmayıp, tedbir olduğundan Sözleşme’nin 5/1-c maddesine girmektedir. Ancak kişi “*kanunen yetkili makamların önüne çıkarma amacıyla*” geçici hapsedilmemişse (c) bendinin şartları yerine getirilmemiştir. Sözleşme’nin 5/4. maddesi taraf Devletleri, özgürlükten yoksun bırakma kararının “*idari bir makam*” tarafından alınması halinde, tutulan kişilere mahkemeye başvurma hakkı sağlamakla yükümlendirmektedir. Herhangi bir mahkeme kararına dayanmadan (AİHS m.5/1-a) veya herhangi bir mahkemenin onayına sunulmadan (AİHS m.5/1-c) belirsiz bir süre disiplin amir veya üst tarafından kişinin hürriyetinin kısıtlanması Sözleşme’ye açıkça aykırıdır. Dolayısıyla Sözleşme’ye aykırı olan AsCK’nın 169. maddesinin uygulanması hukuka aykırılık oluşturur.

3.2.1.2. Disiplin mahkemesinin tutuklama yetkisi

Disiplin mahkemelerinin disiplin suçu işleyen faili tutuklama yetkisinin bulunup bulunmadığı hususu doktrinde oldukça tartışmalıdır⁴². KOÇ, 477 SK’nın 27. maddesinin 3.

⁴² Anayasa’nın 19. maddesi ve AİHS hükümleri karşısında, idarenin kişi hürriyetini kısıtlayıcı bir ceza veremeyeceği kabul edilmektedir. Türk Hukukunda, disiplin mahkemelerinin, bir mahkeme niteliğini taşıyıp

fikrasındaki “*hükümlülük halinde cezanın derhal yerine getirilmesine karar verilebilir*” şeklindeki düzenlemenin amacının disiplin mahkemelerinde tutuklama müessesinin olmaması nedeniyle bozulan disiplinin bir an önce yeniden tesisi olduğunu işaret ederken disiplin mahkemelerinde tutuklama müessesesinin bulunmadığını ileri sürmektedir⁴³. Bazı yazarlar ise, 353 SK’da bulunan tutuklama ile ilgili hükümlerin, disiplin mahkemelerinin görevine giren işlerde de uygulanacağını savunmaktadır⁴⁴.

Kanaatimizce, daha önce değinildiği gibi, disiplin mahkemeleri bir yargı organı olmadığından tutuklama yetkileri de bulunmamaktadır. Zaten uygulamada da disiplin mahkemeleri tutuklama müessesine başvurmamakta, genelde bozulan disiplinin en kısa zamanda tesisi için 477 SK’nın 27/3. maddesi uyarınca cezanın derhal yerine getirilmesini tercih etmektedirler.

3.2.2. Disiplin Suçları Nedeniyle Görevden Uzaklaştırma

Disiplin suçlarında görevden uzaklaştırma tedbiri 657 SK ve 357 SK’da düzenlenmiştir.

3.2.2.1. Devlet Memurları Kanununda

Hakkında disiplin soruşturması yürütülen bir memurun bu süre içinde görevine devam etmesi sakıncalı olabilir. Bir defa hakkında suçlama bulunan memurun görevini sürdürmesi hizmetin sağlıklı yürütülmesine engel oluşturabilir. Bunun yanında, suçun delillerini ortadan kaldırabilir veya değiştirebilir veya tanıklar üzerinde etkide bulunarak soruşturmanın seyrini etkileyebilir⁴⁵. Belirtilen sakıncaların ortadan kaldırılması ve soruşturmanın selamete yürütülebilmesi için, 657 SK’nın 137. maddesinde disiplin soruşturması sürecinde amirin takdirine bağlı olarak görevden uzaklaştırma müessesesi düzenlenmiştir⁴⁶.

taşımadığı hususunda, henüz tam olarak bir görüş birliğine de varılamamıştır. Her ne kadar, Anayasa’nın ilgili hükümlerinde, idarenin kişi hürriyetini kısıtlayıcı cezalar veremeyeceği belirtilip, TSK mensupları hakkında bu kurala istisnalar getirilmiş ve uluslararası bazı sözleşmeler kabul edilirken, TSK mensupları hakkında birtakım çekinceler konulmuşsa da, usulüne göre yürürlüğe girmiş olan uluslararası sözleşmelerin, iç hukuk düzeninde bulunan, kendisine aykırı düzenlemeleri kabul etmemesi sebebiyle, disiplin mahkemelerinin tutuklama yetkisine sahip olup olmadığı meselesi daha da büyük önem taşımaktadır (ASLAN, Savcılık, s.91).

⁴³ KOÇ, age, s.703.

⁴⁴ ERMAN, age, s.423; UYAR, Talih; “Disiplin Mahkemelerinin Tutuklama Yetkisi Var mıdır?”, AAD, S.8, Ağustos 1970, s.547-552.

⁴⁵ SAĞLAM, Mehmet; “657 sayılı Kanuna Tabi Devlet Memurlarının Görevden Uzaklaştırılması”, MSYD, S.281, Ekim 1998, s.5.

⁴⁶ TAŞKIN, age, s.303; “Bir memurun görevinden uzaklaştırılabilmesi için, Devlet memuru hizmetlerinin gerektirdiği hallerde, görevi başında kalmasında sakınca görülmesi gerekir. Görevden uzaklaştırma bir tedbirdir. Ancak görevden uzaklaştırma yetkisi görevden uzaklaştırmayı gerektirebilecek olayın ağırlığına ve kamu hizmetinin gereklerine göre, memurun görevinin başında kalmasında sakınca görüldüğü takdirde kullanılabilir. Görevden uzaklaştırma, ceza kovuşturması veya disiplin soruşturması altında bulunan kamu görevlileri hakkında sözü geçen kovuşturma ve soruşturmanın her türlü kuşkudan uzak biçimde esenlikle yürütülmesi ve delillerin karartılmasının önlenmesi amacıyla uygulanan bir önlemdir ve kamu

657 SK'nın 137. maddesinin 1. fıkrasında görevden uzaklaştırma, kamu hizmetlerinin gerektirdiği hallerde, görevi başında kalmasında sakınca görülecek Devlet memurları hakkında alınan ihtiyati bir tedbir olarak tanımlanmış; 2. fıkrasında da, görevden uzaklaştırma tedbirine soruşturmanın her hangi bir safhasında başvurulabileceği belirtilmiştir. Görevden uzaklaştırılan bir kamu görevlisi hakkında en geç 10 gün içinde soruşturmaya başlanması gerekir (657 SK m.139). Soruşturma sonunda memurluktan çıkarma işlemi uygulanmasına mümkün olmayan (657 SK m.142) veya haklarında memurluktan çıkarmadan başka bir disiplin cezası verilen kamu görevlileri göreve başlatılır (657 SK m.143). Disiplin soruşturmalarında görevden uzaklaştırma en çok 3 ay devam edebilir. Bu süre sonunda hakkında bir karar verilmediği takdirde memur görevine başlatılır (657 SK m.145/1).

Görevden uzaklaştırılan memurlara bu süre içinde aylıklarının üçte ikisi ödenir. Bu gibiler Kanunun öngördüğü sosyal hak ve yardımlardan faydalanmaya devam ederler. Haklarında memurluktan çıkarmadan başka bir disiplin cezası verilen kamu görevlilerinin aylıklarının kesilmiş olan üçte biri kendilerine ödenir ve görevden uzakta geçirdikleri süre, derecelerindeki kademe ilerlemesinde ve bu sürenin derece yükselmesi için gerekli en az bekleme süresini aşan kısmı, üst dereceye yükselmeleri halinde, bu derecede kademe ilerlemesi yapılmak suretiyle değerlendirilir (657 SK m.141).

3.2.2.2. Askeri Hâkimler Kanununda

Hakkında işlem yapılan askeri hâkimin görevine devamının, soruşturmanın selametine yahut yargı erkinin nüfuz ve itibarına zarar vereceğine kanaat getirilirse geçici bir tedbir olarak işten el çektirilmesi hususunda askeri adalet müfettişince MSB'dan istemde bulunulur. MSB tarafından yerine getirilen işten el çektirme işlemi, mahiyet ve sonuçları itibarıyla 353 SK'daki hükümlere⁴⁷ tabidir (357 SK m.24/3).

İşten el çektirme açığa çıkarma olmadığından, maaşının tamamı verilir. İşten el çektirmenin süresi konusunda herhangi bir düzenleme yoktur. Ancak işten el çektirme nedenleri sona ermişse derhal göreve başlatılması gerekir.

yararını sübjektif çıkarların önünde ve üstünde tutma düşüncesinden kaynaklanan bir araçtır” (AYİM, 2.D.26.11.2001, E.257, K.801, AYİMD, S.17, 2002, s.651-652).

⁴⁷ 353 SK'nın “Geçici olarak işten el çektirme” başlıklı 84. maddesine göre; askeri savcı, asker kişi olan bir şüphelinin yapılan soruşturma dolayısıyla geçici olarak işten el çektirilmesini gerekli görürse, bu hususta karar verilmesini teşkilatında askeri mahkeme kurulan yetkili kıta komutanından ister. Kıta komutanı bu hususta en geç üç gün içinde kararını verir ve sonucunu askeri savcıya bildirir. Bu işlem açığa çıkarma değildir.

3.3. DİSİPLİN CEZALARININ VERİLMESİ

İdari işlem niteliği taşıyan disiplin cezalarının verilmesindeki önemli usul/şekil şartlarından birisini cezanın yetkili makam ya da organlar tarafından verilmesi oluşturmaktadır. Disiplin cezasına karşı açılan iptal davasında işlemin hukuka uygun olup olmadığını tespit için bakılacak unsurların başında işlemin yetkili makam ya da organlar tarafından tesis edilip edilmediği hususu gelmektedir. Birinci Bölümde izah edildiği üzere, TSK mensuplarının statülerine ve fiillerinin niteliğine göre disiplin amirleri veya disiplin kurulları tarafından disiplin cezası verebilmektedir. Şimdi disiplin cezası verilmesiyle ilgili usul ve esasları inceleyelim.

3.3.1. Disiplin Amiri Tarafından Ceza Verilmesi

Disiplin amiri tarafından ceza verilmesi usul ve esasları disiplin suçlarının düzenlendiği kanunlara göre farklılıklar göstermektedir.

3.3.1.1. Askeri Ceza Kanununda düzenlenen disiplin suçlarında

Kural olarak onbaşından itibaren bütün amirler, emri altındaki kişilere disiplin cezası vermeye yetkilidir (AsCK m.168/1). Yine kural olarak cezayı, emir ve komuta bakımından faile en yakın rütbeli kişi olan disiplin amiri verir.

Amirin suçluyu bizzat cezalandırması, çalışmamızın Birinci Bölümünde “*amirin yetkileri*” başlığı altında ana hatlarıyla incelenmişti. Bu nedenle burada aynı hususları tekrarlamayacağız. Ancak amirin faili bizzat cezalandırmasıyla ilgili önemli gördüğümüz birkaç hususa daha kısaca değinmekte fayda görüyoruz.

Öncelikle şunu belirtelim ki, Anayasa’nın 38/11. maddesi doğrultusunda AsCK’da disiplin amirlerinin oda hapsi verebileceği düzenlenmiştir. Ancak Anayasa’nın 90/son maddesi uyarınca iç hukukumuzda kanun üstü bir konumda olan AİHS’nin 5. maddesindeki düzenlemeye aykırı olan kanun hükümleri uygulanamaz. AİHS’nin 5. maddesindeki düzenlemeyi, Sözleşme’nin denetim organı olan AİHM’nin içtihatlarıyla birlikte yorumlamak gerekir. İkinci Bölümde ayrıntılı olarak açıkladığımız gibi, AİHM, oda hapsi cezasının Sözleşme’nin 5. maddesinin kapsamı dışında olmadığını, Sözleşme’nin 5/1-a maddesi uyarınca özgürlüğü kısıtlayan cezanın ancak yetkili bir mahkeme kararından sonra infaz edilebileceğini belirtmiştir. Dolayısıyla disiplin amirinin oda hapsi cezası verme yetkisi bulunmamaktadır. Askeri disiplinin sağlanması için oda hapsi cezası gerekli ise, en kısa süre içinde yetkili bir mahkeme kararına veya onayına bağlı infaz edilebileceği konusunda kanuni değişiklik yapılması gerekmektedir.

Disiplin amirleri, maiyetinden birinin disiplin tecavüzü teşkil eden bir fiili olduğunu tespit ettiğinde, disiplin cezası vermek istiyorsa, AsCK'nın 171. maddesine bağlı cetvele göre yetkisi dâhilinde oda hapsi dışındaki cezalarından birini belirleyebilir. Ancak bir asker kişinin disiplin tecavüzü teşkil eden fiilinden dolayı disiplin cezası verme konusunda 3 tür sınırlama olduğu unutulmamalıdır. Bunlar; asker kişilere ancak AsCK'nın 171. maddesine bağlı cetvelde düzenlenen disiplin cezalarından birisinin verilebileceği; disiplin cezası verecek kişinin rütbesine uygun cezaları verebileceği; disiplin cezası verilebilecek kişinin statüsüne uygun ceza verilebileceğidir.

Disiplin amiri işlenen fiilin niteliğini, failin kişiliğini, o ana kadarki tutum ve davranışlarını, fiili işlerken içinde bulunduğu hal ve şartları, fiilin hizmete olan etkisini göz önünde bulundurarak disiplinin korunması için faile ceza vermek gerekip gerekmediğine karar verecektir. Örneğin yüksek ateşli iken nöbet görevine gönderilen bir erin bu ateşin etkisiyle yaptığı bir disiplin tecavüzünün cezalandırılmaması gibi.

Disiplin amiri, aynı zamanda birliğin disiplininden de sorumludur. Bu yüzden disiplinsizlik nedeniyle ceza vermese bile söz konusu kişiyi ikaz edebilir. Bazen bu tür bir ikaz disiplinin sağlanmasında disiplin cezasından da etkili olabilir⁴⁸.

Disiplin suçlarında kural, “*en yakın amir*” tarafından failin cezalandırılmasıdır. Aynı fiilden dolayı birden çok disiplin amiri tarafından birden fazla ceza verilemez (AsCK m.167/A).

Ceza, hiddet ve öfke halinde verilmemelidir⁴⁹. Hiddet ve öfke halinde verilen cezalar abartılı ve sonuçları itibariyle yanlış olabilir. Disiplin amiri ceza verme yetkisinin sınırlarını ve bu konuda uygulanması gereken hukuki kuralları iyi bilmelidir. Ceza vermek yetkisinin etkin kullanımı ancak bu sayede mümkün olabilir.

Ceza hukukunda teşdit nedenleri yoksa adli cezanın alt haddinden verilmesi kuraldır. AsCK'nın 176. maddesinde söz konusu kural ters çevrilerek disiplin amirinin disiplin cezası verirken cezayı hafifleten nedenler yoksa cezaları şiddetli vereceği düzenlenmiştir. Böyle bir ceza verme mantığının izah edilebilir yanı yoktur.

Disiplin soruşturması aşamasında disiplin amiri veya herhangi bir üstü, faili AsCK'nın 169. maddesi kapsamında geçici olarak tutuklamışlarsa, disiplin amiri verdiği cezadan tutukluluk süresini indirecektir (AsCK m.177).

⁴⁸ ÖZBAKAN, AsCK, s.407.

⁴⁹ TAŞKIN, Askeri, s.178; ÇELEN, AsCK, s.684.

Askeri mahkemenin görevine giren bir askeri suç disiplin amiri tarafından disiplin cezası ile cezalandırılmışsa⁵⁰ suç dosyası tanzim edilerek askeri mahkemenin bulunduğu komutanlığa gönderilmesi gerekir. AsCK'nın 180. maddesi uyarınca, askeri mahkemede yapılacak yargılama sonunda ceza verildiği takdirde, disiplin amirinin faile daha önceden verdiği disiplin cezası infaz edilmişse mahkemenin vereceği cezadan indirilir⁵¹.

Disiplin cezaları sözlü olarak verilmez. AsCK'nın 181. maddesinde cezanın kesinleşmesi için tebliğinin zorunlu olduğunun düzenlenmesi de disiplin cezasının yazılı verilmesini zorunlu kılar⁵².

İçHizY'nin 55. maddesi uyarınca, disiplin amirleri tarafından rütbeli ve Devlet memurlarına verilen cezalar, cezanın kısaca sebep ve mahiyeti, ceza görenin kimliği ve cezasının uygulanma tarihi ile nihayet iki gün içinde bir derece üst amire yazı ile bildirilir. Sicil esas kayıt defterine geçilir ve dosyasına konulur.

Emniyet ve asayiş ile kamu düzeninin korunmasını sağlayan silahlı askeri bir güvenlik ve kolluk kuvveti olan jandarma, eğitim ve öğrenim bakımından Genelkurmay Başkanlığına, emniyet ve asayiş işleri ile diğer görevlerin ifası yönünden İçişleri Bakanlığına bağlıdır (2803 SK m.4). Jandarma personelinin mülki, adli ve askeri görevleri bulunmaktadır (2803 SK m.7). Jandarma personeli askeri görevlerinde askeri yargıya, mülki ve adli görevlerinde ise adli yargıya tabidirler. Disiplin suçları yönünden 2803 SK'nın 15/1-a. maddesinde istisnai bir düzenlemeye yer verilmiştir. Jandarma personelinin mülki görevleri sırasında disiplin cezasını gerektiren fiilleri⁵³ ortaya çıktığında valiler il jandarma komutanından; kaymakamlar ise ilçe jandarma komutanından gereken cezanın verilmesini talep ederler. İl J.K. ve İlçe J.K. böyle durumlarda bunlar hakkında askeri mevzuat çerçevesinde gerekli işlemleri yaparlar. Dolayısıyla mülki görevler nedeniyle de olsa, jandarma personeli AsCK'ya göre disiplin amiri tarafından cezalandırılabilir.

⁵⁰ Disiplin amirinin askeri mahkemenin görevine giren bir askeri suça disiplin cezası verme yetkisi bulunmadığından, fiili AsCK'nun 111. maddesinde düzenlenen "*Hak edilmemiş veya müsaade olunmamış disiplin cezası vermek*" suçunu oluşturabilir.

⁵¹ AsCK'nun 180. maddesinde faile daha önce verilmiş ve infaz edilmiş disiplin cezasının mahsup edileceği düzenlenmişse de, her türlü disiplin cezasının değil mahsup edilebilecek olanların kastedildiğini söyleyebiliriz. Yoksa daha önce uyarı veya sıra harici hizmet cezası verilmişse, bunların askeri mahkemeye verilecek hapis ve adli para cezasından mahsubunun mümkün olmadığı açıktır.

⁵² **ÖZBAKAN**, Disiplin, s.126-128.

⁵³ 2803 SK'nın 15/1-a. maddesinde "*mülki görevleri sırasında disiplin cezasını gerektiren fiilleri*" ibaresi kullanılmışsa da, bu fiillerin ne olduğu belirsizdir.

3.3.1.2. Disiplin Mahkemeleri Kanununda düzenlenen disiplin suçlarında

Maiyetinden birinin 477 SK'da düzenlenen bir disiplin suçunu işlediğini öğrenen disiplin amirinin, faili bizzat cezalandırması veya disiplin mahkemesinde kovuşturulabilmesi için suç dosyası hazırlayıp teşkilatında disiplin mahkemesi kurulan komutanlığa göndermesi gerekmektedir. 477 SK'nın 7 ve 14. maddeleri disiplin amirlerine bu konuda takdir yetkisi tanımaktadır.

Disiplin amirleri, disiplin cezası verme yetkilerini AsCK'nın 171. maddesine bağlı cetvelden alırlar. Bu cetvelde oda ve göz hapsi cezaları dışında uyarı, aylık kesilmesi, izinsizlik, sıra harici hizmet gibi disiplin cezaları da yer almaktadır. Ancak disiplin amiri 477 SK'nın 47-61. maddelerinde düzenlenen disiplin suçlarından birini işleyen faile bizzat ceza vermek takdir hakkını kullanması halinde Anayasa'nın 90/son ve AİHS'nin 5. maddesi nedeniyle ancak göz hapsi cezası verebilir. Bu disiplin cezası dışında başka bir disiplin cezası veremez.

Disiplin amiri bir disiplin suçunu işleyen maiyetini disiplin cezasıyla cezalandıracaksa, AsCK'nın 171. maddesindeki cetvelde rütbe ve makamıyla ilgili sınırlar içinde kalarak faile göz hapsi cezası verebilir. Yoksa 477 SK'nın 41. maddesinde yer alan *“Bu kanuna göre verilecek oda veya göz hapsi cezaları üç günden iki aya kadardır”* şeklindeki düzenlemeyi veya 477 SK'nın ilgili maddelerinde, o suça disiplin mahkemesince verilebilecek asgari ve azami hadleri gösterilen cezayı esas alarak disiplin cezası veremez. Örneğin 477 SK'nın 53. maddesinde düzenlenen astından borç almak suçunu işleyen bir uzman erbaşa disiplin mahkemesince on günden iki aya kadar göz hapsi cezası verilebilecektir. Ancak aynı kişi aynı fiili nedeniyle disiplin amiri tarafından cezalandırılacaksa, disiplin amirinin rütbesine göre AsCK'nın 171. maddesinde belirlenen şekilde en fazla 28 güne kadar göz hapsi cezası verilebilecektir. Örneğin disiplin amiri binbaşı ise, 7 güne kadar, albay ise 14 güne kadar ceza verilebilecektir.

Teşkilatında disiplin mahkemesi kurulan komutan herhangi bir suretle bir disiplin suçunun işlendiğini öğrendiğinde doğrudan doğruya disiplin cezası vermeye yetkili olur (477 SK m.14/2). Bu hükmü, her durumda disiplin cezası vermeye yetkili olacağı şeklinde anlamamak gerekir. Zira komutanın yetkisi doğrudan doğruya disiplin cezası verebileceği durumlar ile kısıtlıdır. Böyle bir durumda, doğrudan doğruya disiplin cezası verme yetkisinin olup olmadığına bakılır. Komutan, o kişinin ilk amiri ise, bu takdirde bizzat ceza verebilecektir. Bunun yanı sıra, AsCK'nın 170. maddesinde daha üst amirlerin *“doğrudan doğruya ceza verebilecekleri”* haller gösterilmiştir.

Teşkilatında disiplin mahkemesi kurulan komutan, failin ilk amiri değilse veya doğrudan doğruya ceza vermek yetkisine sahip değilse, ne bizzat ceza verebilir, ne de ilk amir takdir hakkını kullanmadan disiplin hazırlık soruşturması açtırabilir. Bu durumda ancak 477 SK'nın 14. maddesinin 1. fıkrasına göre işlem yapılmak üzere olayı disiplin cezası vermeye yetkili en yakın disiplin amirine bildirebilir.

Disiplin suçunun doğrudan doğruya amire yönelik işlenmesi (örneğin amire saygısızlık) halinde disiplin amirinin faili 477 SK'nın 7. maddesi uyarınca doğrudan doğruya kendi yetkisi dâhilinde cezalandırmasına kanuni bir engel yoktur. Ancak suçtan zarar gören bir kişinin objektif olamayacağı ve dolayısıyla da suç ile ceza arasındaki adil dengeyi suçlu aleyhine kullanabilme ihtimalinin kuvvetli olduğu göz ardı edilmemelidir. Hukukun genel bir ilkesi de hiç kimsenin kendi davasında yargıç olamayacağı (nemo iudex in causa sua) ilkesidir⁵⁴. Bu nedenle faili doğrudan doğruya kendisi cezalandırmayıp disiplin mahkemesine sevk etmesi daha uygun olacaktır.

3.3.1.3. Devlet Memurları Kanununda düzenlenen disiplin suçlarında

Disiplin cezalarını vermeye yetkili olan makam ve organlar 657 SK'nın 126. maddesinde düzenlenmiştir. Maddeyle, disiplin cezalarını vermeye yetkili olan makam ve kurullar cezaların ağırlık derecesi esas alınarak, disiplin amirleri, atamaya yetkili amirler ve yüksek disiplin kurulu şeklinde belirtilmiştir⁵⁵. Bu maddedeki düzenlemeye göre, TSK'da çalışan Devlet memuruna, uyarma, kınama ve aylıktan kesme cezaları disiplin amirleri tarafından; kademe ilerlemesinin durdurulması cezası, görev yaptığı kuvvetteki disiplin kurulunun kararı alındıktan sonra atamaya yetkili amir tarafından; Devlet memurluğundan çıkarma cezası ise, disiplin amirinin isteği üzerine, görev yaptığı Bakanlıktaki yüksek disiplin kurulu kararı ile verilir.

657 SK'nın 126. maddesine göre, uyarma, kınama ve aylıktan kesme cezalarını verme yetkisi disiplin amirlerine aittir. 657 SK'nın 124. maddesinin 1. fıkrasında, disiplin amirlerinin, kurumların kuruluş ve görev özellikleri dikkate alınarak Devlet Personel Başkanlığı'nın görüşüne dayanılarak özel yönetmeliklerinde tayin ve tespit edilecek amirler olduğu belirtilmiş; 134. maddesinin 2. fıkrasında da; disiplin kurullarının kuruluş, üyelerinin görev süresi, görüşme ve karar usulü, hangi memurlar hakkında karar verebilecekleri ve disiplin amirlerinin

⁵⁴ CRAIG, P.P.; Administrative Law, SweetMaxwell, London 2003, s.407 (Nakleden: KAYA, agm, s.84).

⁵⁵ Disiplin cezalarının verilmesinde, mülga 788 sayılı Memurin Kanununun öngördüğü sistemin aksine disiplin kurulları yerine disiplin amirlerine ağırlık veren bu sistem, ceza verme yetkisinin memura ve yürütülen hizmete yakın olan disiplin amirince verilmesinin amaca uygun olması yönüyle yerinde görülmekte, buna karşılık memur güvencesini zayıflatığı gerekçesiyle eleştirilmektedir (SANKAKDAR, age, s.259). Ceza verilmesinde amir ya da kurullara yetki verilmesinin yarar ya da sakıncaları konusunda ilgili olarak bkz. ÖRÜCÜ, agm, s.805 vd.

tayin ve tespitinde uygulanacak esaslar ile bunların yetki ve sorumlulukları gibi hususların Bakanlar Kurulunca çıkarılacak yönetmelikle düzenleneceği hükme bağlanmıştır⁵⁶.

657 SK'nın 134. maddesine dayanılarak hazırlanan DY'nin 13.1.1986 tarihli Bakanlar Kurulu kararıyla değiştirilen 16. maddesinin 1. fıkrasında, disiplin amirlerinin bu maddede belirtilen esaslara uyulmak ve Devlet Personel Başkanlığı'nın görüşüne dayanılmak suretiyle, kurumların kuruluş ve görev özelliklerine göre hazırlayarak yürürlüğe koyacakları özel yönetmeliklerde tespit edilmesi öngörülmüştür. Maddenin devamında da kurumlarca yapılacak bu tespitte uyulması gereken bir kısım temel ilkelerin belirlenmesi yoluyla düzenlemelerde birlik sağlanması amaçlanmıştır⁵⁷.

TSKDY'nin "*disiplin amiri*" başlıklı 9. maddesine göre, Jandarma Genel Komutanlığı ve Sahil Güvenlik Komutanlığı personeli dışındaki tüm TSK'da çalışan Devlet memurların disiplin amiri MSB'dır. Karargâh ve kurumlarda en az şube müdürü veya eşiti seviyedeki amir, disiplin amiridir. Bağımsız birimlerde ise, amirlik görevini asaleten veya vekâleten yürüten subaylar disiplin amiridir. Disiplin amirlerinin sicil amiri durumunda bulunanlar üst disiplin amiridir.

JDY'nin "*disiplin amiri*" başlıklı 6. maddesine göre, Jandarma Genel Komutanlığı ve Sahil Güvenlik Komutanlığında çalışan Devlet memurların en üst disiplin amiri İçişleri Bakanı ve İçişleri Bakanlığı Müsteşarı'dır. Karargâh ve kurumlarda en az şube müdürü veya eşiti seviyedeki amir, disiplin amiridir. Bağımsız birimlerde ise, amirlik görevini asaleten veya vekâleten yürüten en az binbaşı rütbesindeki subaylar disiplin amiridir. Disiplin amirlerinin sicil amiri durumunda bulunanlar üst disiplin amiridir.

Disiplin amirlerinin yetkilerinin neler olduğu TSKDY'nin 10 ve JDY'nin 7. maddelerinde belirtilmiştir. Buna göre disiplin amirleri; 657 SK'nın 126. maddesi uyarınca

⁵⁶ SANCAKDAR, disiplin amirlerinin belirlenmesine ilişkin 124/1 ve 134/2. maddelerde düzenleme yapıldığını, 134/2. madde ile özel yönetmelik çıkarma konusunda Bakanlar Kuruluna verilen yetkide Devlet Personel Başkanlığının görüşünün alınması zorunluğu aranmazken, 124/1. maddede bu yönde bir zorunluluk arandığını, aynı konudaki bu iki farklı düzenlemeden daha sonraki tarihli olan 124/1. maddeye itibar edilerek kurumların özel yönetmelik çıkarma yetkisinin varlığını kabul etmek gerektiğini ifade etmektedir (SANCAKDAR, age, s.257). Ancak SAĞLAM'ın da haklı olarak belirttiği gibi, söz konusu maddeler arasında bir çelişki söz konusu olmadığından bu tür bir yoruma gitme gereği bulunmamaktadır. Şöyle ki, 134/2. madde ile Bakanlar Kuruluna disiplin amirlerini her kurum için ayrı ayrı belirleme yetkisi verilmemiş, sadece bu konuda temel esasları belirleme yetkisi verilerek, kurumların çıkaracağı yönetmelikler arasında birliktelik sağlanması amaçlanmıştır. 657 SK'nın 134/2. maddesi kurumların çıkaracağı bu özel yönetmelikleri yasaklamamakta, sadece bu özel yönetmelikler konusunda genel bir takım esasların belirlenmesi için Bakanlar Kuruluna çerçeve bir yönetmelik çıkarma yetkisi vermektedir. Bu bakımdan her iki hükmün birlikte uygulanabilir nitelik taşıdığını kabul etmek gerekmektedir (SAĞLAM, agt, s.187, dn.62).

⁵⁷ Danıştay, Disiplin Kurulları ve Disiplin Amirleri Yönetmeliğini, kapsadığı kurumlar bakımından uygulanma niteliği taşıyan çerçeve yönetmelik olarak değerlendirmektedir (D8D, 16.12.1998, E.96/975, K.98/4370, DD, S.100, 1999, s.378).

uyarma, kınama ve aylıktan kesme cezalarını vermeye, özel kanunların disiplin işleriyle ilgili olarak verdiği yetkileri kullanmaya, disiplin ve yüksek disiplin kurullarınca reddedilen kademe ilerlemesinin durdurulması cezası ile Devlet memurluğundan çıkarma cezaları yerine, ret kararlarının alındığı tarihi izleyen 15 gün içinde başka bir disiplin cezası vermeye, bir üst disiplin amiri sıfatıyla uyarma ve kınama cezalarına karşı yapılan itirazları inceleyerek verilen cezayı aynen kabule, hafifletmeye veya tamamen kaldırmaya yetkilidir.

Disiplin amirlerinin kendilerine tanınan yetkileri kullanırken uymaları gereken esas ve usuller ile sorumlulukları ise TSKDY'nin 11 ve JDY'nin 8. maddelerinde gösterilmiştir. Buna göre disiplin amirleri; Disiplin işlerinde kendilerine verilen yetkileri kamu hizmetlerinin gereği gibi yürütülmesini sağlamak amacıyla, memurlara kanun, tüzük ve yönetmeliklerle tanınan hakları göz önünde tutan hakkaniyet ve eşitliği esas alan bir tutum ve davranış içinde kullanmak, memurların uyarma, kınama, aylıktan kesme, kademe ilerlemesinin durdurulması ve memurluktan çıkarma cezalarından biriyle cezalandırılması gereken disipline aykırı davranışlarını öğrendikleri tarihten itibaren kanunen belli süreler içinde disiplin soruşturmasını başlatarak, gerekli cezayı uygulayarak, disiplin cezası verme yetkisinin zamanaşımına uğramasını önlemek, uyarma, kınama ve aylıktan kesme cezalarını soruşturmanın tamamlanma tarihini izleyen 15 gün içinde vermek, uyarma ve kınama cezalarına karşı yapılan itirazları, cezalara ilişkin karar ve eklerinin kendilerine intikalinden itibaren 30 gün içinde inceleyerek sonuçlandırmak zorundadırlar.

Yukarıda disiplin amirlerinin yetki ve sorumlulukları konusuna ilişkin olarak pozitif düzenlemelere değindik, şimdi de bu düzenlemelerin yorumu ve uygulamada ortaya çıkan sorunları yargısal içtihatlar ışığında değerlendirmeye çalışalım.

Belirtilen düzenlemeler karşısında, TSK'da çalışan Devlet memurlarının disiplin amirinin, astsubay, uzman jandarma, erbaş veya Devlet memuru olması mümkün değildir. Karargâh ve kurumlarda, en az şube müdürü veya eşiti seviyedeki subaylar disiplin cezası verebilir⁵⁸. Bağımsız birimlerde ise, amirlik görevini asaleten veya vekâleten yürüten subaylar disiplin cezası verebilir⁵⁹. İçişleri Bakanlığı teşkilatında çalışan Devlet memurları yönünden, bağımsız birimlerde, amirlik görevini asaleten veya vekâleten yürüten subayın, disiplin amiri olabilmesi için en az binbaşı rütbesinde olması da gerekmektedir.

⁵⁸ “Davacıya disiplin cezası, Sahil Güvenlik Eğitim Merkez Komutanlığı Eğitim Başkanı olan Deniz Yüzbaşı tarafından verilmiş olup; Karargâh ve kurumlardaki en az şube müdürü veya eşidi seviyedeki bir amir konumunda bulunduğundan, davacının, cezasının yetkisiz amir tarafından verilmiş olduğu şeklindeki iddiası yerinde görülmemiştir” (AYİM, 2.D.15.11.1995, E.341, K.820, AYİMD, S.10, 1996, s.539-542).

⁵⁹ “Yüzbaşı kadrosuna vekâleten atanmış da olsa, bir astsubayın 657 SK'nın 125. maddesine göre memur statüsündeki personele disiplin cezası verme yetkisi bulunmadığından disiplin cezasının yetki unsuru yönünden iptali gerekir” (AYİM, 3.D.7.7.2005, E.41, K.919, AYİMD, S.21, 2006, s.343-346).

AsCK'nın 171. maddesine bağlı cetvelde disiplin amirlerinin verebilecekleri cezalar rütbelerine göre belirlenmiştir. Ancak TSK'da çalışan Devlet memurlarının 657 SK'da düzenlenen disiplin suçlarında disiplin amirlerinin verebileceği cezalar rütbeye göre belirlenmemektedir. 657 SK'da özel düzenleme olması sebebiyle, 657 SK'da düzenlenen disiplin suçlarına ceza verilmesinde AsCK'nın 171. maddesine bağlı cetvel göz önüne alınamaz⁶⁰. Örneğin AsCK'nın 171. maddesine ekli cetvelde, binbaşı rütbesinde bir disiplin amiri Devlet memuruna 1/20'ye kadar miktarda aylıktan kesilmesi cezası verebilmekte, Tuğgeneral rütbesinde bir disiplin amiri ise 1/12'ye kadar miktarda aylıktan kesilmesi cezası verebilmektedir. Hâlbuki 657 SK'nın 125/C. maddesine göre disiplin amirlerinin hepsi 1/8'i ile 1/30'u arasında aylıktan kesme cezası verebilmektedir.

TSK'da çalışan Devlet memurlarına verilen disiplin cezasının usulüne uygun olup olmadığının belirlenmesinde işlemin yetki yönünden mevzuata uygun olup olmadığı önemlidir⁶¹. Eğer yetkisiz bir disiplin amiri ceza vermişse, yargı denetimi dışı bir ceza olsa bile işlem AYİM tarafından yok hükmünde sayılabilecektir.

Disiplin amirlerinin sicil amiri durumunda bulunan üst disiplin amirleri de, TSK'da çalışan Devlet memurlarına doğrudan disiplin cezası verebilirler⁶².

Acaba disiplin amirleri sahip oldukları ceza verme yetkisini devredebilir mi? Bilindiği gibi yetki devri; kanunların açıkça öngördüğü⁶³ ya da en azından yasaklamadığı konularda üst kademedeki bulunan bir idarecinin yetkilerinin bir kısmını belirli bir süreyle kendi adına kullanması için astına devretmesidir⁶⁴.

⁶⁰ “Davacıya 657 SK uyarınca disiplin amiri olan şube müdürü tarafından disiplin cezası verilmiştir. TSK'da çalışan Devlet memurlarına 657 SK uyarınca disiplin cezası verildiği takdirde AsCK'nın 171. maddesinde belirtilen rütbelerin ceza verme yetkilerinin göz önüne alınması gerekmez. AsCK uyarınca ceza tertip edildiği takdirde bu Kanunda yer alan cetvelde belirtilen rütbelerin ceza yetkilerinin dikkate alınması gerekir” (AYİM, 3.D.2.11.2006, E.2005/1371, K.2006/1410, AYİMD, S.22, 2007, s.456-457).

⁶¹ Danıştay, raporlu olması nedeniyle görevinde bulunmayan bir disiplin amirinin verdiği disiplin cezası işleminin yetki unsuru yönünden hukuka aykırı olduğuna karar vermiştir (D8D, 3.5.1999, E.1998/2038, K.1999/2990, DBİM).

⁶² “TSKDY'nin 9. maddesi ile disiplin amirlerinin sicil amiri durumunda bulunanlar da üst disiplin amiri olarak tespit edilmiştir. Devlet memurlarında etkin denetimin sağlanması kamu hizmetinin gereği gibi yürütülmesi bakımından Yönetmelik ile disiplin amiri olarak belirlenenlere doğrudan ceza verme yetkisi verilmiştir. Davacıya disiplin cezasının verildiği 04.08.2004 tarihi itibarı ile davacının disiplin amirleri sırası ile Başhemşire, Baştabip Yardımcısı ve Baştabiptir. Baştabibin sicil amiri durumunda bulunan Sağlık Komutanı da üst disiplin amiri durumundadır. Bu nedenle Sağlık Komutanı'nın doğrudan davacıya ceza vermesinde yetki yönünden hukuka aykırılık görülmemiştir” (AYİM, 13.4.2006, E.2004/1483, K.2006/660, AYİMD, S.22, 2007, s.446-456); Danıştay da aynı görüştedir (D8D, 10.11.1998, E.4598, K.3633, DD, S.99, 1999, s.383).

⁶³ D10D, 21.1.1992, E.1991/1213, K.1992/73, DD, S.86, 1992, s.532.

⁶⁴ AKYILMAZ, age, s.114; “Kamu hukuku ilkelerine göre yetki, bir kamu düzeni sorunudur. Kanun koyucu tarafından kime yetki verilmişse, ancak o bu yetkiyi kullanabilir. Kanunun açık bir izni olmadan yetkili makam yetkisini devredemez” (D6D, 8.3.1977, E.1976/5366, K.1977/1112, DD, S.28-29, 1977, s.407).

Disiplin cezalarının verilmesi konusunda, mevzuatımızda yetki devrine imkân veren açık bir düzenleme bulunmamaktadır⁶⁵. Buna göre hangi tür yetkilerin devredilebileceği ya da devredilemeyeceği hususunun sahip olunan yetkilerin nitelik ve özelliklerine bakılarak belirlenmesi gerekir⁶⁶. Doktrinde⁶⁷ ve yargı kararlarında⁶⁸, disiplin cezası verme yetkisinin münhasır yetki özelliği taşıdığından hareketle bu yetkinin devredilemeyeceği belirtilmektedir.

657 SK'nın 126. maddesinde hangi cezaların hangi makam veya kurul tarafından verileceği düzenlenmiştir. Disiplin amirleri ve kurullarının yetkileri dışında bir ceza vermeleri mümkün değildir. Örneğin, TSK'da çalışan Devlet memuruna, kademe ilerlemesinin durdurulması cezası, görev yaptığı kuvvetteki disiplin kurulunun kararı alındıktan sonra atamaya yetkili amir tarafından verilmesi gerekmektedir. Disiplin kurulu fiilin kademe ilerlemesinin durdurulması cezasını gerektirdiğine karar vermişse, atamaya yetkili amirin bu ceza dışında başka bir ceza vermesi mümkün değildir⁶⁹.

Disiplin soruşturması yapan kişi davacıya, kademe ilerlemesinin durdurulması cezası verilmesinin gerektiğini, ancak sicillerinin olumlu olması nedeniyle bir alt ceza olan aylıktan kesme cezası verilmesini önermesi halinde, disiplin kurulunca karar alındıktan ve cezanın bir alt ceza olan aylıktan kesme cezasına dönüştürülmesinden sonra yetkili disiplin amirince aylıktan kesme cezası verilebilir⁷⁰. Disiplin amiri disiplin kurulunun kararı olmadan soruşturmacının önerisi doğrultusunda doğrudan bir alt cezayı veremez.

⁶⁵ Bu konuda SANCAKDAR, 657 SK'nın 134/2. maddesinde yer alan; “disiplin amirlerinin tayin ve tespitinde uygulanacak esaslar yönetmelikte düzenlenir” hükmünün disiplin cezası verme yetkisi bakımından yetki devrinin kanunî dayanağını oluşturduğunu belirtmektedir (SANCAKDAR, age, s.260); Böyle bir yoruma katılmak mümkün değildir. 657 SK'nın sadece disiplin amirlerinin tespiti amacıyla yönelik olarak yönetmelik çıkarma yetkisi tanıyan 134/2. maddesini, disiplin cezası verme yetkisinin devredilebileceği konusunda bir dayanak olarak görmek isabetli değildir (SAĞLAM, agt, s.191).

⁶⁶ AKYILMAZ, age, s.116.

⁶⁷ DURAN, age, s.404; KIRMIZIGÜL, age, s.280; SAĞLAM, agt, s.193; GÖZLER, age, s.642; KAYA, agm, s.74.

⁶⁸ “Yetki kurallarının dar ve özel anlamda kamu düzenine ilişkin hükümlerden olduğu, idari işlemlerin en önemli unsurları arasında yer aldığı, yetki unsurundaki sakatlıkların sonradan verilecek onay ya da izinle giderilemeyeceği, bu nedenle idarenin yetki kurallarına sıkı bir şekilde uymak zorunda bulunduğu ve yetki kurallarının dar yorum ve uygulama yöntemlerine bağlı tutulması gerektiği idare hukukunun bilenen ilkelerindendir. Dar anlamda yetki unsuru denilen karar alma yeteneği, konu, yer ve zaman itibarıyla, Anayasa ve kanunlarla, belli organ, makam ve kamu görevlilerine tanınmış bir güçtür. Yetki devrinin hukuken geçerli olabilmesi daha önce kanunda açıkça öngörülmüş bulunmasına bağlıdır. Ancak, kamu hukukunda yetkiler ait olduğu organ, makam ve görevlilerce bizzat kullanılmak üzere verildiğinden, yetki devri istisnai durumlarda söz konusudur. Nitekim öğretide ve Danıştay içtihatlarında da yasayla bir makama verilmiş yetkilerin, bu makamca başka bir makama devri ya da başka makamlarca kullanılmasına izin verilmesinin mümkün ve geçerli olmadığı kabul edilmektedir. 657 SK'nın disiplin amiri sıfatıyla Bakana tanıdığı disiplin cezası verme yetkisinin devredilemeyeceği, sicilden silme yetkisinin atamaya yetkili amir tarafından bizzat kullanılması gerektiği, bu yetkinin devrinin de mümkün olmadığı” (D1D, 5.7.1984, E.1984/72, K.1984/155, DBİM); Benzer yönde D5D, 24.5.1979, E.1976/797, K.1979/1484, DD, S.36-37, 1980, s.361.

⁶⁹ “657 SK'nın 126. maddesine göre, disiplin kurulunca kabul edilen cezanın atamaya yetkili amir tarafından değiştirilmesine imkan olmadığı” (D12D, 20.3.2003, E.497, K.672, DBİM).

⁷⁰ D12D, 23.2.2004, E.2001/1292, K.2004/422, DBİM.

Soruşturma sonucunda Devlet memurluğundan çıkarma cezası teklif edilip, yüksek disiplin kurulunca bu teklifin reddi halinde, atamaya yetkili amir doğrudan bir alt ceza olan kademe ilerlemesinin durdurulması cezası veremez. Bu cezayı verebilmesi için disiplin kurulunun kararının da alınması gerekmektedir⁷¹.

3.3.1.4. Askeri Hâkimler Kanununda düzenlenen disiplin suçlarında

Daha önce izah edildiği üzere 357 SK'da düzenlenen disiplin suçlarıyla ilgili soruşturma işlemi MSB tarafından görevlendirilen askeri adalet müfettişlerince yapılır. Askeri adalet müfettişi soruşturma sonunda düşüncesini de kapsayan bir rapor düzenler. Soruşturma evrakını ve raporu inceleyen MSB, 357 SK'da düzenlenen disiplin suçlarından dolayı askeri hâkimlere uyarı veya kınama cezası verebilir.

Görüldüğü üzere, askeri hâkimler, disiplin suç ve cezaları bakımından TSK'da görevli diğer subaylardan farklı düzenlemeye tabi tutulmuş ve bu suretle hâkimlere disiplin cezası verilmesi daha sıkı şartlara bağlanmıştır. Askeri hâkimler hakkındaki bu farklı düzenleme, Anayasa'nın 138. maddesinde yer alan "*mahkemelerin bağımsızlığı*" ve 139. maddesinde yer alan "*hâkimlik ve savcılık teminatı*" ilkelerinin bir gereğidir⁷².

3.3.2. Disiplin Kurulları Tarafından Ceza Verilmesi

Disiplin kurullarının ceza verme usul ve esasları disiplin suçlarının düzenlendiği kanunlara göre farklılıklar göstermektedir.

3.3.2.1. Disiplin Mahkemeleri Kanununda düzenlenen disiplin suçlarında

Disiplin mahkemelerinin 477 SK'da düzenlenen disiplin suçlarından dolayı kovuşturma yapması konusunda 477 SK'da ceza muhakeme usul kurallarına paralel düzenlemeler yapılmıştır. Kovuşturma usulünü incelemeden önce disiplin mahkemelerinin görevi ve yetkisi konusunda 477 SK'da bulunan özel düzenlemeleri inceleyelim.

3.3.2.1.1. Disiplin mahkemelerinin görevi ve yetkisi

Ceza muhakemesinde yetki kuralları, bir dava ve uyuşmazlığa hangi yerdeki mahkeme tarafından bakılacağını belirler. Görev (madde itibarıyla yetki) kuralları ise, hangi kişilerin, hangi suçlarına hangi mahkemede bakılacağını belirler⁷³.

⁷¹ D12D, 20.5.2003, E.2003/1230, K.2003/1693, DBİM.

⁷² AYİM, 3.D.17.3.2005, E.2004/1469, K.2005/513, AYİMD, S.21, 2006, s.544-550.

⁷³ YILMAZ, age, s.991.

3.3.2.1.1.1. Disiplin mahkemelerinin görevi

477 SK'nın 7. maddesine göre, disiplin mahkemeleri asker kişilerin 477 SK'da yazılı disiplin suçlarına ait davalara bakar. Disiplin mahkemesinin 477 SK'da yazılı bir disiplin suçunu işleyen asker kişi hakkında kovuşturma yapabilme görevi, teşkilatında disiplin mahkemesi kurulan komutanın iddianame düzenlemesine bağlıdır. Disiplin mahkemesinin görevli olabilmesi için bir başka şart failin asker kişi olmasıdır. Esasında 477 SK'da yer alan suçlar, askeri nitelikte suçlar olup, yalnızca asker kişiler tarafından işlenebilirler. Daha önce belirttiğimiz gibi asker kişiler içinde yer alan Devlet memurları yönünden disiplin mahkemesinin yetkisi sınırlıdır.

477 SK'da yazılı disiplin suçunu, asker kişi ile iştirak halinde bir sivil kişi işleyecek olursa durum ne olacaktır? Sivil hakkında nasıl bir işlem yapılacaktır? Nerede yargılanacaktır? Bu konuda 477 SK'da bir açıklık yoktur.

ERMAN'a göre, 477 SK'nın 63. maddesi, 477 SK'da aksine hüküm bulunmayan hallerde 353 SK'nın uygulanacağını belirtmektedir. 353 SK'nın 12. maddesinde ise askeri mahkemelere ve adliye mahkemelerine tabi kişiler tarafından bir suçun müştereken işlenmesi halinde eğer suç Askeri Ceza Kanunda yazılı bir suç ise tüm sanıkların askeri mahkemede yargılanacakları yazılıdır. Her ne kadar AsYUK'un 12. maddesinde "*suçun AsCK'da yazılı olması*" şartı aranmakta ise de, 477 SK'nın 63. maddesinin ışığı altında ve 477 SK'nın AsCK'da öncece yer alan suçları bünyesinde topladığı göz önünde tutularak, disiplin mahkemelerinin görevli olduğu söylenebilir. Ayrıca 477 SK'nın 16. maddesi, iddianamenin asker kişi olan sanığa en yakın amiri aracılığıyla, diğer kişilere ise Tebligat Kanunu gereğince tebliğ olunacağından bahsetmektedir. Bu hüküm disiplin mahkemelerinde asker kişi olmayanların da sanık olabileceklerini dolaylı olarak kabul etmekte ve onlara da iddianamenin ne suretle tebliğ olunacağını belirtmektedir. Ancak iştirak halinin dışında disiplin mahkemelerinin asker kişi sıfatını taşımayan bir kimse hakkında görevli olmalarına imkân yoktur⁷⁴.

Kanaatimizce, iştirak halinde disiplin suçu işlenmesi halinde sivil kişiler hakkında disiplin mahkemelerinde kovuşturma yapılması mümkün değildir. Çünkü disiplin suçlarının niteliği ve düzenleniş amacı, disiplin cezalarının türleri, işlevleri ve infaz usulleri buna engeldir. Ayrıca 477 SK'nın 63. maddesindeki atıf nedeniyle AsCK ve 353 SK'daki düzenlemelerin disiplin kovuşturmasının niteliğiyle uyumlu olanları kullanılabilir. Adli veya askeri suçun sivil kişilerle birlikte işlenmesi durumunda yargılama yapacak organı belirleyen

⁷⁴ ERMAN, age, s.372.

düzenlemeden yola çıkarak disiplin suçlarına sivil kişilerin iştirak edebileceği söylenemez. Bu konuda 477 SK'nın 16. maddesindeki düzenlemenin dayanak olması da mümkün değildir. Zira asker kişi sıfatı devam ettiği sırada disiplin suçunu işleyen kişiler hakkında soruşturma devam ederken asker kişi sıfatları sona erebilir. Böyle bir durumda askeri amirleri vasıtasıyla iddianamenin tebliği söz konusu olamayacağından Tebligat Kanunu gereğince tebliğ olunacağı düzenlenmiştir. Bu düzenlemeyi amacını aşar tarzda yorumlamak yanlış olur. Ayrıca disiplin suçlarında göz hapsi verildiğinde sivil kişi hakkında uygulanamayacağı hususu da göz önüne alındığında, kanuni bir düzenleme bulunmadan 477 SK'da düzenlenen disiplin suçlarına sivillerin iştirakinin de cezalandırılabilmesi mümkün değildir.

Disiplin mahkemelerinin görevli olabilmesi için gerekli bir diğer şart ise, asker kişi tarafından işlenen suçun 477 SK'da yazılı disiplin suçlarından birisini oluşturmasıdır⁷⁵. Disiplin suçları 477 SK'nın 47-61. maddelerinde düzenlenmiştir. Eğer işlenen suç bu maddelerde yazılı disiplin suçlarından biri değilse, disiplin mahkemesi kovuşturma yapamaz. Bu halde görevsizlik kararı vererek dosyayı yargılama yapmakla görevli ve yetkili mahkemeye göndermesi gerekmektedir.

3.3.2.1.1.2. Disiplin mahkemelerinin yetkisi

Bir dava ve uyuşmazlığa hangi yerdeki mahkeme tarafından bakılacağını belirten kural olarak tanımlanan yetki⁷⁶, genel mahkemelerde yer itibariyle sınırlandırılarak uygulandığı halde, disiplin mahkemelerinin yetkisi, teşkilatında kuruldukları komutanlığın kadro ve kuruluşu ile sınırlı tutulmuştur (477 SK m.8/1). Bu kadro ve kuruluşu bağlı olarak görev yapan asker kişiler, 477 SK'da düzenlenen disiplin suçlarından dolayı, suçları nerede işlemiş olurlarsa olsunlar komutanlığın teşkilatında kurulu disiplin mahkemesinde yargılanırlar. Örneğin İstanbul 1. Ordu Komutanlığı Disiplin Mahkemesinin yetki alanında bulunan bir birlikte görev yapan asker kişi Diyarbakır'a izne gittiğinde karşılaştığı bir astına küfür etmişse disiplin kovuşturması suçun işlendiği Diyarbakır'da kurulu olan disiplin mahkemesinde değil, İstanbul 1. Ordu Komutanlığı Disiplin Mahkemesinde yapılacaktır.

Kural olarak 477 SK'da yetki, sanıkların kadro bağlılığı esasına dayanmaktadır⁷⁷. Ancak bazı hallerde bu kuralın dışına çıkılır. Genellikle kadro ve kuruluşuna dahil oldukları komutanlığa mesafe bakımından uzak olan birlikler ile kadro ve kuruluşuna girdikleri komutanlıkta disiplin mahkemesi kurulmamış olan birlik ve kurumlar yetki yönünden başka bir komutanlığın teşkilatında kurulan disiplin mahkemesinin yetkisine tabi olurlar. Buna yetkinin

⁷⁵ ÖZBAKAN, Disiplin, s.48; KOÇ, age, s.681.

⁷⁶ YILMAZ, age, s.991.

⁷⁷ ERMAN, age, s.389.

genişletilmesi veya daraltılması denir. Bünyesindeki bir birlik başka bir komutanlık disiplin mahkemesinin yetkisine tabi tutulan komutanlık bakımından bu yetkinin daraltılması; kadro ve kuruluşuna dâhil olmamakla beraber, Genelkurmay Başkanlığınca teşkilatında kurulan disiplin mahkemesine birlik veya kurum bağlanan komutanlık bakımından ise bu yetkinin genişletilmesi demektir⁷⁸. Örneğin Erzincan 3. Ordu Komutanlığı Disiplin Mahkemesinin yetki alanı Erzincan ilindeki askeri birlikler olduğundan, Erzincan ili dışında 3. Ordu Komutanlığına bağlı birliklerde görev yapanları yargılama yetkisi yoktur. Ayrıca 3. Ordu Komutanlığına bağlı olmadıkları halde Erzincan il sınırları içinde bulunan birliklerin personeli de 3. Ordu Komutanlığı Disiplin Mahkemesinin yetkisine girmektedir.

Disiplin mahkemelerinin kovuşturma yetkisi kadro bağlılığı esasına ilave olarak 477 SK'nın 9. maddesinde bir de subayların rütbesi esas alınarak belirlenmiştir⁷⁹. Teşkilatında disiplin mahkemesi kurulan komutanlığın kademesi yükseldikçe, rütbe yönünden yetkisi de artmaktadır. Örneğin tugay komutanlığı teşkilatındaki disiplin mahkemesi binbaşıya kadar, kolordu komutanlığı teşkilatındaki disiplin mahkemesi generale kadar subaylar hakkında disiplin kovuşturması yapabilir. Subaylar dışındaki asker kişiler bakımından böyle bir ayırım yapılmamıştır.

Disiplin mahkemelerinin kovuşturma yetkisi kadro bağlılığı ve rütbe esasına dayanmakla beraber bazı hallerde kanun özel yetkiler de tanımış bulunmaktadır. Bunları aşağıdaki gibi sıralamak mümkündür:

- Bir disiplin suçu farklı disiplin mahkemelerine tabi asker kişiler tarafından birlikte işlenirse en yüksek rütbelinin tabi olduğu disiplin mahkemesi hepsi hakkında davaya bakmaya yetkilidir (477 SK m.10/1). Yetki uyuşmazlıklarında kanun önce rütbe esasını gözetmiştir. Bu nedenle kıdem itibarıyla üstünlük yetkili mahkemeyi belirlemede etkili olmaz⁸⁰.

- Bir disiplin suçu farklı disiplin mahkemesine tabi eşit rütbeli asker kişiler veya rütbesiz asker kişiler tarafından birlikte işlenmiş olursa, garnizon komutanı hepsi hakkında soruşturma yapacak teşkilatında disiplin mahkemesi bulunan komutanı belirler. Birlikte suç işleyen asker kişiler ayrı garnizonlarda ise yetkili organ, adli yönden bağlı oldukları müşterek üst komutan

⁷⁸ ÖZBAKAN, Disiplin, s.49.

⁷⁹ “Tugay veya eşidi komutanlıkları veya askeri kurum amirlikleri teşkilatındaki disiplin mahkemeleri erden yüzbaşıya kadar (yüzbaşı dâhil) askerler ile diğer asker kişileri; Tümen ve eşidi komutanlıkları veya askeri kurum amirlikleri teşkilatındaki disiplin mahkemeleri erden yarbaya kadar (yarbay dahil) askerler ile diğer asker kişileri; Kolordu ve eşidi komutanlıkları veya askeri kurum amirlikleri ile ordu komutanlıkları, Sahil Güvenlik Komutanlığı, Jandarma Genel Komutanlığı ve Kuvvet Komutanlıkları, Milli Savunma Bakanlığı Müsteşarlığı teşkilatındaki disiplin mahkemeleri erden albaya kadar (albay dahil) askerler ile diğer asker kişileri; Genelkurmay Başkanlığı teşkilatındaki disiplin mahkemesi erden general ve amiraller kadar (general ve amiraller dahil) askerler ile diğer asker kişileri yargılamaya yetkilidir” (477 SK m.9).

⁸⁰ ÖZBAKAN, Disiplin, s.52.

tarafından belirlenir (477 SK m.10/2). Müşterek üst komutanlık bulunmadığı hallerde yetki uyuşmazlıkları Genelkurmay Başkanlığınca kesin olarak çözümlenir (477 SK m.10/3).

- Disiplin mahkemelerinin görev ve yetkileri bu mahkemelerde kovuşturulmayı gerektiren ilginin kesilmesi ile kalkmaz. Ancak sanık rütbe yükselmesi nedeniyle tabi olduğu disiplin mahkemesinin yetkisi dışına çıkmış olursa, yargılama yetkisi adli yönden üst komutanlık teşkilatındaki disiplin mahkemesine geçer (477 SK m.11).

Terhis, emekliye sevk veya ayrılma, istifa, ordudan ihraç, öğrencilik haklarını kaybetme vb. şekillerle TSK ile ilişkinin kesilmesi hallerinde disiplin mahkemesinin fail hakkındaki görev ve yetkisini ortadan kalkmaz⁸¹.

3.3.2.1.1.3. Disiplin mahkemeleri arasında hüküm ve yetki uyuşmazlığı çıkması

Disiplin mahkemeleri arasında çıkacak hüküm veya yetki uyuşmazlıklarını⁸² adli yönden müşterek üst komutanlık veya askeri kurum amirliği teşkilatındaki disiplin mahkemesi çözümler. Müşterek üst komutanlık veya askeri kurum amirliği bulunmadığı takdirde bu konulardaki uyuşmazlıklar Genelkurmay Başkanlığı teşkilatındaki disiplin mahkemesi tarafından çözümlenir (477 SK m.12).

Yetkisizlik itirazının ne zaman yapılacağı konusunda 477 SK'da açıklık yoktur. Ancak 353 SK'nın 32. maddesinde, yetkisizlik itirazının sanığın sorgusundan önce mahkemeye bildirilmesi gerektiği düzenlenmiştir. 477 SK'nın 63. maddesi uyarınca bu hüküm disiplin mahkemelerinde de uygulanır. Yani disiplin mahkemesi yetkisizlik itirazını sorgudan önce karara bağlamak zorundadır. Bu safha geçirildikten sonra mahkeme yetkisizlik kararı veremez. Ancak sınıf ve rütbe yönünden yapılan yetkisizlik itirazı duruşmanın her aşamasında karara bağlanabilir. Zira rütbe yönünden yetki, disiplin mahkemelerinde aynı zamanda “görevi” de belirlediğinden, görev konusu ise duruşmanın her hal ve safhasında karara bağlanacağından, disiplin mahkemeleri rütbe itibarıyla yetkilerine girmeyen sanıklar hakkında her zaman rütbe yönünden yetkisizlik kararı verebilirler.

⁸¹ Maddenin gerekçesinde de, “disiplin kişisel bir mesele olmayıp, Silahlı Kuvvetleri ayakta tutan müşterek iman ve duygudur. Disiplini bozan bir fiilin işlenmesi halinde esas gaye; suçluyu cezalandırmak olduğu kadar cezanın da genel vasıf ve gayesine uygun olarak failden başkalarına da örnek ve emsal olmasıdır. Bu nedenle askeri ilginin kesilmesi dolayısıyla Silahlı Kuvvetlerden ayrılma gibi haller disiplin mahkemelerinin görev ve yetkisini kaldırmamaktadır” denilerek hükmün amacı açıklanmıştır (Bkz. **KERSE**, age, s.75).

⁸² Hüküm uyuşmazlığı, iki ayrı mahkemenin aynı sanık hakkında aynı fiilinden dolayı birbirinden farklı iki ayrı karar vermesi halidir. Yetki uyuşmazlığı ise, aynı dava bakımından iki ayrı mahkemenin davayı görmeye yetkili olduğuna karar vermesi (olumlu yetki uyuşmazlığı) veya davanın açıldığı mahkemenin yetkisizlik kararı vermesinden sonra dava önüne getirilen mahkemenin de yetkisizlik kararı vermesi (olumsuz yetki uyuşmazlığı) halidir. (Bkz. **YILMAZ**, age, s.362, 992; **ÖZBAKAN**, Disiplin, s.53-55).

Disiplin mahkemeleri ile askeri mahkemeler arasında çıkan görev uyuşmazlıkları ise 353 SK'nın 30 ve 31. maddelerinin kıyas yoluyla tatbiki suretiyle Askeri Yargıtay tarafından kesin olarak çözümlenir ve görevli mahkeme belirlenir⁸³.

3.4.2.1.2. Disiplin mahkemelerinin çalışma usulleri

İddianamenin kabulüyle başlayıp, iddia ve savunma ışığında yapılan yargılama neticesinde verilen bir hükümle sona eren; duruşma hazırlığı, duruşma ve son karar evrelerinden ibaret bulunan ceza muhakemesi safhasına “*kovuşturma evresi*”; bu evrede yapılan işlemlere de “*kovuşturma*” denmektedir. Bu kabul ve tanım disiplin suçlarının kovuşturulması bakımından da geçerlidir.

3.3.2.1.2.1. Disiplin mahkemesinin toplanması ve duruşma hazırlığı

İddianame, asker kişi olan sanığa en yakın amiri aracılığı ile tebliğ olunur. Bu hususta düzenlenecek belgede tebliğ eden ve sanığın imzası ile tebliğ tarihi gösterilir (477 SK m.16/2).

Disiplin mahkemesinde duruşma yapılabilmesi için, iddianamenin şüpheliye tebliğ edilmesi ve tebliğ tarihinden itibaren de iki gün geçmesi veya şüphelinin bu süreden vazgeçmesi gerekir.

Duruşmadan önce Komutanın disiplin mahkemesinin toplanması emrini vermesi gerekir. Toplanma emrinde; mahkemeyi oluşturacak başkan ve üyelerin adları, şüphelinin kimliği ve suçu, duruşma gün, yer ve saatinin de belirtilmesi gerekir. Teşkilatında disiplin mahkemesi kurulan komutanın emri olmadan toplanan mahkemece yapılan duruşma ve verilen karar kanuna mutlak aykırıdır. Mahkemenin toplanması yolunda verilecek bu emir, mahkemenin tüm oturumları için geçerlidir⁸⁴.

477 SK'da iddianamenin iadesi düzenlenmemiştir. Ancak usulüne uygun olarak toplanan disiplin mahkemesi, iddianamenin düzenlenmesinde bir noksanlık görmüşse, noksanlığın tamamlanması için iddianameyi iade edebilir. Zira 477 SK'nın 63. maddesinde 477 SK'da aksine hüküm bulunmayan durumlarda 353 SK'nın uygulanabileceğini düzenlemiştir. 353 SK'nın 115. maddesinde iddianamenin iadesi kararına itirazı düzenlemektedir. 353 SK'nın ek madde 1'deki genel atfı da dikkate alındığında kamu davasının açılmasına ve iddianamenin iadesine ilişkin CMK hükümleri kıyasen disiplin mahkemesinde de uygulanacaktır. Bu itibarla disiplin mahkemesi de düzenlenen iddianame 477 SK'nın 16. maddesinde belirtilen unsurları taşııyorsa iadesine karar verebilir. Teoride iddianamenin iadesi mümkün ise de, disiplin

⁸³ As.Yrgt.Drl.Krl.29.1.1965, E.5, K.14, ÖZBAKAN, Disiplin, s.48.

⁸⁴ ÖZBAKAN, Disiplin, s.72.

mahkemesinin yapısı ve Komutanın konumu itibariyle, uygulamada Komutan tarafından düzenlenen iddianamenin iadesi mümkün değildir.

İddianamenin kabulüyle birlikte kovuşturma evresi başlar. Asker kişi olan sanık ve tanıklar, bağlı oldukları birlik komutanı aracılığıyla disiplin mahkemesine çağrılırlar. Gelmeyen asker sanık ve tanıkların zorla getirilmeleri mümkündür (477 SK m.18).

Asker olmayan kişilerin disiplin mahkemelerine çağrılmaları davetiye ile olur. Tebligat kendilerine 7201 sayılı Tebligat Kanunu hükümlerine göre yapılır. Davetiyeye gelmedikleri takdirde zorla getirilecekleri de yazılır. Buna uymayan sanık veya tanığın mahkemeye zorla getirilmesi mümkündür.

3.3.2.1.2.2. Disiplin mahkemesinde duruşma

Disiplin mahkemesinde duruşmaya sanık, tanık ve bilirkişilerin yoklaması ile başlanır. Bu kişilerin hazır bulunup bulunmadıkları duruşma tutanağına geçirilir. Yoklamadan sonra başkan tarafından sanığa başkan ve üyelerin davaya bakmalarına engel halleri hakkında bir istemi bulunup bulunmadığı sorulur (477 SK m.22).

Başkan ve üyelerin davaya bakamayacağı ve reddini gerektiren nedenler 477 SK'nın 23. maddesinde sayılmıştır. Suçtan kendisi zarar görmüşse, sanık ve suçtan zarar görenle aralarında evlilik veya veraset ilişkisi, kan veya sıhrî usul ve fûru hısımlığı yahut evlat edinme ilişkisi varsa, aynı davada nezdinde disiplin mahkemesi kurulan komutan sıfatı ile işlem veya disiplin subaylığı yahut sanık avukatlığı görevlerini yapmışsa, tanık veya bilirkişi olarak dinlenmişse, tarafsızlığını şüpheyne düşürecek haller mevcutsa disiplin mahkemelerinin başkan ve üyeleri bu görevlerini yapamazlar veya aynı nedenlerle reddedilebilirler⁸⁵. Bu hükümler tutanak katipleri hakkında da uygulanır. Disiplin subayları ise reddolunamaz.

Başkan ve üyelerin reddi isteminin usulü, zamanı ve verilecek kararlar hakkında 477 SK'da hüküm bulunmadığından, Kanunun 63. maddesindeki atıf sebebiyle 353 SK'nın bu husustaki hükümleri kıyasen disiplin mahkemelerinde de uygulanabilir.

⁸⁵ “Dava konusu olay hakkında Merkez Komutanı sıfatıyla vaka raporu düzenleyen ve kovuşturma talep eden albayın aynı davada askeri mahkeme kuruluna başkanlık yapması kanuna aykırıdır” (As.Yrgt. 1.D. 12.12.1966, E.1132, K.1131, **ÖZBAKAN**, Disiplin, s.83); “Duruşma esnasında mahkeme başkanının tanığa hitaben ‘sana güveniyorduk, sen de doğru söylemiyorsun’ tarzında sarfettiği sözler hakimnin reddini gerektirir” (As.Yrgt.1.D. 2.2.1959, E.1958/5308, K.1959/6, **ÖZBAKAN**, Disiplin, s.83).

Başkan ve üyelerin davaya bakmalarına engel hal ve nedenlere ilişkin sanığın itirazı yoksa diğer usuli işlemlere geçilir. Daha sonra, başkan tanıkları duruşma salonundan dışarıya çıkarır. Sanığın kimliği saptandıktan sonra iddianame disiplin subayı tarafından okunur (477 SK m.22).

Duruşma hükme katılacakların huzuru ile ara verilmeksizin yapılır (477 SK m.19/1). Duruşmaya ara verilmemesi demek, duruşmanın mümkün olduğu takdirde bir celsede (oturumda) sonuçlandırılması demektir. Bir celseden maksat, kovuşturmanın bir günde tamamlanması değildir. Örneğin kovuşturmanın kapsamı ve önemine göre, iki veya üç gün üst üste duruşma yapılması da bir celse esasına uygundur. Disiplin mahkemeleri “*bozulan disiplinin mümkün olan en kısa zamanda iadesi*” gibi bir amaçla kurulmuş olduklarından, bu mahkemelerin basit ve seri bir yargılama usulü ile biran önce sonuca varmaları gerekir.

Disiplin mahkemesinde duruşma hükme katılacakların huzuru ile yapılır. Disiplin mahkemesinin kimlerden kurulacağı 477 SK’nın 2. maddesinde gösterilmiştir. Disiplin mahkemesi biri başkan, ikisi üye olmak üzere üç subaydan kurulur. Astsubay, erbaş ve erlerin yargılanmalarında üyelerden biri astsubaylardan seçilir. Mahkemeyi oluşturan başkan ve üyelerin duruşmaya katılmaları ve duruşma süresince de bir yere ayrılmamaları zorunludur. Disiplin subayı ile tutanak kâtibinin de duruşmaya iştirakleri şarttır. Kovuşturmanın devamı süresince bunlarda duruşmada hazır bulunurlar. Bunlardan birinin yokluğunda duruşma yapılması ve karar verilmesi kanuna mutlak aykırılık sayılır.

Sanık duruşmanın devamı süresince hazır bulundurulur. Bu kural duruşmanın yüze karşı yapılacağı (vicahilik) ilkesinin bir sonucudur⁸⁶. Sanık, duruşmanın yapılacağı disiplin mahkemesine uzak sayılabilecek bir yerde bulunmakta ise, iddianamenin bir nüshası bulunduğu yerdeki komutanlığa gönderilerek sorgusunun oradaki disiplin mahkemesince veya adli ceza mahkemesince yapıp tutanağın iadesi istenebilir.

Bazı hallerde sanığın yokluğunda duruşma yapılmasına kanun olanak tanımıştır. Bunlar, sanığın duruşmaya özürsüz gelmemesi, gelip savuşması veya duruşmada bulunmak istemediğini önceden bildirmesi halleridir (477 SK m.19/2). Bu hallerde duruşmada sorgusu yapılmış olmak koşulu⁸⁷ ile disiplin mahkemesi sanığın yokluğunda duruşma yaparak hüküm verebilir.

⁸⁶ **TOROSLU, Nevzat;** Ceza Muhakemesi Hukuku, Ankara 1998, (Ceza muhakemesi), s.260-262; **ÖZBAKAN, AsYUK, C.II,** s.573.

⁸⁷ “Disiplin mahkemesince sorgu ve savunması alınmadan, duruşmaya devam olunarak, suç evrakının tanzimi sırasında birlik komutanlığınca tespit olunan ifadesinin okunmasıyla yetinilerek hüküm kurulması kanuna aykırıdır” (As.Yrgt.4.D.26.10.1971, E.446, K.437, yayınlanmamıştır).

Mazereti nedeniyle duruşmaya gelemeyeceğini bildiren sanık hakkında disiplin mahkemesince duruşmanın ertelenmesine karar verilmesi gerekir. Ancak sanık mazeret bildirdikten sonra duruşmanın bir sonraki celsesinde de hazır bulunmazsa artık duruşmaya mazeretsiz gelmediği kabul edilerek yokluğunda duruşma yapıp hüküm verilebilir.

Duruşmanın yönetimi ve disiplini başkana aittir. Duruşma disiplinini bozan kişiyi başkan mahkeme salonundan çıkartır (477 SK m.20). Buradaki “*kişi*” kavramına sanık, tanık, bilirkişi, avukat ve dinleyiciler dâhildir⁸⁸.

Disiplin mahkemelerinde duruşma açık olur (477 SK m.21). Duruşmanın açıklığı, isteyeninin duruşmada hazır bulunabilmesi, yapılanları görebilmesi, söylenenleri işitebilmesi ve gösterilenleri görebilmesidir. Duruşmanın açıklığı insanları gizli yargılamalara karşı koruduğundan demokratik rejimlerin vazgeçilmez ilkelerindendir⁸⁹.

Ancak bazı özel ve istisnai hallerde duruşmanın bir kısmının veya tamamının kapalı olarak yapılmasına karar verilebileceği gibi sanığın astı olan kişiler de duruşmada dinleyici olarak hazır bulunamazlar. Yani bu kişiler bakımından duruşmanın açıklığı kuralı kısıtlanmıştır. Duruşmada asker kişilerden, sanığın astı olanlar dinleyici olarak bulunamazlar. Sanıklar birden çok ise en büyüğünün rütbe ve kıdemi esas alınır. Suçtan zarar gören asker kişi, rütbesi ne olursa olsun, duruşmada hazır bulunabilir. Sanığın astı olanların duruşmada hazır bulunamayacakları kaidesi, askeri disiplinin korunması maksadına yöneliktir⁹⁰.

Duruşmanın başlangıcında, sanığın kimliğinin tespitinden sonra disiplin subayı tarafından iddianamenin okunacağını yukarıda açıklamıştık. İddianamenin okunmasından sonra sanık olay hakkında sorguya çekilir. Varsa tanıklar dinlenir ve diğer deliller toplanır. Sanığın sorgusunun nasıl yapılacağına dair 477 SK’da açık bir hüküm yoktur. 63. maddedeki atıf sebebiyle CMK’nun 147. maddesi disiplin mahkemesinde de uygulanacaktır. Buna göre, sanığın sorguya çekilmesinde aşağıdaki hususlara uyulmalıdır:

- Sanığın kimliği saptanmalı, kişisel ve ekonomik durumu hakkında bilgi alınmalıdır. Sanık kimliğine ilişkin soruları doğru cevaplandırmakla yükümlüdür. Susma hakkını kullanamaz⁹¹.

- Kendisine yüklenen suç anlatılır.

⁸⁸ ÖZBAKAN, Disiplin, s.77.

⁸⁹ TOROSLU, Ceza muhakemesi, s.257.

⁹⁰ ÖZBAKAN, Disiplin, s.78.

⁹¹ TOROSLU, Ceza muhakemesi, s.267.

- Avukat seçme hakkının bulunduğu ve onun hukuki yardımından yararlanabileceği, avukatın ifade veya sorgusunda hazır bulunabileceği kendisine bildirilir. 477 SK'nın 25. maddesi uyarınca, avukat bizzat sanık tarafından tutulabileceği gibi, disiplin mahkemesince de sanığa resen avukat tutulabilir. Ayrıca sanığın kendisini avukat ile temsil etmesi sadece duruşmaya mahsus değildir. Disiplin hazırlık soruşturması sırasında da henüz şüpheli iken de avukat tutulabilir. Mahkemece avukat tutulması ancak duruşma safhasına ait bir işlemdir. Sanık bu safhadan önce kendisine avukat tutulmasını mahkemeden isteyemez⁹².

- Yüklenen suç hakkında açıklamada bulunmamasının kanuni hakkı olduğu söylenir. Sanık sorgusunda mutlaka bir şeyler söylemek zorunda değildir. Susma hakkını kullanabilir. Sanığın susma hakkını kullanması suçunu kabul ettiği şeklinde yorumlanmamalıdır. Olayın aydınlanması bakımından sanığa sorular sorulabilir. Sanığın susması ve keza sorgusunda suçunu itiraf etmesi, mahkemece öz vakanın araştırılmasına ve delillerin toplanmasına engel olmaz.

- Şüpheden kurtulması için somut delillerin toplanmasını isteyebileceği hatırlatılır ve kendisi aleyhindeki şüphe nedenlerini ortadan kaldırmak ve lehine olan hususları ileri sürmek imkânı tanınır. Aksi halde savunma hakkı kısıtlanmış olur.

Sanığın sorgusu tamamlandıktan sonra varsa tanık ve bilirkişilerin dinlenilmesine geçilir. Tanıkların ve bilirkişinin dinlenilmesi konusunda da 477 SK'da açık bir hüküm bulunmadığından ve atıf nedeniyle tanıklıkla ilgili CMK'nun 43-61. maddeleri ve bilirkişilikle ilgili 62-73. maddeleri uygulanır.

Tanığın dinlenilmesine geçilmeden önce kimliği tespit edilir ve bu husus duruşma tutanağına da geçirildikten sonra tanığa usulüne uygun yemin verilerek başkan tarafından bildikleri sorulur ve söyledikleri tutanağa geçirilir. Tanık sadece olayla ilgili olarak bildiklerini söylemek zorundadır. Tanığın ifadesine karşı beyanları sanıktan sorulur. Tanık, tanıklık yapmasına engel kanuni bir sebep bulunmuyorsa tanıklık yapmak zorundadır. Bir olayın delili yalnız bir tanığın bilgi ve görgüsünden ibaret ise, bu tanık mutlaka duruşmada dinlenir.

Tanıkların ve bilirkişilerin dinlenilmesi bittikten sonra, varsa dosyadaki yazılı belgelerin okunmasına geçilir. Daha sonra disiplin subayından esas hakkındaki istemi sorulur. Esas hakkındaki istem, mahkemece toplanan deliller ışığında sanığın suçlu olup olmadığını belirtmek ve suçlu ise hakkında uygulanması istenilen kanun maddesini göstermekten ibarettir. Mahkeme, disiplin subayının esas hakkındaki istemi ile bağlı değildir. Gerekçesini göstermek suretiyle başka türlü de karar verebilir.

⁹² ÖZBAKAN, Disiplin, s.87.

Disiplin subayı esas hakkındaki mütalaasını bildirdikten sonra savunmasını yapmak üzere sanığa söz verilir. Duruşmada son söz sanığındır (477 SK m.24/3). Daha sonra mahkeme karar vermek üzere müzakereye çekilir.

3.3.2.1.3. Disiplin mahkemelerinin karar vermesi

Disiplin mahkemesi, karar vermeden önce toplanan delilleri değerlendirmek zorundadır. Zira disiplin mahkemesi toplanan delilleri duruşmada edineceği kanaate göre değerlendirir (477 SK m.26). Disiplin mahkemesi delilleri istediği gibi değerlendiremez⁹³. Değerlendirmesini haklı ve makul nedenlere dayandırmak zorunda olduğu gibi duruşmada dinlenip okunmayan ve tartışılmayan bir delile de dayanarak hüküm veremez. Ancak duruşmada ortaya konmuş ve tartışılmış olsa bile hukuka aykırı şekilde elde edilen deliller hükme esas alınamaz⁹⁴. Delillerin değerlendirilmesini içermeyen bir hüküm gerekçesizlik nedeniyle kanuna mutlak aykırı sayılarak itiraza konu olabilir.

Disiplin mahkemesi, duruşmada ortaya konan ve tartışılan delilleri değerlendirdikten sonra kararını verir. Disiplin mahkemelerinde kararlar oybirliği veya oyçokluğu ile verilir (477 SK m.28). Kısa karar metni hazırlanarak duruşma tutanağına geçirilir. Karar oyçokluğu ile verilmişse, muhalif kalan üyenin gösterilmesi ve muhalefet sebebinin yazılması zorunludur⁹⁵

Daha sonra mahkeme başkanı hükmü sanığa tefhim eder. Zira duruşma hükmün tefhimi ile biter (477 SK m.27/1). Tefhim, sanık huzurda ise kararın yüzüne karşı okunması, yokluğunda ise tebliğ suretiyle yapılır. Tebliğ, tebliği gereken evrakın onaylanmış bir benzerinin ilgiliye verilmesinden ibarettir.

Gerekçeli kararın kaç gün içinde yazılarak dosyasına konulacağı hususunda 477 SK'da bir hüküm yoktur. Ancak gerekçeli kararın kısa sürede yazılıp dosyasına konulması gerekir⁹⁶.

Disiplin mahkemesi, sanığın beraatına veya mahkûmiyetine veya davanın düşmesine yahut disiplin mahkemesinin görevsizliğine veya yetkisizliğine dair karar verir (477 SK m.27/3).

⁹³ “Mahkemelerin delilleri serbestçe takdir hususundaki hak ve yetkileri hudutsuz değildir. Takdirin haklı ve makul nedenlere dayanmaması, zaaf ve tezat arzemesi hallerinde hükmün isabetli olmayacağı ve kanuna aykırı olacağı” (As.Yrgt.Drl.Krl.29.6.1973, E.40, K.38, **ÖZBAKAN**, Disiplin, s.89).

⁹⁴ **TOROSLU**, Ceza muhakemesi, s.276.

⁹⁵ As.Yrgt.1.D.28.8.1961, E.1377, K.1216, **ÖZBAKAN**, Disiplin, s.94.

⁹⁶ **ÖZBAKAN**, Disiplin, s.90.

Davanın düşmesi (ortadan kaldırılması), ölüm, af, zamanaşımı gibi nedenlerle davanın devamında kamu yararı görülmeyen hallerde verilir. Bu nedenler ortaya çıktığı anda duruşmaya son verilerek davanın düşmesine karar verilir.

Duruşma sırasında sanığın veya suçun disiplin mahkemesinin görevine girmediği anlaşılırsa görevsizlik kararı verilir. Sanığın rütbesi veya sınıfı uygun değilse yetkisizlik kararı verilir.

477 SK'ya göre verilecek oda ve göz hapsi cezaları üç günden iki aya kadardır. Erbaşlar hakkında asli ceza ile birlikte rütbenin geri alınması cezası da verilebilir (477 SK m.41/1). Ancak bazı disiplin suçlarında asgari sınır daha yüksek tutulmuştur. Örneğin emre itaatsizlik suçunda asgari had 10 gün, azami had ise 2 ay olarak belirlenmiştir. Mahkeme sanığı bu suçtan cezalandırırken belirtilen sınırlar içerisinde cezayı belirlemek zorundadır. Ayrıca bazı maddelerde (Örneğin 477 SK m.47) asgari sınır gösterilmemiş, sadece azami sınır gösterilmiştir. Bu suçlarda asgari had, 477 SK'nın 41. maddesi uyarınca 3 gündür.

Disiplin mahkemesi sanığın suçu işlediğini tespit etmişse, mahkûmiyet kararı verir. Suçun düzenlendiği maddede yazılı cezanın aşağı ve yukarı hadleri arasında cezayı serbestçe belirler (477 SK m.41/son)⁹⁷.

Duruşmanın sona ermesinden sonra verilen kararlar duruşmaya katılan mahkeme başkanı, üyeler ve zabıt kâtabi tarafından imzalanır. Kısa kararda, verilen kararın ne olduğunun, uygulanan kanun maddelerinin, verilen ceza miktarının, kanun yollarına başvurma imkânının bulunup bulunmadığının, başvuru imkânı varsa süresi ve başvuracağı makamın tereddüde yer vermeyecek şekilde açıkça gösterilmesi gerekir⁹⁸.

TCK'nun 51. maddesinde kural olarak işlediği suçtan dolayı iki yıl veya daha az süreyle hapis cezasına mahkûm edilen kişinin cezasının ertelenebileceği hükmü düzenlenmişse de, 477 SK'nın 63/2. maddesinde TCK'nun Birinci Kitap Üçüncü Kısım Birinci Bölüm hükümlerinin

⁹⁷ Maddenin bu fıkrasının Anayasa'daki "*bütün mahkemelerin her türlü kararlarının gerekçeli olarak yazılması zorunluluğu*"na aykırı olduğu gerekçesi ile Anayasa Mahkemesinde iptal davası açılmış ise de, Anayasa Mahkemesi bu hükmün Anayasa'ya aykırı olmadığına karar vermiştir. Mahkeme red gerekçesinde özetle; söz konusu fıkra hükmünün, disiplin mahkemelerini, aşağı ve yukarı hadli cezalar taşıyan kanun maddelerini uygularken, gerekçe göstermeden bu iki had arasında dilediği gibi ceza saptamak konusunda serbest bırakmadığını, disiplin mahkemelerinin de cezanın aşağı haddinden uzaklaşınca sebebinin gerekçeli kararında göstermek zorunluluğunda olduğunu belirtilmiştir (Ay.Mah. 26.01.1978, E.1977/132, K.1978/6, RG, 14.3.1978, S.16228).

⁹⁸ "*Devlet, işlemlerinde, ilgili kişilerin hangi kanun yolları ve mercilere başvuracağını ve sürelerini belirtmek zorundadır*" (Ay. m.40); Askeri Yargıtay'ın yerleşik kararlarında, Anayasa'nın bu amir hükmü uyarınca, yargı kararlarına karşı başvurulacak kanun yolları, merci ve sürelerinin de hükümle birlikte muhatabına bildirilmesi gerektiği, aksi takdirde bu şekilde bildirim içermeyen tebligatların hükümsüz kalacağı belirtilmektedir (Bkz. As.Yrg.Drl.Krl. 22.11.2001, E.104, K.107; As.Yrg.Drl.Krl; 23.10.2003, E.91, K.85; As.Yrg.3.D. 22.03.2005, E.384, K.380, yayınlanmamışlardır).

disiplin suç ve cezalarında uygulanmayacağına belirtilmiş olması nedeniyle TCK'nun 51. maddesi disiplin suçlarında uygulanamaz.

477 SK'nın 45. maddesinde, disiplin mahkemelerine bazı disiplin suçlarında belirledikleri cezayı erteleyebilme imkânı da verilmiştir. Erteleme, ilk defa suç işleyenlerin mahkûmiyetlerinin yerine getirilmesinin (infazının) süreli ve olumsuz bir şarta bağlı olarak geri bırakılmasıdır⁹⁹. 477 SK'da disiplin mahkemesinin hangi şartların gerçekleşmesi halinde vereceği cezayı erteleyebileceği hususunda açıklık yoktur. Bu durumda 63. maddesindeki atıf sebebiyle AsCK'nın 47. maddesindeki düzenleme esas alınır.

3.3.2.2. Devlet Memurları Kanununda düzenlenen disiplin suçlarında

657 SK ile disiplin cezası verme konusunda disiplin amirlerinin yanı sıra disiplin kurullarına da yetki verilmiştir. Kanunun 126 ve 134. maddelerinde disiplin kurulları ve yüksek disiplin kurulları olmak üzere farklı işlev ve yetkilere sahip iki tür disiplin kurulu oluşturulması öngörülmüştür. Şimdi, önce söz konusu kurulların kendilerine özgü yetki ve işlevlerinin neler olduğunu, ardında da kurulların oluşumlarına ve çalışmalarına ilişkin ortak esasları incelemeye çalışalım.

3.3.2.2.1. Disiplin kurullarının yetkileri

657 SK'ya göre, disiplin kurullarının görevleri; kademe ilerlemesinin durdurulması cezasına ilişkin olarak karar vermek (m.126/1) ve disiplin amiri tarafından verilen uyarma ve kınama cezalarına karşı (bir üst disiplin amirinin bulunmaması şartıyla) yapılacak itirazları sonuçlandırmak (m.135/1) şeklinde belirlenmiştir. TSKDY'nin 7 ve JDY'nin 4. maddesine göre, kademe ilerlemesinin durdurulması cezasını gerektiren hallerde tamamlanan soruşturma dosyası karar verilmek üzere 15 gün içinde disiplin kuruluna tevdi edilir. Disiplin kurulları dosyayı aldıkları tarihten itibaren 30 gün içinde karar vermek zorundadır. Kararlar soruşturma dosyasına göre verilir. Kurulun ceza verme yetkisi bulunmamaktadır¹⁰⁰. Kurul karar aldıktan sonra atamaya yetkili amir tarafından ceza verilir¹⁰¹. Uyarma ve kınama cezalarına karşı

⁹⁹ ÖZBAKAN, Disiplin, s.137.

¹⁰⁰ Danıştay, kademe ilerlemesinin durdurulması cezasında, disiplin kurullarına tanınan yetkinin atamaya yetkili amire düşünce bildirmeyle sınırlı bir yetki olduğu ve asıl ceza verme yetkisinin atamaya yetkili amire ait olduğu gerekçesinden hareketle doğrudan kurul tarafından ceza verilmesi işlemini hukuka aykırı kabul etmiştir (D5D, 8.4.1976, E.1975/3037, K.1976/1837, D5DK, C.I, s.282).

¹⁰¹ “Yetki kurallarının dar ve özel anlamda kamu düzenine ilişkin olduğu, bu nedenle, idarenin yetki kurallarına sıkı bir şekilde uymak zorunda bulunduğu idare hukukunun bilinen ilkelerindendir. Dar anlamda yetki unsuru denilen karar alma yeteneği, konu, yer ve zaman itibarıyla Anayasa ve kanunlarla belli bir organ, makam ve kamu görevlilerine tanınmış bir güçtür. Yetkinin kimin tarafından kullanılacağını belirleyen kurulların varlığı halinde bu yetkinin devri ve paylaşımı konusunda da açık bir düzenlemenin bulunması gerekmektedir. 657 SK'da uyarma, kınama, aylıktan kesme cezaları açısından disiplin amirleri müstakil bir yetkiye sahip kılınmışken, kademe ilerlemesinin durdurulması cezası açısından ise yetki

yapılan itirazlar ile ilgili işlerde ise, itiraz dilekçesi ile cezaya ilişkin karar ve eklerinin kendilerine intikalinden itibaren 30 gün içinde karar vermeleri gerekmektedir.

657 SK'nın 126/2. maddesine göre, Devlet memurluğundan çıkarma cezası amirlerin bu yoldaki isteği üzerine memurun bağlı olduğu kurumun yüksek disiplin kurulunca verilecektir. TSKDY'nin 5. maddesinde, amirlerin memurluktan çıkarma cezasına ilişkin taleplerinin, soruşturma dosyasının memurun bağlı bulunduğu kurumun yüksek disiplin kuruluna tevdiinden itibaren en geç 6 ay içinde karara bağlanacağı; yüksek disiplin kurullarının kendilerine intikal eden dosyaların tetkiki sırasında gerekli gördükleri takdirde ilgilinin sicil dosyasını ve her türlü evrakı incelemeye, kurumlardan bilgi almaya, yeminli tanık ve bilirkişi dinlemeye veya niyabeten dinletmeye, mahallen keşif yapmaya veya yaptırmaya yetkili oldukları belirtilmiştir. JDY'nin 3. maddesinde de, yüksek disiplin kurulu ve bu Yönetmelikte yer almayan diğer hususlarda İçişleri Bakanlığı Disiplin Kurulları ve Disiplin Amirleri Yönetmeliği hükümlerinin uygulanacağı belirtilmiştir.

Yüksek disiplin kurullarının, sahip oldukları ceza verme yetkilerini yetki devri yoluyla devretmeleri mümkün değildir¹⁰². Yetkisiz makam tarafından verilen bir memuriyetten çıkarma cezasının yüksek disiplin kurulunun icazet veya onay vermesiyle sağlıklı hale gelmesi de mümkün değildir¹⁰³. Bu durum hem disiplin cezası verme yetkisinin münhasır yetki özelliği taşımasının, hem de belirli bir kurula ait olan bir yetkinin bir başka kurula ya da makama devrinin işin niteliğine uygun düşmemesinin bir sonucudur¹⁰⁴.

3.3.2.2.2. Disiplin Kurullarının çalışma usulleri

TSKDY'ne göre, kurullarda raportörlük görevi Hukuk Müşaviri veya Hukuk İşleri Müdür veya Yardımcısı tarafından yapılır (m.16); JDY'ne göre, raportörlük görevi Sivil Memur Tayin Şube Müdürü veya Personel Şube Müdürü tarafından yapılır (m.13). Kurulların toplantı gündeminin düzenlenip ilgililere dağıtılması, toplantının belirli gün, saat ve yerde yapılması, kurul çalışmalarının gereği gibi yürütülüp sonuçlandırılması raportör tarafından

paylaşımı öngörülerek, disiplin kurulu ile müşterek karar alma yetkisi belirlenmiş, disiplin amiri sıfatı ile değil atamaya yetkili amir sıfatı ile ceza verme yetkisi öngörülmüştür. Böylece bu ceza açısından ne disiplin amirlerine ne de atamaya yetkili amirlere müstakil ve açıkça bir yetki verilmemiştir. Kademe ilerlemesinin durdurulması cezasının ilgilinin bağlı bulunduğu disiplin kurulu kararı alındıktan sonra atamaya yetkili amir tarafından verilmesi gerektiğinden disiplin kurulu kararı olmaksızın verilen ceza hukuka aykırıdır” (D8D, 23.11.2005, E.2004/3101, K.2005/4802, DBİM).

¹⁰² SANCAKDAR, age, s.287.

¹⁰³ “Her ne kadar ceza kararının tebliğ edilmesi ve davanın açılmasından sonra aynı konuda soruşturma açılıp encümen kararı ile davacının Devlet memurluğundan çıkarılması için olayın yüksek disiplin kuruluna intikali yolunda karar alınmış ise de, davacının anılan ceza ile cezalandırılmasından çok sonra alınan bu kararın yetkisiz işleme sağlık ve hukukilik kazandırmayacağı açıktır” (D8D, 29.11.1996, E.1995/5467, K.1996/3513, DD, S.93, 1997, s.417).

¹⁰⁴ SAĞLAM, agt, s.196.

sağlanır. Üyeler kendilerine havale edilen dosyaları en geç 7 gün içinde incelemek zorundadır.

Kurullar salt çoğunlukla toplanır. Kurulların başkan ve üyelerinin görev başında bulunmamaları halinde kurula vekilleri katılır. Kurul başkanlarının toplantıya katılamamaları halinde başkanlık görevi en kıdemli üye tarafından yürütülecek, bu nedenle toplantılara katılamayan üyeler toplantı yeter sayısının tespitinde göz önünde bulundurulmayacaktır.

Kurullarda raportörün açıklamaları dinlendikten sonra işin görüşülmesine başlanır. Konunun aydınlandığı ve görüşmelerin yeterli olduğu sonucuna varılmasından sonra oylamaya geçilir. Kurullarda açık oylama usulüyle ve oyçokluğuyla karar verilir. Oylamada çekimser kalınamaz. Başkan oyunu en son kullanır ve oylamada eşitlik halinde başkanın bulunduğu tarafın oyu üstün sayılır. Başkan tarafından açıklanan kararın özeti üyeler tarafından imzalanan bir tutanakla tespit edilir (DY m.13).

Kararlar, karar tarihini izleyen 7 gün içinde gerekçeli olarak yazılır. Başkan ve üyelerce imzalanır. Varsa karşı oylar da kararda belirtilir. Kademe ilerlemesinin durdurulması cezası atamaya yetkili amirler, memuriyetten çıkarma cezası yüksek disiplin kurulu başkanı tarafından en geç kararı izleyen 15 gün içinde ilgililere tebliğ olunur (DY m.14,15).

3.3.2.2.3. Disiplin kurullarının karar verme yetkilerinin kapsam ve sınırları

657 SK'nın 126. maddesinin 3. fıkrasında, disiplin kurulu ve yüksek disiplin kurulunun ayrı bir ceza tayinine yetkisinin olmadığı, cezayı kabul veya reddedecekleri, ret halinde atamaya yetkili amirlerin 15 gün içinde başka bir disiplin cezası vermekte serbest olduğu hükme bağlanmıştır. Bu hükümle disiplin amirlerinin kendi yetki alanlarına ilişkin disiplin cezalarını vermede sahip oldukları takdir yetkisi, anılan kurullara karşı korunmuş olmaktadır¹⁰⁵. Kurulların yetkisinin kendilerine önerilen cezayı ret ya da kabulle sınırlandırılması hatalıdır. Daha ağır bir cezayı uygulama yetkileri bulunan kurulların daha hafif cezaları haydi haydi uygulayabilmeleri gerekir¹⁰⁶.

Disiplin kurullarının ayrı bir ceza tayinine yetkisinin olmadığı, cezayı kabul veya reddedecekleri hususu ile ilgili olarak ortaya çıkan ilk sorun, ilgilinin fiilinin kademe ilerlemesinin durdurulması cezasını gerektirmesine rağmen, bu cezanın uygulanmasının

¹⁰⁵ Danıştay bir kararında, Devlet memurluğundan çıkarılması önerisiyle yüksek disiplin kuruluna sevk edilen bir memura yüksek disiplin kurulunun kademe ilerlemesinin durdurulması cezası verme yetkisi olmadığını belirtmiştir (D8D, 10.12.1997, E.1995/4185, K.1997/3879, DD, S.96, 1998, s.406).

¹⁰⁶ SANCAKDAR, age, s.288.

mümkün olmaması (örneğin memurun 1. derecenin son kademesine gelmiş olması)¹⁰⁷ halinde aylıktan kesme cezasını disiplin kurullarının verip veremeyeceğidir. 657 SK'nın 126/3. maddesindeki düzenleme karşısında böyle bir yetkisinin olmadığı söylenebilir. Fakat böyle durumlarda sonuçta verilen ceza aylıktan kesme olmakla birlikte, bu ceza asıl ceza olan kademe ilerlemesinin durdurulması cezasının bir uygulama türü olduğundan disiplin kurulu yetkilidir¹⁰⁸. Benzer şekilde hafifletici nedenlerin takdiri konusundaki yetki de disiplin kurullarına aittir¹⁰⁹.

3.3.2.2.4. Disiplin kurullarının karar verme süreleri

“Disiplin amirleri uyarma, kınama ve aylıktan kesme cezalarını soruşturmanın tamamlandığı günden itibaren 15 gün içinde vermek zorundadırlar. Kademe ilerlemesinin durdurulması cezasını gerektiren hallerde soruşturma dosyası, kararını bildirmek üzere yetkili disiplin kuruluna 15 gün içinde tevdi edilir. Disiplin kurulu, dosyayı aldığı tarihten itibaren 30 gün içinde soruşturma evrakına göre kararını bildirir. Memurluktan çıkarma cezası için disiplin amirleri tarafından yaptırılan soruşturmaya ait dosya, memurun bağlı bulunduğu kurumun yüksek disiplin kuruluna tevdiinden itibaren azami altı ay içinde bu kurulca, karara bağlanır” (657 SK m.128).

DY'nin 18. maddesinin 3. fıkrasında disiplin amirlerine, disiplin ve yüksek disiplin kurullarınca reddedilen kademe ilerlemesinin durdurulması cezası ile Devlet memurluğundan çıkarma cezaları yerine ret kararlarının alındığı tarihi izleyen 15 gün içinde başka bir disiplin cezası vermeye yetkili oldukları belirtilmiş; 19. maddesinin son fıkrasında, uyarma ve kınama cezalarına karşı yapılan itirazları, cezalara ilişkin karar ve eklerinin kendilerine intikalinden itibaren 30 gün içinde inceleyerek sonuçlandırmak zorunda oldukları hükme bağlanmış; 11. maddesinde de, uyarma ve kınama cezalarına karşı yapılan itirazlar ile ilgili işlerde disiplin kurullarının 30 gün içinde kararlarını verecekleri öngörülmüştür.

¹⁰⁷ “Öğrenim durumları nedeniyle yükelebilecekleri kadroların son kademelerinde bulunan Devlet memurlarının, kademe ilerlemesinin durdurulması cezasının verilmesini gerektiren hallerde, brüt aylıklarının 1/4'ü-1/2'si kesilir ve tekerrüründe görevlerine son verilir” (657 SK m.125/3).

¹⁰⁸ “Bu durumda brüt aylığın 1/4'ü - 1/2'si oranında kesilmesi gerekeceği yolundaki kuralın, kademe ilerlemesinin durdurulması cezasının, ilgilinin bulunduğu maaş derece ve kademesi itibarıyla uygulanmasının mümkün olmadığı durumlarda, bu ceza yerine uygulanması gereken yaptırımı gösterdiği ve bir disiplin cezası olduğu açıktır. Hal böyle olunca söz konusu disiplin cezasının da kademe ilerlemesinin durdurulması cezasını vermeye yetkili kurul tarafından verilmesi zorunludur” (D10D, 18.2.1987, E.1986/1813, K.1987/288, DD, S.68-69,1988, s.678).

¹⁰⁹ “657 SK'nın 128. maddesi gereğince kademe ilerlemesinin durdurulması cezasını gerektiren hallerde soruşturma dosyasının kararını bildirmek üzere yetkili disiplin kuruluna tevdi edilmesi gerektiği ve bahsi geçen 126. maddesi hükmü uyarınca davacı hakkında kademe ilerlemesinin durdurulması cezası verilmesi ve buna bağlı olarak ilgilinin geçmiş sicil durumu değerlendirilerek bir alt ceza olan aylıktan kesme cezasına dönüştürülmesine öncelikle disiplin kurulunca karar verilmesi gerektiğinden, disiplin kurulu kararı olmaksızın disiplin amirince bir alt ceza olan aylıktan kesme cezası verilmesi işleminde hukuka uygunluk görülmediği” (D12D, 21.10.2000, E.3326, K.4091, DBİM).

Görüldüğü gibi disiplin kurullarının karar verme yetkileri belirli sürelerle bağlanmıştır. Acaba bu sürelerle uyulmamasının hukuki sonucu ne olacaktır? Kurulların inceleme, görüş bildirme ve karar vermeleri için konulmuş olan süreler, işin sürüncemede kalıp memurun tedirgin edilmemesine yönelik olduklarından bu sürelerle içinde karar verilmemiş olması kararları hukuka aykırı hale getirmez¹¹⁰. Disiplin cezalarının verilmesinde disiplin kurulları açısından bağlı yetki doğuran ve cezalandırma yetkisini sınırlandıran süreler zamanaşımı süreleridir. Bu nedenle kurulların karar verme sürelerini cezalandırma yetkisini düşüren bir süre gibi görmek, kanunda olmayan yeni zamanaşımı sürelerinin kabulü anlamına gelecektir. Nitekim Danıştay¹¹¹ ve AYİM¹¹² belirtilen sürelerle uyulmamasının görevlilerin sorumluluğunu gerektirebileceğini, ancak bu durumun verilen cezayı veya alınan kararı kanuna aykırı hale getirmeyeceğini kabul etmektedir.

3.3.2.3. Askeri Yargıtay ve AYİM Kanunlarında düzenlenen disiplin suçlarında

Askeri Yargıtay Başkanı, Başsavcısı, İkinci Başkanı, daire başkanları ve üyelerinin 1602 SK'da düzenlenen disiplin suçlarından dolayı Yüksek Disiplin Kurulu gerek gördüğü takdirde içinden bir kişiyi soruşturma yapmakla görevlendirir. Görevlendirilen üye ilgilinin savunmasını aldıktan sonra yaptığı soruşturma sonucunu bir raporla Kurul Başkanına sunar. Yüksek Disiplin Kurulu ilgili hakkında ya soruşturmanın genişletilmesine veya kovuşturmaya yer olmadığına veya 34. maddede gösterilen cezalardan birinin uygulanmasına karar verir (1600 SK m.35/3).

¹¹⁰ Dündar, Milli, s.20; SAĞLAM, agt, s.206; TAŞKIN, age, s.148.

¹¹¹ “Disiplin amiri veya kurulunun kararını belli süre içinde vermemesi durumunda, hakkında soruşturma açılanların tedirgin olacağı ve uzun süre baskı altında tutulmalarının önlenmesi amacıyla 15 gün içinde karar verilmesi zorunluluğunun getirildiği, bu sürenin ceza verme yetkisini kaldıran bir niteliğinin bulunmadığı, aksine disiplin amiri ve kurullarının kısa sürede karar vermeye zorlayıcı nitelikte olduğu, bu sürenin dışında karar verilmesinin disiplin cezasını kusurlandırıcı bir durum olamayacağı, sadece ilgili amir veya kurulun görevini belli süre içinde yapmaması sebebiyle sorumluluğunun doğacağı açıktır. Yasanın 128. maddesinde disiplin amiri veya kurullarına karar vermek için tanınan süreler, idarenin iç işleyişi ve düzeni ile ilgili olduğundan, bu süre geçirildikten sonra ceza verilmiş olmasında yasaya aykırılık olmadığı” (D8D, 17.9.1991, E.1991/1370, K.1991/1358, DD, S.84-85, 1992, s.571).

¹¹² “657 SK'nın ‘Karar Süresi’ başlıklı 128. maddesinde, hangi disiplin cezalarında ne kadar süre içerisinde karar verileceği düzenlenmektedir. Bu sürelerin 127. maddedeki sürelerden farklı olduğu açıktır. Disiplinin kısa sürede temininin sağlanmasına yönelik idarenin iç düzenine ilişkin bu sürelerin hak düşürücü bir süre olduğunu söylemek mümkün değildir. Nitekim kanun koyucu, 128. maddenin hemen arkasından gelecek şekilde 129. maddede bu sürelerin (128. maddedeki) belirtilen bazı durumlarda aşılabileceğini düzenlemek suretiyle idari bir takdir alanı tanımıştır. İdarenin 128. maddede belirtilen süreleri kendi takdir yetkisi içinde (sicil dosyası, evrak vb. belge getirtme, ilgili kurumlardan bilgi alma gibi) uzatma imkanının bulunması, bu sürelerin iç düzene ait düzenleyici bir süre olduğunu, hak düşürücü bir süre olmadığını göstermektedir” (AYİM, 3.D.4.11.2004, E.187, K.1665, AYİMD, S.20, 2005, s.536-541; AYİM, aksi yöndeki bir kararında ise; “Mevcut disiplin mevzuatı hükümlerine göre, kademe ilerlemesinin durdurulması cezasını gerektiren hallerde soruşturma dosyasının kararını bildirmek üzere 15 gün içinde yetkili disiplin kuruluna tevdi edilmesi, disiplin kurulunun da dosyayı aldığı tarihten itibaren 30 gün içinde soruşturma evrakına göre kararını bildirmesi gerekirken; disiplin soruşturmasına konu iki ayrı suç sebebiyle bu sürelerle uyulmadan davacıya verilen toplam üç yıl kademe ilerlemesinin durdurulması cezası hukuka aykırıdır” şeklinde gerekçeyle 657 SK'nın 128. maddesindeki süreleri hak düşürücü süre olarak kabul etmiştir (AYİM, 2.D.24.03.1999, E.1997/1679, K.1999/287, AYİMD, S.14, 2000, s.481-485).

Askeri Yüksek İdare Mahkemesi Başkanı, Başsavcı, Daire Başkanları ve üyelerinin 1602 SK'da düzenlenen disiplin suçlarından dolayı Yüksek Disiplin Kurulu gerek gördüğü takdirde içinden bir kişiyi soruşturma yapmakla görevlendirir. Görevlendirilen üye ilgilinin savunmasını aldıktan sonra yaptığı soruşturma sonucunu bir raporla Kurul Başkanına sunar. Yüksek Disiplin Kurulu ilgili hakkında ya soruşturmanın genişletilmesine veya kovuşturmaya yer olmadığına veya 28. maddede gösterilen cezalardan birinin uyulmasına karar verir (1602 SK m.30/4)

1600 SK'nın 34 ve 1602 SK'nın 28. maddesine göre, hâkimlik ve askerlik vekar ve onuruna dokunan, şahsi haysiyet ve itibarını kıran veya görev gereklerine uymayan davranışlarından dolayı haklarında disiplin kovuşturması yapılan kişiler hakkında Yüksek Disiplin Kurulu eylemin ağırlığına göre, uyarma, kınama, görevden çekilmeye davet disiplin cezalarından birini verebilir. Bu düzenlemeyle Yüksek Disiplin Kurulu'na işlenen disiplin suçuna uygun disiplin cezasını belirleme konusunda geniş bir takdir alanı bırakılmıştır. Herhangi bir basit disiplinsizlik nedeniyle TSK'dan çıkarma sonuçları doğuran görevden çekilmeye davet cezası verebilmesi mümkündür. Başka bir organın yargı denetimine tabi olmayan böyle bir disiplin uygulamasının memur güvenliği ve hâkim bağımsızlığını ihlal ettiği açıktır.

Ayrıca mevcut düzenleme karşısında, soruşturma işlemini başlatarak bir yerde o konudaki iradesini zımnen de olsa açıklayan Mahkeme Başkanı ile soruşturmayı yapan ve bir anlamda savcı konumunda olan üyenin Yüksek Disiplin Kuruluna katılarak oy kullanabilmesi de mümkündür. AYİM bu şekilde oluşmuş bir Yüksek Disiplin Kurulunun verdiği cezanın iptal edebilebilirlik özelliği taşıdığına, ancak yok hükmünde olmadığına karar vermiştir¹¹³.

3.4. DİSİPLİN CEZALARININ VERİLMESİYLE İLGİLİ ORTAK HUSUSLAR

Yukarıda disiplin suçlarının düzenlendiği kanunlara göre, ayrı ayrı disiplin cezalarının verilmesiyle ilgili usul ve uygulamayı inceledik. Şimdi de disiplin cezalarının verilmesiyle ilgili ortak hususları ele alacağız.

3.4.1. Savunma Hakkı

Disiplin cezalarının savunma alınmadan verilemeyeceğine ilişkin Anayasal teminata ve savunma hakkının önem ve içeriğine İkinci Bölümde geniş olarak değinmiştik. Burada ceza verilmesi aşamasında savunma hakkının kullanılması konusunda önemli gördüğümüz bazı hususlar üzerinde durulacaktır.

¹¹³ AYİM, Drl.Krl.16.1.2004, S.2003/56, K.2004/19, AYİMD, S.19, 2004, s.872-902.

3.4.1.1. Savunma hakkının kullanılmasında süre

AsCK'nın 175. maddesinde yer alan “*Disiplin amiri cezayı vermeden önce faile kendini müdafaa etmeğe müsaade eder*” şeklindeki kural gereği, AsCK ve 477 SK'da düzenlenen disiplin suçlarında da, disiplin amiri ceza vermeden önce failin suçla ilgili savunmasını alması gerekmektedir. Ancak AsCK'da savunma için faile tanınması gereken asgari bir süre öngörülmemiştir. Bu sürenin, hakkın kullanılmasını ortadan kaldırmayacak şekilde, her olaya göre amir tarafından hakkaniyetli ve ölçülü olarak tespit edilmesi gerekir. Belirtilen süre sonuna kadar savunma yapılmamış ise failin bu haktan feragat ettiği sonucu çıkarılmalıdır¹¹⁴.

657 SK'nın 130. maddesinde; “*Devlet memuru hakkında savunması alınmadan disiplin cezası verilemez. Soruşturmayı yapanın veya yetkili disiplin kurulunun 7 günden az olmamak üzere verdiği süre içinde veya belirtilen bir tarihte savunmasını yapmayan memur, savunma hakkından vazgeçmiş sayılır*” hükmüne yer verilmiştir. Bu nedenle 657 SK'da düzenlenen disiplin suçlarında Devlet memuruna savunma yapması için 7 günden az olmamak üzere bir süre tanınması zorunludur¹¹⁵. Bu süre asgari bir süre olduğundan memurun daha sağlıklı savunma yapabilmesi için bu sürenin üzerinde bir süre belirlenebilir¹¹⁶.

Yukarıda belirtilen düzenlemeler karşısında, TSK'da çalışan Devlet memurlarına 657 SK'ya göre ceza verilmesi durumunda asgari 7 günlük savunma süre tanınması gerekmektedir. Ancak AsCK'na göre disiplin amiri tarafından ceza verilmesi durumunda asgari bir savunma süresi bulunmamaktadır¹¹⁷.

357 SK'da 29. maddesinde, “*Askeri hâkim subaylar hakkında MSB tarafından, savunmaları aldirılarak, aşağıda açıklanan disiplin cezaları verilebilir*” düzenlemesi bulunmakta; 1600 ve 1602 SK'da ise, soruşturma yapan üyenin, ilgilinin savunmasını aldıktan sonra yaptığı soruşturma sonucunu bir raporla yüksek disiplin kurulu başkanına sunacağı düzenlenmektedir. Ancak bu kanunlarda savunma süresi konusunda bir düzenlemeye yer verilmemiştir.

¹¹⁴ AKSOYLU, Devlet memuru, s.122.

¹¹⁵ Danıştay, tanınan savunma süresi dolmadan disiplin cezası verilmiş olmasını bir iptal sebebi kabul etmektedir (D5D, 12.5.1976, E.1975/2584, K.1976/2686, D5DK, C.I, s.331).

¹¹⁶ KIRMIZIGÜL, age, s.278.

¹¹⁷ “*Davacı 657 SK'nın 130. maddesindeki savunma hakkından bahsederek, 7 günlük süre tanınmadığını ve savunma hakkının kısıtlandığını iddia etmekte ise de; 657 SK'nın 233. maddesine göre davacının tabi olduğu kanunlarda yazılı savunma alınma zorunluluğu bulunmamasına rağmen idarece davacının yazılı savunması da alınmış olup idarenin savunma için 7 günlük süre tanınamış olması tesis edilen işlemi sakatlayan bir unsur olarak görülmüştür*” (AYİM, 1.D.27.3.1990, E.1989/498, K.1990/198, AYİMD, S.7, 1993, s.392-395).

3.4.1.2. Savunma hakkının kullanılması usulü

Savunma hakkı, bir Anayasal hak olduğundan, savunma hakkı tanımak zorunlu ise de, fail için savunma yapmak zorunlu değildir¹¹⁸. Savunma yapması için tanınan süre içinde savunmasını yapmayarak bu hakkından vazgeçmiş olan bir kişinin suçlamaları kabul ettiği sonucu da çıkarılamaz¹¹⁹. Ayrıca savunma hakkı için süre tanınmışsa, kişinin savunma süresi içinde örneğin istirahatlı olması gibi nedenlerle savunma yapmamış olmasının önemi yoktur¹²⁰.

Savunma yapmamak emre itaatsizlik veya saygısızlık suçunu oluşturmadığı gibi, savunma hakkını kullanan kişinin amirini eleştirmesi durumunda kullandığı sözler hakkın kullanılması hukuka uygunluk sebebinden ötürü saygısızlık ya da hakaret suçlarını oluşturmaz. Ancak söylenen sözlerin ya da yazılan yazıların hakkın sınırlarını aşmaması da gerekir.

Savunma hakkının kullanılması bakımından önem taşıyan hususların başında suçlama konusunun ne olduğunun ilgiliye açıkça ve yazıyla bildirilmesi gelmektedir. Bu bildirimin yüklenen fiilin yerini, zamanını ve oluş şeklini içermesi gerekir¹²¹. Savunmanın hangi fiille ilgili alındığının açıkça bildirilmemesi, ilgilinin kendisini yeterince savunamamasına yol açar¹²². Ancak savunmaya davet yazısında, sadece soruşturmanın konusu olan suçun ne olduğunun, nerede ve ne zaman işlendiğinin yazılması yeterli değildir. Ayrıca savunma hakkının hangi süre içinde kullanılabileceği, savunmanın yazılı veya sözlü olarak yapılabileceği, savunma esnasında avukat bulundurabileceği, savunmasını avukatı aracılığıyla da yapabileceği bildirilmelidir¹²³. Soruşturulan kişi veya avukatı, soruşturma dosyasını inceleyebilmelidir.

Savunmanın nasıl alınacağı ve hangi usulün uygulanacağı konusunda mevzuatımızda geçerli bir idari usul kuralı bulunmamaktadır. Bu nedenle, uygulamada kişiler Anayasal savunma hakkını etkin biçimde kullanamamaktadır.

¹¹⁸ ÖZBAKAN, AsCK, s.425; AKSOYLU, Devlet memuru, s.122.

¹¹⁹ AKILLIOĞLU, age, s.147; SAĞLAM, agt, s.220.

¹²⁰ “657 SK’nın 130. maddesi gereğince 7 gün içinde savunmasının istenilmesine ilişkin yazının tebliği üzerine davacının savunmasını yazılı veya vekil vasıtası ile yapabilmesi imkânı olması karşısında, davacının raporlu olduğundan ve savunma hakkının kullanılmadığından bahisle dava konusu işlemin iptaline dair mahkeme kararında hukuki isabet bulunmadığı” (D12D, 21.11.2003, E.2000/241, K.2003/3715, DBİM).

¹²¹ ASLAN, age, s.110.

¹²² Savunma hakkının kullanılmasında isnadın açık ve detaylı bir şekilde bildirilmesinin önemi konusuna ilişkin olarak Anayasa Mahkemesi tarafından verilen bir kararda, AİHS’nin adil yargılanma hakkını düzenleyen 6. maddesine değinildikten sonra; “buna göre her sanık kendisine yönelik isnadın sebebi ve niteliğinden en kısa zamanda, anladığı bir dille ve ayrıntılı olarak haberdar edilmek hakkına sahiptir. Olayı, isnadın sebebini, olayı ve olayın hukuki niteliğini bilmeyen sanığın kendisini yeterince savunamayacağı açıktır. Bu husus savunma hakkının temelini oluşturur” gerekçesine yer verilmiştir (Ay.Mah. 14.8.1998, E.1997/41, K.1998/47, AYMKD, S.35, s.222).

¹²³ YILDIRIM, Disiplin, s.209.

Savunma almanın şekli kanunlarda gösterilmemiştir. Bu yüzden amir failin savunmasını sözlü olarak da alabilir¹²⁴. Ancak verilecek cezaya karşı idari veya yargı yolunun kullanılması halinde savunma alındığının ispatı için savunmanın yazılı alınması daha uygun olur¹²⁵. Eğer savunma sözlü olarak alınmış ise, yazılı olması gereken cezalandırma kararında mutlaka savunmanın sözlü olarak alındığı belirtilmelidir.

657 SK'nın 129. maddesinde, Devlet memurluğundan çıkarma cezasını verme konusunda yetkili kılınan yüksek disiplin kurulları önünde kullanılacak savunma hakkı bakımından diğer cezalara göre daha detaylı düzenlemeler öngörülmüştür¹²⁶. 657 SK'nın 130. maddesinde diğer cezalar bakımından memura sadece 7 günden az olmamak üzere yazılı veya sözlü bir savunma hakkı tanınmışken, 129. maddeyle memuriyetten çıkarma cezası bakımından, soruşturma dosyasının incelenmesinden, kurulda bir avukat eliyle sözlü savunma yapılmasına kadar hayli geniş bir savunma hakkı tanınmış bulunmaktadır. En ağır disiplin cezası olan Devlet memurluğundan çıkarma cezasının verilmesinde bu şekilde geniş bir savunma imkânı tanınması memur statüsü yönünden önemli bir güvence niteliği taşımaktadır. Bu nedenle yüksek disiplin kurulu, ilgiliye yaptığı bildirimde sadece savunmasını istemek yerine bunun yanında anılan haklarını da kullanıp kullanmayacağına, kullanacaksa (örneğin, kendisi veya avukatı marifetiyle sözlü savunma yapacaksa) buna imkân tanıma bakımından yer ve tarihe ilişkin bilgilere de yer vermesi gerekir¹²⁷.

477 SK'da düzenlenen suçlardan dolayı disiplin mahkemesinde kovuşturma yapılması, ceza muhakemesi usul kurallarına benzer şekilde yapıldığından sanığın savunma hakkı ayrıntılı olarak düzenlenmiştir. Daha önce disiplin mahkemesinin cezalandırması konusunda bu konu anlatıldığı için tekrar değinmiyoruz.

Savunma hakkının kullanılması konusunda ortaya çıkan önemli bir usuli sorun savunmanın kim tarafından alınması gerektiğidir. Disiplin amiri tarafından soruşturma yapıp ceza verilmesinde herhangi bir sorun çıkmamaktadır. Ancak soruşturmayı yapan ile cezayı verenin farklı kişiler olması durumunda, soruşturmayı yapanın aldığı savunma yeterli olacak mı, yoksa cezayı verecek kişi veya kurul tarafından savunma alınması gerekecek midir?

¹²⁴ **KAYA**, agm, s.82; “Disiplin cezalarında savunma yazılı olarak alınabileceği gibi sözlü olarak da alınabilir” (AYİM, 3.D. 3.10.2003, E.150, K.82, AYİMD, S.19, 2004, s.1139-1142).

¹²⁵ **ÖZBAKAN**, AsCK, s.425; **AKSOYLU**, Devlet memuru, s.122; **BİLGİN**, age, s.47.

¹²⁶ “Hakkında memurluktan çıkarma cezası istenen memur, sicil dosyası hariç, soruşturma evrakını incelemeye, tanık dinletmeye, disiplin kurulunda sözlü veya yazılı olarak kendisi veya vekili vasıtasıyla savunma yapma hakkına sahiptir” (657 SK m.129/2).

¹²⁷ **SAĞLAM**, agt, s.226; **ASLAN**, agm, s.1; **LİVANELİOĞLU**, age, s.84; Aksi görüşte olan Danıştay, kurulun ilgiliye sadece savunmasını alma bakımından bildirimde bulunmak zorunda olduğunu, diğer haklarını kullanma bakımından bir bildirim yapılmamış olmasının işlemi usul yönünden sakatlamayacağını kabul etmiştir (D10D, 24.6.1987, E.494, K.1392, DD, S.68-69, 1988, s.676).

Danıştay'ın yerleşik olan içtihadı, savunmanın ceza vermeye yetkili kişi veya kurullar tarafından alınması gerektiği yönündedir¹²⁸.

AKILLIOĞLU, disiplin soruşturması aşamasında soruşturmacıya verilen savunmadan ayrı olarak karar makamları önünde de ayrıca savunma hakkı tanınmasını gerekli görmekte, ceza muhakemesinde savcılık aşamasındaki savunmanın teknik savunma, kovuşturma aşamasındaki savunmanın ise hukuki savunma olduğu yönündeki ayrımın disiplin cezalarının verilmesinde tanınan savunma yönünden de uygulanabileceğini belirtmektedir. Buna göre, teknik savunma, sanığın olayın oluş biçimi ve gerçekliğinin saptanması konularındaki görüşlerinin bildirilmesini; hukuki savunma ise, maddi olguların hukuki nitelenmesini, hukuk kuralları karşısındaki durumunun belirlenmesini ifade eder. Bu kapsamda disiplin soruşturmasında alınan ifade teknik savunma, iddianın ve kanıt araçlarının ortaya çıkmasından sonra karar makamlarınca alınan savunma ise hukuki savunmadır. Anayasa'nın tanıdığı savunma hakkını teknik savunmayı dışlayacak şekilde dar yorumlamamak gerekir¹²⁹.

Kanaatimizce de, soruşturma yapan kişilerin aldığı savunma yeterli görülmemeli, ceza vermeye yetkili disiplin amiri veya kurullarınca doğrudan ve ayrıca savunma alınması gereklidir¹³⁰. Öncelikle soruşturma yapıldığı sırada savunma alınırken, genellikle failin leh ve aleyhindeki tüm deliller toplanmamış olabilmektedir. Ceza muhakeme hukukunda, savunmanın iddiadan sonralığı ilkesi geçerlidir. İddia olmadan savunma olmaz. İddia, sadece hukuka aykırı bir fiili olduğunun kişiye bildirilmesi anlamına gelmez. Bu nedenle söz konusu ceza muhakeme ilkesine uyularak disiplin cezası verilmesi aşamasında öngörülen savunma hakkı, disiplin soruşturmasının tamamlanıp fail aleyhindeki iddianın delillerinin ortaya çıkmasından sonra, yani yetkili disiplin amir veya kurullarınca ceza verilmesi aşamasında tanınmalıdır.

Yetkili disiplin amir veya kurullarınca ceza verilmesi aşamasında savunma alınma zorunluluğunun bulunmasının önemli bir diğer nedeni ise, failin özellikle sözlü savunmasındaki tutum ve davranışlarının ceza takdirinde rol oynamasının mümkün olmasıdır¹³¹. Hâlbuki soruşturma aşamasında alınan savunmadaki tutum ve davranışların soruşturma yapanlar tarafından dosyaya yansıtılamaması mümkündür.

¹²⁸ Danıştay 3. Dairesi, soruşturmacıların aldığı savunmanın esasen bir ifade niteliği taşıdığını, süre tanınarak savunma alınması konusunda disiplin cezasını vermeye yetkili amir veya kurulların yetkili olduğunu, savunma hakkı ile ilgili sürenin cezayı veren amir ve mercilerce ve bir defaya mahsus olmak üzere tanınması gerekeceğini karara bağlamıştır (D3D, 29.5.1973, E.272, K.269, DD, S.12-13, 1974, s.151); “Anayasada ve personel hukukunda yer alan, kamu görevlilerine savunma hakkı tanınmadan disiplin cezası verilemeyeceği ilkesi doğrultusunda, hakkında disiplin soruşturması açılan kamu görevlilerinin savunmalarının disiplin cezası vermeye yetkili kurullarca alınması gerektiği açıktır” (D10D, 14.2.1985, E.1984/2017, K.1985/229, DBİM).

¹²⁹ AKILLIOĞLU, age, s.162.

¹³⁰ SAĞLAM, agt, s.223; LİVANELİOĞLU, age, s.83.

¹³¹ SAĞLAM, agt, s.224; ASLAN, agm, s.1.

Uygulamada bir olayla ilgili idari tahkikat sırasında kişinin şüpheli olarak ifadesi alınmışsa, tahkikat neticesinde disiplin cezası verilirken tekrar savunma alınmamaktadır. Bu durum bir AYİM kararıyla da hukuka uygun bulunmuştur¹³². Hâlbuki idari faaliyetlerde meydana gelen aksamaları ve bunun nedenlerini tespit ederek alınması gereken tedbirleri belirlemek amacıyla idari tahkikat yapılmaktadır. Bu faaliyet sırasında tespit edilecek disiplin suçları hakkında da gerekli işlemlerin yapılması gerekmektedir. İdari tahkikat neticesinde kendisinin ne ile suçlanacağını bilmeyen bir kimsenin tahkikat sırasında alınmış ifadesine dayanılarak tekrar savunma alınmadan disiplin cezası verilmesi yanlış bir uygulamadır ve savunma hakkının kullandırılmaması anlamına gelir.

3.4.1.3. Savunma hakkının kullanılamamasının sonuçları

Savunma hakkı, disiplin cezalarının verilmesinde en önemli teminatlar arasında yer alır. Bu hakkın kullandırılmaması disiplin cezası verilmesi işlemini şekil açısından ağır bir biçimde sakatlar. Şekil unsurundaki ağır ve apaçık hukuki sakatlık halinde “yokluk” durumundan söz edilebilecektir¹³³.

Yargı yolu kapalı disiplin cezaları, savunma hakkı tanınmadan verilmişse, sadece savunma alınmamış olması yönünden idari yargı denetiminden geçirilmesi gerekir¹³⁴. Nitekim yargı organları, yargı denetimi dışında da olsa savunma hakkı tanınmadan disiplin cezası verilmişse inceleyip yokluğunu tespit etmektedirler¹³⁵.

¹³² “Disiplin cezalarında savunmanın alınmamış olması AYİM kararlarında yokluk hali olarak değerlendirilmektedir. Dava konusu edilen uyarı yazısından önce olayla ilgili olarak idari soruşturma yapıldığı, davacının ifade veren olarak ifadesinin alındığı dosyadaki belgelerden anlaşılmaktadır. Bu nedenle iptal talep edilen uyarı yazısının yok hükmünde sayılmasını gerektiren bir husus bulunmamaktadır” (AYİM, 3.D.19.10.2006, E.305, K.1172, AYİMD, S.22, 2007, s.833-837).

¹³³ ONAR, age, C.I, s.333.

¹³⁴ DÜNDAR, Milli, s.25.

¹³⁵ “Disiplin cezalarına ilgiliye savunma hakkı tanınmadan verilemeyeceği Anayasa’nın 129. maddesinde yer almıştır. Anayasa asker kişilerle ilgili hükümleri saklı tutmuş ise de; AsCK’nun 175. maddesinde de disiplin cezaları verilmeden önce savunma alınması öngörülmüş bulunmaktadır. Bu itibarla Anayasa ile saklı tutulan hususun, savunma almadan ceza verilebilme imkânı olmadığı ortaya çıkmaktadır. Şu halde, savunma alınması disiplin cezası verebilmenin asli ve vazgeçilmez şartıdır. Bu şart yerine getirilmeden verilen disiplin cezaları yok hükmündedir” (AYİM, 2.D.10.2.1985, E.1985/113, K.1985/168, AYİMD, S.7, 1993, s.329-332); “Dava konusu ‘uyarı’ disiplin cezası savunma hakkı tanınmaksızın davacı hakkında tesis edildiğinden şekil unsuru yönünden ağır ve apaçık hukuka aykırı olduğu ve yok hükmünde sayılmasının gerektiği sonucuna ulaşılmıştır” (AYİM, Drl.Krl.22.12.2006, E.91, K.170, AYİMD, S.22, 2007, s.837-846); “Anayasa’nın 129. maddesinde, savunma hakkı tanınmadıkça disiplin cezası verilemeyeceği kuralı yer almıştır. Öte yandan, bu Anayasa kuralına paralel olarak düzenlenen 657 SK’nın 130. maddesinde de, Devlet memuru hakkında savunması alınmadan disiplin cezası verilemeyeceği hükme bağlanmıştır. Hernekadar, Anayasa ve Kanunun ilgili hükümleri uyarınca, kınama cezası dava konusu edilememekle 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, 9.12.1997, E.1995/2936, K.1997/3826, DBİM).

Eğer savunma hakkı mutlak surette kısıtlanmamış, sadece süre ve usule uyulmamışsa iptal edilebilirlik durumu söz konusudur. Örneğin 657 SK'nın 130. maddesi uyarınca, asgari 7 günlük savunma süresi tanınması gerekmektedir. Kişi bu süre dolmadan kendiliğinden savunma yapmışsa, savunma süresi dolmadan ceza verilmesi işlemi yok hükmünde değildir¹³⁶.

3.4.2. Zamanaşımı

Zamanaşımı sürelerini incelemeyen önce zamanaşımının niteliğini incelemek uygun olacaktır.

3.4.2.1. Zamanaşımının niteliği

Zamanaşımı, belli bir süre geçtikten sonra Devletin dava açmak veya cezalandırmak hakkından vazgeçmesidir. Ceza hukukunda iki türlü zamanaşımı vardır. Biri dava zamanaşımı, diğeri ceza zamanaşımıdır¹³⁷. Dava zamanaşımında, kanunda belirtilen sürenin geçmesi halinde soruşturma aşamasında kamu davası açılmaz, kovuşturma aşamasında ise mahkûmiyet kararı verilemez. Ceza zamanaşımında ise, kanunda belirtilen sürenin geçmesi halinde, mahkeme tarafından verilmiş ve kesinleşmiş mahkûmiyet kararı infaz edilemez.

Ceza hukukunda olduğu gibi disiplin hukukunda da cezalandırma yetkisinin kullanılması belli sürelerle sınırlandırılmıştır. Cezalandırma yetkisinin zamanaşımı yoluyla sınırlandırılmasının ana sebebi; cezayı gerektiren bir fiilin belli süre içinde cezalandırılmamış olması yüzünden söz konusu fiilin cezalandırılmasından beklenen kamu yararının ortadan kalkmış olmasıdır¹³⁸.

Zamanaşımının başlangıcı suçun işlendiği tarihtir. Suç tarihi işlenen suçun ani, mütemadi veya zincirleme suç olmasına göre değişir. Zamanaşımı, ani suçlarda neticenin meydana geldiği, mütemadi suçlarda temadinin ve zincirleme suçlarda da teselsülün sona erdiği andan itibaren başlar¹³⁹.

¹³⁶ “657 SK'nın 130. maddesine göre davacıya ceza verilmeden önce savunmasını hazırlayabilmesi için 7 günden az olmamak üzere bir süre verilmesi gerekirken 18.1.2006 tarihinde kendisine savunma yazının verilerek 19.1.2006 günü saat 14.00'e kadar savunmasını bildirmesinin istenildiği, davacının da bu süre içerisinde yazılı savunmasını hazırlayarak yetkili amirine verdiği anlaşılmaktadır. Davacıya savunmasını hazırlayabilmesi için verilmesi gerekli olan sürenin kanuna aykırı olarak kısıtlanmasına rağmen, savunmasını yapan davacının savunma hakkının mutlak surette kısıtlanmasının söz konusu olmadığı, yapılan usulü eksikliğin ise yokluk değil iptal edilebilir nitelikte hukuka aykırılık oluşturduğu anlaşılmıştır” (AYİM, 12.12.2007, E.413, K.1047, AYİMD, S.23, 2008, s.496-502).

¹³⁷ Zamanaşımı konusunda ayrıntılı bilgi için bkz. DÖNMEZER/ERMAN, age, C.III, s.278 vd.; ÖZTÜRK/ERDEM, age, s.338 vd.

¹³⁸ SAĞLAM, agt, s.179.

¹³⁹ “Beş aylık dava zamanaşımı süresi suçun bittiği tarihte başlar. Sürenin bitim tarihi, beş ayın suç tarihine eklenmesiyle bulunur. Bu tarih suç tarihinden sonraki beşinci ayın suç tarihine isabet eden günün mesai bitimidir” (As.Yrgt.5.D. 4.6.1997, E.390, K.387, KARDAŞ/ÇINGİ, Disiplin, s.62-63).

3.4.2.2. Zamanaşımı süreleri

Disiplin suçlarının düzenlendiği kanunlara göre zamanaşımı süreleri değiştiğinden ayrı ayrı ele alacağız¹⁴⁰.

3.4.2.2.1. Askeri Ceza Kanununda düzenlenen disiplin suçlarında

AsCK'da düzenlenen disiplin suçlarına (disiplin tecavüz veya kabahatlerine) suç tarihinden 1 ay sonra ceza verilemez. Ancak fiil soruşturmayı gerektiriyorsa, soruşturma süresi 1 aya eklenir. Fiilin disiplin cezasını gerektirdiği askeri mahkemede¹⁴¹ anlaşılırsa bu 1 aylık süre hükmün kesinleştiği veya mahkemece evrakın ceza verilmek üzere disiplin amirine gönderildiği tarihte başlar (AsCK m.179). Dolayısıyla disiplin amiri olayı öğrendiği tarihte 1 aylık zamanaşımı süresi geçmişse herhangi bir işlem yapmaması gerekir. Aksi takdirde verdiği disiplin cezası yok hükmünde olacaktır¹⁴².

3.4.2.2.2. Disiplin Mahkemeleri Kanununda düzenlenen disiplin suçlarında

477 SK'da düzenlenen disiplin suçlarında disiplin zamanaşımı disiplin amirinin ceza vermesine veya disiplin mahkemesinin ceza vermesine göre değişmektedir.

3.4.2.2.2.1. Disiplin amiri yönünden

477 SK'nın "*Disiplin suçlarında zamanaşımı*" başlıklı 43. maddesinde; "*Disiplin suçlarına ait davalarda, suç tarihinden itibaren beş ay içinde disiplin mahkemelerince hüküm verilmemiş olursa dava zamanaşımına uğrar*" şeklinde düzenleme bulunmaktadır. Bu düzenleme şeklinden 5 aylık zamanaşımı süresinin sadece disiplin mahkemeleri için söz konusu olduğu anlaşılmaktadır. Zira maddede "*disiplin suçlarına ait davalarda*" ibaresi kullanılmıştır.

¹⁴⁰ 357, 1600 ve 1602 SK'larda düzenlenen disiplin suçlarında zamanaşımı süresi öngörülmemiştir.

¹⁴¹ AsCK'nun 179. maddesinde sadece "*askeri mahkemede*" ibaresi yer almaktadır. Bu maddenin 1964 yılında 477 SK'la disiplin mahkemeleri kurulmadan önceki halinde kalmış olması ve maddenin amacı göz önüne alındığında fiilin disiplin cezasını gerektirdiği disiplin mahkemelerinde anlaşılırsa 1 aylık sürenin hükmün kesinleştiği veya mahkemece duruşmanın kesilerek evrakın ceza verilmek üzere disiplin amirine gönderildiği tarihten işlemeye başlayacağını kabul etmek uygun olacaktır.

¹⁴² "AsCK'nun 179. maddesi '*Disiplin tecavüzlerine ve kabahatlerine bir ay sonra ceza verilmez*' hükmünü amirdir. Oysa davacının işlediği iddia olunan '*yasaklanan yerlere gitme*' fiili 18.11.1992 tarihinde gerçekleştiğinden 26.1.1993 tarihinde ceza verilmesi usulsüzdür" (AYİM, 2.D.24.11.1993, E.102, K.503, AYİMD, S.8, 1994, s.331-334); "AsCK'nun 179. maddesine göre, disiplin tecavüzlerine ve kabahatlerine bir ay sonra ceza verilemeyeceğinden davacının 4.12.1993 günü işlediği iddia edilen izinden geç dönmek suçundan dolayı 13.4.1994 tarihinde bölük komutanı tarafından verilen 2 gün izinsizlik cezası da yok hükmündedir" (AYİM, 2.D.3.5.1995, E.1629, K.337, AYİMD, S.10, 1996, s.489-491).

477 SK'da düzenlenen disiplin suçlarının disiplin amirince cezalandırması ile ilgili zamanaşımı konusunda AsCK'da da bir düzenleme bulunmamaktadır¹⁴³. Daha önce de belirtildiği gibi aslında 477 SK tarafından düzenlenen disiplin suçları, bu Kanun yürürlüğe girmeden önce, AsCK bünyesinde düzenlenen askeri kabahatlerdi. AsCK'da ise, kabahatlerin disiplin amirlerince cezalandırılmasında zamanaşımı süresi AsCK'nın 179. maddesinde düzenlenmektedir. Askeri kabahatler, 477 SK bünyesine birer disiplin suçu olarak düzenlenirken AsCK'nın 179. maddesinde paralel bir değişiklik yapılmadığından, disiplin suçlarının disiplin amirince cezalandırılmasında zamanaşımı süresi konusunda kanun boşluğu oluşmuştur¹⁴⁴.

Kanaatimizce, 477 SK'da düzenlenen suçların disiplin yoluyla cezalandırılması halinde zamanaşımı süresi konusunda açık bir düzenleme bulunmadığından, disiplin amirince ceza verilmesi halinde 477 SK'nın 7. maddesi uyarınca özel kanun (AsCK) hükümleri uygulanacağından ve ayrıca zamanaşımı süresi konusunda failin lehine olması nedeniyle AsCK'nın 179. maddesindeki düzenlemenin kıyasen uygulanması gerekmektedir. Dolayısıyla AsCK'nın 179. maddesi uyarınca disiplin amiri 477 SK'da düzenlenen disiplin suçlarında da olay tarihinden itibaren 1 ay geçmişse disiplin cezası veremeyecektir¹⁴⁵. Ancak fiil soruşturmayı gerektiriyorsa, soruşturma süresi 1 aya eklenir. Buna rağmen 1 aylık süre geçmişse, disiplin cezası vermek yetkisi sona erdiğinden suç dosyası düzenleyip teşkilatında disiplin mahkemesi kurulan komutanlığa göndermesi gerekir.

3.4.2.2.2. Disiplin mahkemesi yönünden

Yukarıda da belirtildiği gibi, 477 SK'nın 43. maddesi uyarınca, suç tarihinden itibaren 5 ay içinde disiplin mahkemelerince hüküm verilmemiş olursa dava zamanaşımına uğrar. 5 aylık dava zamanaşımı süresi geçtikten sonra bir kişinin işlediği disiplin suçundan dolayı disiplin mahkemesinde kovuşturulması mümkün olmadığı gibi, kovuşturma devam ederken dava zamanaşımı süresinin dolmuş olduğu hallerde de disiplin mahkemesinin düşme kararı vermesi gerekmektedir. Ayrıca suçun işlendiği tarihten itibaren 5 aylık zamanaşımı süresi içinde mahkûmiyet karar verilmesi de yeterli değildir. Bu süre içerisinde tebligat ve itiraz işlemlerinin de tamamlanması gerekir. Çünkü 477 SK'nın 63/2. maddesi uyarınca TCK'nın zamanaşımına ilişkin hükümleri disiplin suçlarında uygulanmaz¹⁴⁶. Dolayısıyla zamanaşımını kesen

¹⁴³ Kanaatimizce, AsCK'nın 179. maddesinde “*Disiplin tecavüzlerine ve kabahatlerine bir ay sonra ceza verilmez*” şeklinde açık bir düzenleme bulunduğundan, sadece bu maddenin başlığının “*disiplin cezalarında müruru zaman*” olması sebebiyle 477 SK'da düzenlenen disiplin suçlarından dolayı disiplin amirince ceza verilmesinde doğrudan uygulanması mümkün değildir.

¹⁴⁴ BİLGİN, age, s.99-100.

¹⁴⁵ YILDIRIM, agm, s.124; KARDAS/ÇINGİ, Disiplin, s.10.

¹⁴⁶ 5237 sayılı TCK'nın 5. maddesinde; “*Bu kanunun genel hükümleri, özel ceza kanunları ve ceza içeren kanunlardaki suçlar hakkında da uygulanır*” hükmü bulunmaktadır. Bu düzenleme sebebiyle TCK'nın

nedenlerle zamanaşımının uzaması da söz konusu değildir¹⁴⁷. Bu durumda disiplin suçlarında 5 aylık zamanaşımı süresi içinde verilen kararın kesinleşmiş olması da gerekmektedir¹⁴⁸. Örneğin alt disiplin mahkemesince verilen bir hükmün itiraz üzerine üst disiplin mahkemesince incelenmesi sırasında dava zamanaşımı süresi geçmişse, üst disiplin mahkemesi yine düşme kararı vermek mecburiyetindedir.

477 SK'da, olağan dönemlerde zamanaşımını durduran sebebe yer verilmemiştir. Ancak, 477 SK'nın 14 ve 27. maddeleri uyarınca olağanüstü dönemlerde (seferberlik ve savaş halinde) failin askerliğinin bitimine veya seferberliğin sona ermesine veya barışa kadar soruşturmanın ya da duruşmanın tatiline karar verilmesi halinde, tatil süresi içinde dava zamanaşımı süresi işlemeyecektir (477 SK m.43/2).

3.4.2.2.3. Devlet Memurları Kanununda düzenlenen disiplin suçlarında

657 SK'nın 1982 yılına kadar yürürlükte olan şeklinde disiplin suç ve cezalarına ilişkin olarak her hangi bir zamanaşımı süresi öngörülmemiştir¹⁴⁹. Kanunun 127. maddesinde, 12.5.1982 tarihli 2670 sayılı Kanunun 33. maddesiyle yapılan değişiklikle zamanaşımı; “(1) Bu Kanunun 125. maddesinde sayılan fiil ve halleri işleyenler hakkında, bu fiil ve hallerin işlendiğinin öğrenildiği tarihten itibaren; a) Uyarma, kınama, aylıktan kesme ve kademe ilerlemesinin durdurulması cezalarında bir ay içinde disiplin soruşturmasına, b) Memurluktan çıkarma cezasında altı ay içinde disiplin kovuşturmasına başlanmadığı takdirde disiplin cezası verme yetkisi zamanaşımına uğrar. (2) Disiplin cezasını gerektiren fiil ve hallerin işlendiği tarihten itibaren nihayet iki yıl içinde disiplin cezası verilmediği takdirde ceza verme yetkisi zamanaşımına uğrar” şeklinde düzenlenmiştir.

zamanaşımı hükümleri 477 SK'da düzenlenen disiplin suçlarında da uygulanacaktı. 477 SK'nın 62/2. maddesinde 31.3.2005 tarihli 5329 SK (RG, 06/04/2005, S.25778)'la değişiklik yapılarak “Bu Kanunda açıkça belirtilmediği sürece, 5237 sayılı TCK'nın ...zamanaşımı süresine ilişkin hükümleri... disiplin suç ve cezaları hakkında uygulanmaz” hükmü düzenlenmiştir.

¹⁴⁷ “Saniğa isnat olunan fiil, 19.2.1998 günü nöbet talimatına aykırı hareket etmektir. 477 SK'da dava zamanaşımını kesen veya durduran herhangi bir hüküm bulunmamaktadır. Bu Kanunun 63. maddesinde; ‘Bu Kanunda aksine hüküm bulunmayan hallerde askeri ceza kanunu ile askeri mahkemeler kuruluş ve yargılama usulü kanunu hükümleri disiplin mahkemelerinde de uygulanır’ hükmü mevcut ise de; 353 SK'da konu ile ilgili hüküm bulunmamakta, AsCK'nun 49 ve 179. maddelerinde düzenlenen zamanaşımı ile ilgili kurallar da 477 SK yönünden bir hüküm ifade etmemektedir” (As.Yrgt.1.D.3.5.2000, E.284, K.281, KARDAŞ/ÇİNGİ, s.347).

¹⁴⁸ “477 SK'nın 43. maddesine göre 5 aylık dava zamanaşımının disiplin mahkemesince verilen ilk hükümle kesilmeyip, itirazın incelendiği üst disiplin mahkemesince de dikkate alınması gerektiği, bu bakımdan zamanaşımı süresi itiraz incelemesi esnasında dolmuş ise bu mahkemece resen uygulanmasının gerektiği, zamanaşımını kesen ve uzatan nedenlere Kanunun amacı bakımından yer verilmediği gözönüne alınarak getirilen bu sürenin kesilmesinin ve uzamasının mümkün olmadığı” (As.Yrgt.Drl.Krl.29.4.1993, E.40, K.40, KARDAŞ/ÇİNGİ, Disiplin, s.64-66).

¹⁴⁹ DİNÇER, agm, s.90.

657 SK'nın 127. maddesinde iki tür zamanaşımına yer verilmiştir. Maddenin 1. fıkrasında, disiplin suçlarında belli süre içinde soruşturmaya başlanmadığı takdirde ceza verme yetkisinin zamanaşımına uğramasına sebep olan “*soruşturma zamanaşımı*”¹⁵⁰; 2. fıkrasında ise fiilin işleniş tarihinden itibaren belli süre içinde ceza verilmemesi durumunda ceza verme yetkisini sona erdiren “*ceza verme zamanaşımı*” düzenlenmiştir¹⁵¹.

657 SK'nın 127. maddesinde, disiplin soruşturmasına ilişkin zamanaşımı süresinin başlangıcı bakımından “*disipline aykırı fiil ve durumların işlendiğinin öğrenildiği*” tarih esas alınmıştır. Her hangi bir idari makamın değil, yetkili amirlerin öğrenme tarihi esas alınmalıdır.

657 SK'nın 127. maddesinde, disiplin soruşturması için öngörülen zamanaşımı sürelerinin başlangıcı öğrenme şartına bağlı tutulduğu halde, ceza verme zamanaşımı sürelerinin başlangıcında fiilin işlenme tarihinin esas alındığı görülmektedir.¹⁵² Bazı disipline aykırı fiiller cezasız kalabilse de, cezalandırma yetkisine zaman bakımından objektif bir sınır öngörmeyen “*öğrenme tarihi*” yerine “*fiilin işlenme*” tarihinin esas alınması zamanaşımı müessesesinin amaç ve işlevine daha uygundur¹⁵³.

Kamu düzenine ilişkin olan ve ilgililer bakımından güvence niteliği taşıyan söz konusu zamanaşımı sürelerine uyulmaması, verilen disiplin cezası işlemini usul yönünden sakatlayan ve iptalini gerektiren bir sebep oluşturur¹⁵⁴. Kamu düzenine ilişkin olan bu sürelerin idare ve yargı organları tarafından resen gözetilmesi zorunludur.

Bir disiplin suçunun memuriyetten çıkarma cezasını gerektiren suç olduğu gerekçesiyle 1 aylık değil 6 aylık soruşturma zamanaşımına göre işlem yapılması durumunda, söz konusu suçun niteliğinin yüksek disiplin kurulunca veya idari yargı organlarınca daha alt cezayı gerektiren bir suç olarak nitelendirilmesi halinde soruşturma zamanaşımı süresinin bu nitelendirmeye göre değerlendirilmesi gerekmektedir. Böyle bir durumda soruşturmaya başlanmasında 1 aylık süre geçirilmişse, artık daha alt cezanın verilmesi de söz konusu olamayacaktır¹⁵⁵. Bu yüzden özellikle vasıf değişikliğinin olabileceğini göz önünde bulundurarak soruşturmaya 1 aylık zamanaşımı süresi içinde başlanması failin cezasız kalmamasını sağlayacaktır.

¹⁵⁰ “657 sayılı Yasanın 127. maddesinde yer alan zamanaşımı hükmü uyarınca soruşturma zamanaşımı süresi geçmiş olduğundan” (D10D, 20.3.1991, E.1988/2495; K.1991/1002, DD, S.82-83,1991, s.978).

¹⁵¹ SAĞLAM, agt, s.180.

¹⁵² SANCAKDAR, age, s.293.

¹⁵³ SAĞLAM, agt, s.207.

¹⁵⁴ “Cezaya konu fiilin işlendiği tarihten itibaren iki yıl içinde ceza verilmemesi halinde ceza verme yetkisinin zamanaşımına uğradığı” (D8D, 14.3.2006, E.2005/431, K.2006/1038, DBİM); “İdarenin cezalandırma yetkisi 127. maddede belirtilen ve hak düşürücü süre özelliğini gösteren sürelerle sınırlandırılmıştır” (AYİM, 3.D.4.11.2004, E.187, K.1665, AYİMD, S.20, 2005, s.536-541).

¹⁵⁵ DÜNDAR, Milli, s.40.

657 SK'da zamanaşımını durduran veya kesen bir sebebe yer verilmemiştir¹⁵⁶. Bu nedenle zamanaşımı süresi geçtikten sonra kural olarak ceza verilemez. Ancak zamanaşımı süresi içinde disiplin cezası verilmesi işleminin başka yönlerden hukuka aykırı olduğu için idare mahkemesince iptali üzerine, idarenin mahkeme kararının gereğini yerine getirmek amacıyla tekrar usule uygun ceza vermesi durumunda zamanaşımı süresine bakılmaz¹⁵⁷.

3.4.3. Tek Fiile Tek Ceza Verilmesi

Hukuk kurallarının uygun bulmadığı insan davranışları, yine hukuk kuralları tarafından öngörülen çeşitli yaptırımlarla karşılaşır. Bu yaptırımların en önemli kısmını ceza kanunlarında yer alan adli cezalar oluşturur. Ancak hukuka aykırı davranışların tek yaptırımı ceza kanunlarında yer almamaktadır. Günümüzde, ceza kanunlarında yer alan adli cezaların yanı sıra çeşitli idari yaptırımlar da hukuka aykırı davranışların cezalandırılmasında önemli bir yer tutmaktadır¹⁵⁸.

Ceza muhakemesi hukukunda, Latince “*ne bis in idem*” olarak ifade edilen tek fiile tek ceza verilmesi ilkesi geçerlidir¹⁵⁹. Cezalandırılması gereken hukuka aykırı bir fiil sadece bir kez cezalandırılır. Bu nedenle, aynı konuda aynı kişi hakkında daha önce açılmış bir dava veya verilmiş bir hüküm varsa yeni bir dava açılamaz. Böyle bir dava açılmış ise reddedilir¹⁶⁰.

Tek fiil sadece tek suç normunu ihlal edebileceği gibi, birden çok suç normunu aynı anda ihlal edebilir.

¹⁵⁶ SAĞLAM, agt, s.184.

¹⁵⁷ “İdarelerin, 657 SK’la saptanmış olan zamanaşımı süreleri dışında disiplin cezası vermesi mümkün bulunmamaktadır. Ancak ilgili idarenin süresi içinde disiplin cezası vermesiyle zamanaşımı süresinin kesileceği açık olup, böyle bir durumda disiplin cezasının idari yargı yerince aynı konuda yeniden işlem tesisini gerektirecek biçimde iptali üzerine, zamanaşımı süresinin yeniden işletilmesi de olanaksız bulunmaktadır. Bu nedenle, davacıya iki yıl içinde verilen disiplin cezasının idare mahkemesinin kararıyla savunma alınmadan disiplin cezası verilemeyeceği gerekçesiyle iptal edilmesi üzerine, idarece iptal kararı gereği yerine getirilip savunma eksikliği giderilerek aynı konuda yeniden tesis edilen işlemin ceza verme zamanaşımına uğramasının söz konusu olmadığı” (D8D, 7.10.1996, E.3070, K.2443, DD, S.93, 1997, s.430); Aynı yönde; D10D, 12.10.1989, E.2299, K.1735 (DD, S.78-79, 1990, s.528).

¹⁵⁸ SAĞLAM, agt, s.158.

¹⁵⁹ KUNTER/YENİSEY, age, s.96.

¹⁶⁰ Tek fiile tek ceza verilmesi ilkesi, CMK’nun 223/7. maddesinde “Aynı fiil nedeniyle, aynı sanık için önceden verilmiş bir hüküm veya açılmış bir dava varsa davanın reddine karar verilir” şeklinde düzenlenmiştir.

3.4.3.1. Tek fiilin sadece tek suç oluşturması durumu

Tek fiilin sadece tek bir disiplin suçu oluşturması durumunda, tek fiile tek ceza verilmesi ilkesi mutlak olarak uygulanır¹⁶¹. Buna göre, bir disiplin suçu nedeniyle kişiye iki kez disiplin cezası verilemez¹⁶². Bu yüzden disiplin amiri, 477 SK'da düzenlenen disiplin suçlarında ve AsCK'da düzenlenen disiplin kabahatlerinden dolayı bir kişiyi kendisi cezalandırmayı tercih etmişse, aynı fiilinden dolayı daha sonra mahkemeye sevk edemez¹⁶³.

AsCK'nın 167/A. maddesinde; “*Disiplini bozan bir kabahat yalnız bir amir tarafından ve bir disiplin cezası ile cezalandırılır*” şeklindeki düzenleme uyarınca, AsCK'da düzenlenen disiplin suçlarında tek fiile yalnız bir amir tarafından ve yalnızca bir kez ceza verilmesi gerekmektedir. Örneğın bir kişiye bir fiili nedeniyle hem aylıktan kesme ve hem de göz hapsi cezası verilemeyecek; disiplin amiri tarafından ceza verildikten sonra üst disiplin amiri tarafından ikinci kez cezalandırılmayacaktır.

Üst disiplin amirinin şikâyet, müracaat ve resen disiplin amirinin verdiğı cezayı değıştirmesi ikinci defa ceza verildiğı anlamına gelmez. Fail yine tek ceza ile cezalandırılmış, fakat itiraz makamı tarafından cezasının niteliğı değıřtirilmiřtir¹⁶⁴.

3.4.3.2. Tek fiilin birden çok suç oluşturması durumu

Tek fiile tek ceza verilmesi ilkesinin bir başka boyutu da, tek bir fiilin birden çok suç oluşturması durumudur. Tek fiille ihlal edilen birden çok suç normunun hepsi disiplin suçu olabilir. Ancak bazı fiiller aynı anda hem disiplin suçu ve hem de adli suç oluşturabilirler.

3.4.3.2.1. Tek fiilin birden çok disiplin suçu oluşturması

Birinci Bölümde ačíkladığımız üzere, ceza hukukunda kural olarak her suç oluşturan netice ayrı ayrı cezalandırılır. Ancak “*suçların içtimai*” olarak adlandırılan bazı durumlarda bu ilkeye istisna getirilmiş, birden çok suç oluşturan neticeye rağmen failin bunlardan sadece birisi

¹⁶¹ SAĞLAM, agt, s.86; Danıştay, “*ceza hukuku genel prensiplerine göre aynı fiilden dolayı ilgisine iki defa ceza verilemeyeceğı açık bulunduğundan*” gerekçesiyle bir fiilden dolayı 2 kez disiplin cezası verilmesini hukuka aykırı bulmuştur (DMürD, 26.11.1981, E.209, K.2144, DD, S.46-47, 1982, s.433); Aynı yönde D5D, 18.1.1984, E.1982/784, K.1984/112, DBİM.

¹⁶² SAĞLAM, agt, s.160; SANCAKDAR, tek fiile tek ceza verilmesi ilkesinin aynı fiilin, aynı kurumca birden fazla cezalandırılmayacağı anlamına geldiğini, bir fiil ile birden fazla kurum düzeni ihlal edilmişse, bu halde her kurum ačíısından ayrı ayrı ceza uygulanabileceğini belirtmektedir. Örneğın hukuk fakóltesinde kısmi statüde görev yapan ve aynı zamanda baroya kayıtlı avukat olarak çalışan bir öğretim üyesinin disipline aykırı bir fiili her iki kurum ačíısından suç oluşturuyorsa iki ayrı ceza verilmesi söz konusu olabilecektir (SANCAKDAR, age, s.312; Aynı görüş, AKYILMAZ, age, s.388; KAYA, agm, s.71).

¹⁶³ “AsCK'nın 162/2. maddesine göre, bir disiplin amiri, askeri bir kabahat işleyen bir askeri şahsı disiplin cezası ile cezalandırdıktan sonra ayrıca mahkemeye sevk edemez” (As.Yrgt.Drl.Krl. 19.6.1964, E.60, K.78, ÖZBAKAN, AsCK, s.38).

¹⁶⁴ ÖZBAKAN, AsCK, s.415.

yönünden cezalandırılması kabul edilmiştir. Bunlardan birisi de “fikri içtima” durumudur. TCK’nun 44. maddesine göre, işlediği bir fiil ile birden farklı suçun oluşmasına sebebiyet veren kişi, bunlardan en ağır cezayı gerektiren suçtan dolayı cezalandırılır. Fikri içtima durumunda, işlenen bir fiilin ortaya çıkardığı tek netice birden fazla ceza hükmünü ihlal etmekte, ancak bunlardan sadece en ağır cezayı gerektiren kanun hükmüne göre ceza verilmektedir. Örneğin, adam öldüren bir kişinin fiilinin aynı zamanda kasten yaralama suçunu da oluşturmaya rağmen sadece adam öldürme suçundan dolayı cezalandırılması gibi.

Fikri içtima müessesesi, disiplin suçlarında da geçerlidir¹⁶⁵. Buna göre, bir fiili ile birden fazla disiplin suçunu ihlal eden kişiye bunlardan en ağır olanın cezası verilecek, ihlal edilen diğer suçlardan dolayı ayrıca ceza verilmeyecektir.

3.4.3.2.2. Tek fiilin aynı anda adli ve disiplin suçlarını oluşturmaları

Yukarıda, tek fiile tek ceza verilmesi ilkesi nedeniyle, bir disiplin suçuna sadece bir disiplin cezası verilebileceğini ya da bir adli suçta sadece bir adli ceza verilebileceğini belirttik. Acaba bir fiil hem disiplin suçu, hem de adli suç oluştuyorsa bu ilke uygulanacak mı? Şimdi bunu inceleyelim.

3.4.3.2.2.1. Askeri Hâkimler Kanunu ve Devlet Memurları Kanunundaki düzenleme

Bir fiil aynı anda hem disiplin suçu, hem de adli suç oluştuyorsa 357 SK ve 657 SK’da disiplin kovuşturmasının bağımsızlığı söz konusudur.

a. Disiplin kovuşturmasının bağımsızlığı

Bir fiilin aynı anda farklı hukuk normlarını ihlal etmesi mümkündür. Bu normlar aynı hukuk disiplini içinde olmayabilir. Örneğin 657 SK’da (m.125/E-f) bir memurun amirine fiili saldırısı disiplin suçu olarak düzenlenmiştir. Söz konusu disiplin suçunu işleyen kişinin fiili aynı zamanda TCK’nın 88. maddesinde düzenlenen kasten yaralama suçunu da oluşturur. Bu örneğin çoğaltılması mümkündür. 657 SK, bu tür durumlarda tek fiile tek ceza verilmesi ilkesinin geçerli olmayacağını kabul etmektedir. Kanunun 125. maddesinin son fıkrasında;

¹⁶⁵ “Gerek uygulamada gerek öğretide, işlediği bir fiil ile yasanın çeşitli kurallarını çiğneyen kimseye kurallardan en ağır cezayı kapsayan cezasının verilmesi gerektiği kabul edilmektedir” (D10D, 18.2.1985, E.1984/399, K.1985/244, **DÜNDAR, Erol**; “Emniyet Teşkilatı Mensuplarına İlişkin Disiplin Cezaları ve Yargı Denetimi”, **DD**, S.62-63, 1986, s.50); “Nöbet yerini terkle ağaç altına oturup sigara içerken yakalanan sanığın nöbet talimatına aykırı hareketten 477 SK’nın 56. maddesi gereğince cezalandırılması yoluna gidildiğine göre, aynı suç içinde değerlendirilmesi gereken sigara içmek fiilinin de emre itaatsizlik olarak kabulüyle aynı Kanunun 48. maddesine göre mükerreren ceza tayini kanuna aykırıdır” (As.Yrgt.3.D. 20.9.1989, E.481, K.463, AYKD, S.8, 1992, s.273).

“Yukarıda yazılı disiplin kovuşturmasının yapılmış olması, fiilin genel hükümler kapsamına girmesi halinde, sanık hakkında ayrıca ceza kovuşturması açılmasına engel teşkil etmez” hükmüne yer verilmiş; “ceza kovuşturması ile disiplin kovuşturmasının bir arada yürütülmesi” başlıklı 131. maddesinde ise; “(1) Aynı olaydan dolayı memur hakkında ceza mahkemesinde kovuşturmaya başlanmış olması, disiplin kovuşturmasını geciktirmez. (2) Memurun ceza kanununa göre mahkûm olması veya olmaması halleri, ayrıca disiplin cezasının uygulanmasına engel olamaz” kuralı öngörülmüştür. Aynı şekilde 357 SK’nın “Soruşturma” başlıklı 25. maddesinde; “Bir suçtan dolayı yapılacak ceza soruşturması disiplin cezası uygulanmasına engel olmaz” şeklinde düzenleme bulunmaktadır. Görülüyor ki, kanun koyucu ceza uygulaması ile disiplin uygulamasını iki ayrı ve farklı alan olarak görmekte, bu nedenle de bunların birbirlerini etkilemesini önleyici nitelikteki bir düzenlemeye yer vermektedir¹⁶⁶.

657 SK ve 357 SK’ya tabi askeri personelin fiilleri aynı anda disiplin suçu ve adli suç oluşturuyorsa, ilgili mevzuatın öngördüğü disiplin cezası ve adli ceza ayrı ayrı uygulanacaktır. İşte bir fiile birden fazla yaptırım uygulanması gerektiği bu durumlarda, ceza ve disiplin kovuşturmalarının birbirine etkilerinin ne olacağı sorunu ortaya çıkmaktadır.

Bu konuda kabul edilen disiplin ve ceza kovuşturmalarının bağımsızlığı ilkesi, her iki kovuşturmanın birbirini etkilemeden ayrı ayrı yürütülerek sonuçlandırılmasını gerektirmektedir. Bunun sonucu olarak kovuşturma sonucu verilen kararlar diğer tarafı etkilemeyecek, yani ceza mahkemesi kararı disiplin amirini, disiplin amirinin kararı da ceza mahkemesini bağlayıcı nitelik taşımayacaktır¹⁶⁷.

657 SK’nın 125. maddesinin son fıkrasında, disiplin suçu oluşturan bir fiilin aynı anda adli suç oluşturma durumunda kişi hakkında disiplin kovuşturması yapılmış olmasının ayrıca ceza kovuşturması yapılmasına engel oluşturmayaacağı belirtilerek, “ceza kovuşturmasının bağımsızlığı” ilkesi vurgulanmış¹⁶⁸; 131. maddesinin ilk fıkrasında ise, işlediği fiille hem ceza normunu, hem de disiplin normunu ihlal etmiş olan bir memur hakkında ceza kovuşturmasına başlanmasının disiplin kovuşturmasını geciktirmeyeceği düzenlenerek, “disiplin kovuşturmasının bağımsızlığı” ilkesi vurgulanmıştır¹⁶⁹. 657 SK’nın 131. maddesinin 2. fıkrasında da, disiplin cezası uygulamasının ceza mahkemesinde mahkûm olma ya da olmama şartından soyutlanması suretiyle tek fiile tek ceza verilmesi ilkesinin geçerli olmadığı ortaya

¹⁶⁶ D3D, 30.3.1979, E.187, K.253, DD, S.36-37, 1980, s.108.

¹⁶⁷ LAUBADERE, André de; Droit Administratif, Paris 1963, s.92 (Nakleden: SAĞLAM, agt, s.161).

¹⁶⁸ Ceza kovuşturmasının, idari makamlarca yürütülüp sonuçlandırılan disiplin kovuşturması karşısındaki bağımsızlığı, ceza yargılamasının işlev ve amacının doğal bir sonucu olduğundan, 657 SK’da böyle bir kuralın yer almasının pratik önemi yoktur.

¹⁶⁹ KAYA, agm, s.78.

konulmuştur¹⁷⁰. 357 SK'nın 25. maddesinde ise, sadece “*disiplin kovuşturmasının bağımsızlığı*” düzenlenmiştir.

657 SK'nın 131. maddesine ilişkin gerekçeden¹⁷¹, disiplin kovuşturmasının bağımsızlığı ilkesinin kabul edilmesindeki ana sebebin, disiplin cezalarıyla adli cezalar arasındaki nitelik farklılığı olduğu anlaşılmaktadır. Bu ilkenin kabul edilmesinin önemli bir başka nedeni de, disiplin suçlarında öngörülen zamanaşımı sürelerinin ceza hukukuna göre çok kısa olmasının yaratacağı sorunların önlenmesidir¹⁷². Zira disiplin suçlarında zamanaşımı süreleri kısa olduğundan, ceza kovuşturması sonucunun beklenmesi, disiplin suçlarının zamanaşımına uğramasına yol açacaktır.

b. Disiplin kovuşturmasının bağımsızlığından kaynaklanan sorunlar

Disiplin kovuşturmasının bağımsızlığı ilkesi, uygulamada çeşitli sorunlara yol açabilmektedir. Çünkü yetkili makamlarca kavuşturma izni verilmemesi veya iddianame düzenlenmemesi veya mahkûmiyet kararı verilmemesi, disiplin kovuşturmasının bağımsızlığı ilkesi nedeniyle, kural olarak söz konusu fiille ilgili disiplin cezası verilmesine engel oluşturmayacaktır¹⁷³. Ancak maddi gerçekliği resen araştıran ceza mahkemesi kararlarının disiplin uygulamalarındaki önemi de açıktır¹⁷⁴. Yeterli delilin olmadığı bazı olaylarda ceza kovuşturması sonucu beklenmeden disiplin cezası verildiğinde telafisi zor zararlar ve

¹⁷⁰ SAĞLAM, agt, s.162.

¹⁷¹ “Memurun suçu ve kusuru hakkında ceza mahkemesinde kovuşturmanın mevcudiyeti, disiplin kovuşturmasını geciktirmez. Ayrıca mahkemeye cezalandırılmış olması veya olmaması da disiplin cezası verilmesine engel teşkil etmez; çünkü yukarıda belirtildiği gibi arada mahiyet farkı vardır” (657 SK'nın 131. maddesinin gerekçesi, ALİKAŞİFOĞLU, Kemalettin; Devlet Memurları Kanunu, Ankara 2002, s.694).

¹⁷² SAĞLAM, agt, s.163; ASLAN, age, s.31.

¹⁷³ PINAR, age, s.375; “Bölücü bir örgüte ilişkin çeşitli belge ve yayınları evde bulunduran, örgütün mensubu kişileri saklayan ve aynı örgütün sempatizanı olduğu anlaşılan davacının, yüksek disiplin kurulu kararı ile Devlet memurluğundan çıkarılması işlemi yerindedir. Ceza davası açılmamış olması disiplin cezası verilmesine engel teşkil eden bir durum olarak kabul edilemez” (AYİM, 1.D.18.10.1994, E.590, K.1244, AYİMD, S.9, 1995, s.312-313); “Gerçekten de ceza uygulaması ile disiplin uygulaması arasında amaç, kapsam, usul ve sonuçları bakımından temel nitelik farkları mevcuttur. İşte bu nedenledir ki, kanun koyucu ceza uygulaması ile disiplin uygulamasını iki ayrı ve farklı alan olarak görmekte ve bunların birbirini etkilemesini önleyici nitelikteki bir düzenlemeye yer vermektedir. Bu nedenlerle 657 SK'nın 131. maddesinin; ceza kovuşturması veya ceza mahkemesi kararının, hiçbir surette disiplin kovuşturması ve disiplin cezası uygulanmasını etkilemeyecek şekilde uygulanması gerektiği görüşüne varıldı” (D3D, 30.3.1979, E.187, K.253, DD, S.36-37, 1980, s.108).

¹⁷⁴ “Bir kamu görevlisinin, üzerine atılı disiplin suçu aynı zamanda ceza yasasına göre de suç niteliğinde ise ve ceza yargılaması sonucunda suçun unsurlarının oluşmaması ya da suçun o kişi tarafından işlenmediğinin saptanması gerekçesiyle ilgili beraat etmiş ise, bu beraat kararının disiplin cezası verilmesindeki bağlayıcılığı tartışmasıdır” (D10D, 27.10.1987, E.2015, K.1721, DD, S.70-71, s.550); “Amire fiilen taarruz suçundan Disiplin Kurulunca 3 yıl kademe ilerlemesinin durdurulması disiplin cezası verilen davacı hakkında müsnet suçtan askeri mahkemeye beraat kararı verilmesi karşısında yüklenen fiili işlemediği kanaatine varılmakla, verilen disiplin cezası hukuka aykırılıkla sakatlanmıştır” (AYİM, 2.D, 24.9.1997, E.1996/913, K.1997/694, AYİMD, S.12, 1998, s.519-521).

hakkaniyete aykırı sonuçlar ortaya çıkabilmektedir¹⁷⁵.

Disiplin soruşturması sonuçlanıp disiplin cezası verildikten sonra, ceza mahkemesinde yapılan yargılama sonunda beraat kararı verilmesi durumunda kararın etkisi ne olacaktır? Disiplin cezaları, disiplin cezalarını veren idari makamlar yönünden de bağlayıcı ve kesin niteliktedir. Bunun sonucu olarak, hukuka aykırı olsa bile disiplin cezalarının disiplin cezası verenler tarafından geri alınmasının, yerine başka bir cezanın verilmesinin veya herhangi bir nedenle kaldırılmasının mümkün olmadığı kabul edilmektedir¹⁷⁶.

Yabancı hukuklarda yukarıda sayılan sakıncaları gidermek için farklı düzenlemeler getirilmiştir. Örneğin disiplin kovuşturmasının bağımsızlığı ilkesinin benimsenmediği İtalya’da ceza kovuşturmasına başlanmış olması, disiplin kovuşturmasının beklenmesini gerektiren bir sebep sayılmıştır¹⁷⁷. Fransa’da, bir ceza mahkemesinde takibe başlandığı zaman disiplin cezasına ilişkin her türlü işlem ertelenmekte; Belçika’da da, ceza davaları disiplin kovuşturmalarını durdurmaktadır¹⁷⁸. İngiltere’de ise, disiplin cezasının uygulanmasına geçilmeden önce olayın ceza kanunlarının kapsamına girip girmediği hususunun idare tarafından soruşturulması yahut savcılıktan görüş istenmesi usul icabıdır¹⁷⁹. Avrupa Birliği Personel Tüzüğüne göre, memur, aynı fiillerden dolayı ceza kovuşturmasına uğramışsa, disiplin cezasına ilişkin karar ancak, mahkemenin kararından sonra verilebilmektedir¹⁸⁰.

Uygulamada disiplin zamanaşımı sürelerinin kısıtlılığı nedeniyle genellikle ceza mahkemesi kararından önce disiplin cezası verilmektedir. Ancak, ceza mahkemesi kararlarının niteliği göz önüne alındığında disiplin kovuşturmasının bağımsızlığı ilkesi, hukuk devleti, eşitlik ve adalet ilkelerine aykırı sonuçlara yol açabilmektedir.

¹⁷⁵ Örneğin, 6.11.1978 tarihinde memuriyetten çıkarma cezası verilen ve bu işleme karşı açtığı dava Danıştay tarafından reddedilen kişi adli yargıda beraat etmiş, Danıştay bu beraat kararını bir yargılamanın yenilenmesi sebebi saymış ve beraat kararındaki gerekçeye dayalı olarak disiplin cezası işlemini 31.5.1989 tarihli kararıyla iptal etmiştir (D10D, 31.5.1989, E.1988/1621, K.1989/1182, DD, S.76-77, s.741). Bu olayda da görüldüğü gibi kişi işlemediği bir suç sebebiyle 11 yıl mesleğinden ayrı kalmıştır.

¹⁷⁶ **PINAR**, age, s.988; **ASLAN**, agm, s.1; “*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 şartlarına bağlı olarak uygulanabilmektedir. Bu özellik, disiplin cezasının yeni bir idari işlemle ortadan kaldırılmasına engeldir. Ceza ancak bir yargı kararı yahut yasama tasarrufu ile iptal edilebilir veya disiplin cezasının ağırlığına göre, belli süreler geçtikten sonra sicil dosyasından silinmesi atamaya yetkili amirden istenebilir*” (D8D, 12.10.1998, E.4988, K.3015, DD, S.99, 1999, s.382-383); Danıştay, başka bir kararında da, Devlet memurluğundan çıkarıldığı halde bu işleme karşı dava açmayan ve sınav kazandı belgesinin sahte olmaması sebebiyle ceza mahkemesinde beraat eden şahsın göreve dönme talebi karşısında “*Davacı devlet memurluğundan çıkarma cezası ile cezalandırıldığına ve bu işlemin iptali için herhangi bir dava açmamakla işlem kesinleştiğine göre bu işlem ortada dururken yeniden devlet memurluğuna atanması mümkün değildir*” sonucuna varmıştır (D5D, 8.10.1985, E.566, K.2291, DBİM).

¹⁷⁷ **DÖNMEZER/ERMAN**, age, C.I, s.344.

¹⁷⁸ **CEM**, agm, s.825

¹⁷⁹ **CEM**, agm, s.831.

¹⁸⁰ **KARAHANOGULLARI**, agm, s.65; **ASLAN**, age, s.32.

Söz konusu sakıncalar nedeniyle, öncelikle uygulayıcıların disiplin kovuşturmasının bağımsızlığı ilkesinin uygulanmasında aşırılığa gitmemeleri ve bazı durumlarda ceza kovuşturmasının sonucunu beklemeleri halinde hakkaniyete uygun disiplin cezası verilmesi sağlanabilecektir¹⁸¹.

Ancak disiplin zamanaşımı süresinin kısıtlılığı ve zamanaşımını kesen nedenlere kanunda yer verilmemiş olması yüzünden söz konusu sorunun sadece uygulayıcılar tarafından çözülmesi mümkün değildir. Bu yüzden konuya ilişkin kanun hükümleri yeniden düzenlenerek disiplin zamanaşımını kesen nedenlere kanunda yer verilmelidir. Böylece hakkında disiplin suçu oluşturan fiille ilgili adli makamlarca da soruşturma veya kovuşturma yapılan kişiyle ilgili disiplin cezası verilmesiyle ilgili zamanaşımı süresinin kesilmesi ve adli makamların kararlarının kesinleşmesinden sonra tekrar işlemeye başlaması sağlandığında sorun önemli ölçüde çözülebilecektir. Böyle bir değişiklik neticesinde fiiller cezasız kalmayacaktır. Ayrıca idare, fiilin işleniş şekli, delillerin niteliği ve failin disiplin safahatı gibi durumlara göre, disiplin kovuşturmasını derhal sonuçlandırma veya ceza kovuşturmasının neticesini bekleyip sonuçlandırma konusunda takdirini kullanabilecektir.

SAĞLAM, aynı fiilden dolayı hakkında ceza kovuşturması başlatılan bir memur hakkındaki disiplin kovuşturmasının durdurulması yoluna gidilmesi ve hakkında başlatılan ceza yargılamasının kesinleşmesinin beklenmesi yönünde kanuni değişiklik yapılmasını, kesinleşme sonucuna ve gerekçelerine göre de disiplin işlemlerinin yürütülmesini önermektedir¹⁸². Bu yönde bir değişikliğe gerek olmadığını ve hatta yanlış olacağını düşünüyorum. Çünkü öncelikle şunu belirtiyim ki, ceza davası neticesinde verilen mahkûmiyet

¹⁸¹ **BASKIN, Yaşar**; “Ceza Kovuşturmasının Disiplin Kovuşturmasına Etkisi Var mıdır?” MD, S.75, 1985, s.6; “657 SK’nın 131. maddesi kapsamında; ceza yargılaması sonucu, davacı hakkında uygulanacak disiplin cezasını etkilememekte ve bağlayıcı bir özellik göstermemektedir. Buna göre idarenin yüksek disiplin kurulu kararı ile davacı hakkında işlem tesis ederken ceza yargılamasının sonucunu beklemek zorunda değildir. Ancak 657 SK’da belirtilen sürelerle uymak suretiyle ceza yargılamasının sonucunu bekleyerek karar vermesi tesis edilen işlemin sağlıklı bir sonuca ulaşması açısından da önem göstermektedir. Burada dikkat edilmesi gereken husus 657 SK’nın 127. maddesinde belirtilen ‘zamanaşımı’ sürelerine uymak ve bu süreler içinde ilgili hakkında disiplin cezasının uygulanmasını sağlamaktır” (AYİM, 3.D.4.11.2004, E.187, K.1665, AYİMD, S.20, 2005, s.536-541).

¹⁸² **SAĞLAM**, agt, s.164; **YURTCAN** da, disiplin ve ceza kovuşturmalarının birbirlerinden bağımsızlığı ilkesinin sakıncalarına işaretle bu durumun çelişkili kararlar ortaya çıkmasına sebep olacağını belirtmekte ve bu sakıncayı gidermek için disiplin kovuşturmasında ceza yargılaması sonucunun beklenmesi gerektiği yönünde pozitif düzenleme yapılmasının uygun olacağını ifade etmektedir (**YURTCAN, Erdener**; Ceza Yargılaması Hukuku, 6. Baskı, İstanbul 1996, s.17); **ALİKAŞİFOĞLU** ise, hakkında disiplin cezası uygulanması istenen memurun ileri sürülen suçu işleyip işlemediğinde tereddüt ediliyorsa, bu halde en iyi uygulamanın ceza davasının sonucunun beklenmesi olacağını ifade etmektedir (**ALİKAŞİFOĞLU**, age, s.706); **SANCAKDAR** da, memuriyetten çıkarma cezasına ilişkin olarak disiplin soruşturmasında delillerin tam olarak toplanamaması sebebiyle fiilin kanıtlanamaması durumunda zamanaşımına uğrama pahasına da olsa disiplin cezası verilmemesi gerektiğini, aksi uygulamanın hukuka aykırı olacağını ifade etmekte (**SANCAKDAR**, age, s.293), aynı şekilde disiplin cezasının kesinleşmesinden sonra aynı fiil hakkındaki ceza davasından bağlayıcı nitelikli bir beraat kararı çıkması durumunda bu tür bir kararın disiplin cezasını etkileyebilmesi yönünde kanuni düzenleme yapılması gerektiğini ileri sürmektedir (**SANCAKDAR**, age, s.377).

kararının niteliğine göre Devlet memurları hakkında işlem yapılması bir disiplin işlemi olmayıp, adli işleme bağlı bir işlemdir. Örneğin zimmet suçundan mahkûm olan bir memurun kararın kesinleşmesiyle birlikte 657 SK'nın 98/b ve 48/A-5. maddeleri gereğince memurluktan çıkarılması gerekir. Bu durumda mahkeme kararı neticesinde memurlukla ilişkisinin kesilmesi bağlı yetkiye dayanan bir işlem olup, disiplin cezası olan Devlet memurluğundan çıkarma cezası verilmesi işlemi değildir.

Ayrıca fiili aynı zamanda adli suç teşkil eden memur hakkında disiplin kovuşturmasının yapılmasının ceza kovuşturmasının kesinleşmesine kadar durdurulması mevcut düzenleme ve uygulamadan daha fazla hakkaniyete ve adalete aykırı sonuçlar doğurabilecektir. 657 SK'nın 125. maddesinde disiplin suçu olarak düzenlenen birçok fiil adli suç teşkil etmemektedir. Eğer mevcut düzenleme SAĞLAM'ın önerisi gibi değiştirilecek olursa, fiili adli suç teşkil etmeyenler hakkında derhal disiplin kovuşturması yapıp disiplin cezası verilebilecek, fiili adli suç teşkil edenler hakkında ise ceza kovuşturmasının kesinleşmesine kadar bekleneyecektir. Örneğin 657 SK'nın 125/E-c. maddesinde düzenlenen siyasi partiye üye olma suçunu işlediği tespit edilen bir memur hakkında ceza kovuşturması olamayacağından derhal disiplin kovuşturması yapılacak ve Devlet memurluğundan çıkarma cezası verilebilecek; ancak rüşvet alırken amiri tarafından yakalanan veya sahte evrak düzenleyerek zimmetine para geçirdiği tespit edilen memur hakkında ceza kovuşturması başlayacağından disiplin cezası verilemeyecektir. Böyle bir disiplin uygulamasına yol açacak kanuni değişikliği savunmak mümkün değildir. Bu sakıncanın görevden uzaklaştırma müessesesinin (657 SK m.140) işletilmesi yoluyla giderilmesi mümkündür¹⁸³. Ancak yukarıda belirtilen örnekte olduğu gibi açıkça yüz kızartıcı bir suçu işlediği yeterli delillerle tespit edilen bir memurun hakkında disiplin kovuşturmasının yapılmayarak yıllarca sürebilecek ceza kovuşturmasının kesinleşmesine kadar beklenmesi, bu arada görevden uzaklaştırılıp çalıştırmadan maaş verilmesinin de uygun bir hareket tarzı olmadığını söyleyebiliriz.

c. Ceza mahkemesi kararlarının disiplin cezası verilmesinde etkisi¹⁸⁴

Disiplin kovuşturmasının bağımsızlığı ilkesi gereği, kural olarak ceza ve disiplin

¹⁸³ SAĞLAM, agt, s.165.

¹⁸⁴ AsCK ve 477 SK'da düzenlenen disiplin suçlarında disiplin kovuşturmasının bağımsızlığı ilkesi geçerli olmadığından ve dolayısıyla iki ayrı kovuşturma yapılamayacağından, adli mahkeme kararının disiplin amir ve kurullarını bağlayıcı olması mümkün değildir. Örneğin askeri mahkemenin yargılama sonunda fiilin 477 SK'da düzenlenen disiplin suçunu oluşturduğu gerekçesiyle görevsizlik kararı vermesi durumunda, bu karar disiplin mahkemesini bağlamaz. Disiplin mahkemesi, görevsizlik kararı verebileceği gibi beraat kararı da verebilir. Aynı şekilde askeri mahkeme, yargılama sonunda fiilin disiplin tecavüzü teşkil ettiğini belirlemesi üzerine ilgili evrakı disiplin cezası verilebilmesi için disiplin amirine gönderecektir (AsCK m.179). Bu durumda da disiplin amiri ceza verip vermeme konusunda takdir hakkını kullanacaktır. Bu durumlarda ceza mahkemesi kararının disiplin amiri ve disiplin mahkemesini bağlayıcı olmadığı söylenebilir de, ceza mahkeme kararının disiplin amir ve mahkemesine yol gösterici niteliği de göz ardı edilemez.

kovuşturmaları bağımsız olarak yürüyeceğinden ilgiliye aynı fiili ile ilgili olarak hem disiplin cezası ve hem de adli ceza verilebilecektir. Ancak, disiplin cezaları bir idari işlem niteliğindedir. Oysa ceza kovuşturması hâkimlik teminatından yararlanan bağımsız ve tarafsız statüdeki hâkimler tarafından yürütülerek sonuçlandırılmaktadır. Tez, antitez ve sentezden oluşan kararlar, maddi gerçeğin araştırılması amacına yönelik olarak ve resen araştırma yetkisinin kullanılmasıyla oluşan kesin hüküm niteliğinde kararlardır. Bu nitelikleri nedeniyle aynı fiille ilgili verilmiş bir ceza mahkeme kararının disiplin cezası verilmesinde göz önünde tutulmaması mümkün değildir¹⁸⁵.

Ceza mahkeme kararının disiplin cezası verecek makam ve kurullara etkisi konusunda mevzuatta açık düzenleme bulunmamaktadır. Bu yüzden her somut olaya ve ceza mahkemesinin kararının gerekçesine göre bağlayıcı olup olmadığı belirlenmektedir.

Ceza mahkemesi kararlarının nitelikleri gereği, bazı ceza mahkemesi kararlarının disiplin cezası verilmesinde bağlayıcı nitelikte oldukları kabul edilmektedir. Örneğin, suçun sanık tarafından işlenmediği veya unsurlarının oluşmadığına ilişkin ceza mahkemesi kararlarına konu olayla ilgili disiplin cezası da verilemeyecek¹⁸⁶; ceza mahkemesinin mahkûmiyet kararı vermesi halinde de aynı fiil için öngörülen disiplin cezasının da verilmesi gerekecektir¹⁸⁷.

Bağlayıcı nitelikteki bir ceza mahkemesi kararı sebebiyle bu fiilin karşılığı disiplin cezasının uygulanmasına imkân bulunmayan faile başka bir disiplin cezası verilebilecek midir? Bu konuda kesin bir ilke koymak güç görünmekle birlikte duruma göre bu memura daha hafif bir disiplin cezası verilmesi mümkün olabilecektir¹⁸⁸.

Ceza mahkemelerinin bağlayıcı nitelikteki kararlarının yanı sıra, disiplin cezası verilmesinde takdir yetkisini ortadan kaldırmayan kararları da bulunmaktadır. Bu durum çoğunlukla sanığın suçluluğunun tam olarak kanıtlanamadığı durumlarda delil yetersizliğine

¹⁸⁵ **ALCAKAPTAN**, age, s.18.

¹⁸⁶ “Bir kamu görevlisinin, üzerine atılı disiplin suçu aynı zamanda ceza yasasına göre de suç niteliğinde ise ve ceza yargılaması sonucunda suçun unsurlarının oluşmaması ya da suçun o kişi tarafından işlenmediğinin saptanması gerekçesiyle ilgili beraat etmiş ise, bu beraat kararının disiplin cezası verilmesindeki bağlayıcılığı tartışmalıdır” (D10D, 27.10.1987, E.2015, K.1721, DD, S.70-71, 1988, s.550); Aynı yönde D10D, 30.5.1990, E.1731, K.1248, DD, S.81, 1991, s.349).

¹⁸⁷ **KAYA**, agm, s.79; **KARAHANOGULLARI**, agm, s.65.

¹⁸⁸ **KARAHANOGULLARI**, agm, s.68; **ASLAN**, age, s.35; **SAĞLAM**, agt, s.241; “Bir kamu görevlisinin üzerine atılı suç, aynı zamanda ceza yasasına göre de suç niteliği taşıyorsa ve ilgili ceza yasasına göre yapılan yargılaması sonucunda suçsuz görülmüşse, artık disiplin soruşturmasına dayanak alınıp, ilgilinin söz konusu disiplin suçunu işlemediğini kabul etmek gerekir. Kuşkusuz bu husus, olayın personel hukuku yönünden değerlendirilmesine, saptandığı takdirde başka bir disiplin suçu sebebiyle ilgiliye disiplin cezası verilmesine engel değildir” (D10D, 19.11.1984, E.909, K.1927 (DBİM). Danıştay, sahte fatura düzenleyerek veya sahte olduğunu bildiği faturayı kullanarak vergi iadesinden yararlanan kamu görevlisi ceza mahkemesinde beraat etmesine rağmen gerçeğe aykırı belge düzenleyerek kendisine yarar sağlamanın kabul edilemeyecek bir davranış olduğu gerekçesiyle disiplin cezası verilmesinde hukuka aykırılık bulunmamıştır (D8D, 25.11.1993, E.1901, K.3855, DD, S.90, 1994, s.874).

dayalı beraat kararlarında söz konusu olabilmektedir¹⁸⁹.

3.4.3.2.2. Askeri Ceza Kanunu ve Disiplin Mahkemeleri Kanunundaki düzenleme

AsCK'nın 1-53. maddelerinde genel hükümler, 54-161. maddelerinde özel hükümler, 162-191. maddelerinde ise disiplin cezaları düzenlenmiştir. Kamu görevlileri için disiplin suç ve cezaları, 657 SK ile diğer personel kanunlarında düzenlendiği halde, askeri disiplin suç ve cezaları bir ceza kanunu olan AsCK'da düzenlenmiştir¹⁹⁰. Bu düzenleme şekli, TSK'da ceza hukuku ile disiplin hukukunun iç içe geçtiğinin bir göstergesidir.

AsCK'nın “İnfaz edilmiş disiplin cezalarının mahkemece mahsubu” başlıklı 180. maddesinde; “Cezayı icabeden fiil bir mahkemeye sevk olunmak lazımgelirken yalnız disiplin cezasıyla cezalandırılmışsa yeniden mahkemeye sevk olunur. Fakat failin öncece gördüğü ceza mahkemenin verdiği cezadan indirilir” şeklinde düzenleme bulunmaktadır.

Anayasa Mahkemesi¹⁹¹ tarafından iptal edilmeden önce 477 SK'nın 40. maddesinin 3. fıkrasında; “Askeri Yargıtay işin disiplin mahkemesinin görevini aştığı sonucuna varırsa hükmü bozarak dava dosyasının yetkili ve görevli mercie gönderilmesine karar verir. Bu halde yeniden yapılacak inceleme ve kovuşturma sonucuna göre gereken karar verilir. Disiplin mahkemesi tarafından verilen ve yerine getirilen cezalar yeniden verilecek cezadan indirilir” şeklinde düzenleme vardı. Ayrıca 477 SK'nın 15. maddesinde, disiplin hazırlık soruşturması sonunda teşkilatında disiplin mahkemesi kurulan komutanın, fiil adliye mahkemelerinin veya askeri mahkemelerin görevine giren bir suç ise, dosyayı görevli makama göndereceği; 27. maddesinde ise, yargılama sonunda disiplin mahkemesinin görevsizlik kararı verebileceği düzenlenmiştir.

Bu düzenlemeler karşısında kanun koyucunun, hukuka aykırılık teşkil eden tek bir fiilin aynı anda hem disiplin suçu ve hem de adli suç oluşturması halinde ceza kovuşturması yapılması ve adli ceza verilmesinin TSK'nın disiplininin sağlanmasında yeterli olacağını düşünerek ayrıca disiplin cezası verilmesini gereksiz gördüğünü söyleyebiliriz.

¹⁸⁹ ASLAN, age, s.36; “657 SK'nın 131. maddesine göre memurun ceza yasasına göre mahkûm olması ya da olmamasının disiplin cezasının uygulanmasına engel teşkil etmeyeceği, disiplin hükümleri bakımından memurluk sıfatı ile bağdaşmayacak nitelikte ve derecede yüz kızartıcı ve utanç verici hareketlerde bulunduğu anlaşılan davacıya adli yargıda suç sayılan fiili sebebiyle delil yetersizliğinden beraat etmiş olduğuna bakılmaksızın devlet memurluğundan çıkarma cezası verilmesinde hukuka aykırılık bulunmadığı” (DİDD, 20.6.2003, E.2003/67, K.2003/436, DBİM) “Delil yetersizliği sebebiyle verilen bir beraat kararı disiplin cezası verilmesi konusunda mutlak anlamda bağlayıcı nitelikte değildir. Esasen ceza hukuku açısından da delil yetersizliği sebebiyle beraat kararı da tam aklanma niteliği taşımamaktadır. Bu nedenle, davalının delil yetersizliğinden beraat etmesi karşısında olayın, disiplin soruşturması sırasında toplanan deliller ve tanık ifadeleriyle irdelenmesi gerekmektedir” (D10D, 27.10.1987, E.2015, K.1721, DD, S.70-71, 1988, s.550).

¹⁹⁰ Birinci Bölümde açıkladığımız gibi, askeri kabahatlerin bir kısmı 1964 yılında 477 SK'da disiplin suçu olarak düzenlendiği tarihe kadar tüm askeri disiplin suç ve cezaları AsCK'da düzenleniyordu. Halen de disiplin kabahat ve tecavüzleri AsCK'da düzenlenmektedir.

¹⁹¹ Ay.Mah.17.5.2007, E.2004/13, K.2007/58, RG, 21.11.2007, S.26707.

Anayasa'nın 38. maddesinin 11. fıkrasında yer alan; “*İdare, kişi hürriyetinin kısıtlanması sonucunu doğuran bir müeyyide uygulayamaz. Silahlı Kuvvetlerin iç düzeni bakımından bu hükme kanunla istisnalar getirilebilir*” şeklinde düzenleme nedeniyle TSK’da hürriyeti kısıtlayıcı disiplin cezası verilebilmektedir. Bu yönüyle askeri disiplin cezaları, idari yaptırımlar içinde, adli cezalarla en fazla benzerlik gösteren yaptırımlardır. Ayrıca Anayasa’nın 129/4. maddesindeki düzenleme sebebiyle AsCK ve 477 SK’ya göre verilen disiplin cezaları yargı denetimi dışındadır. Belirtilen durumlar, AsCK ve 477 SK’da düzenlenen disiplin suçlarında disiplin kovuşturmasının bağımsızlığının kabul edilmemesine yol açmış olabilir.

Kanun koyucu belirtilen düzenlemeleriyle, disiplin kovuşturmasının bağımsızlığını kabul etmediği gibi, hukuka aykırılık teşkil eden fiilin adli suç oluşturması durumunda, fiilin disiplin amiri veya disiplin mahkemesi tarafından disiplin suçu olarak değerlendirilip disiplin cezasıyla cezalandırılması halinde verilen cezalar infaz edilmiş bile olsa, ceza kovuşturması yapılmasını ve adli ceza verilmesini istediği anlaşılmaktadır. Disiplin amiri ve disiplin mahkemesi tarafından disiplin cezası verilmesi işlemi idari işlem niteliğinde olduğundan, kesinleşmiş bir yargı organı kararı etkisine sahip olmaları beklenemez¹⁹². Ancak bir fiiliyle ilgili disiplin cezasıyla cezalandırılan kişinin, bu ceza kararının kesinleşmesinden ve cezanın infaz edilmesinden sonra adli dava zamanaşımı süresince hakkında ceza kovuşturması yapılması tehdidi altında bırakılması da hukuk güvenliğine aykırıdır¹⁹³.

AsCK ve 477 SK’da belirtilen düzenlemelerin bir diğer anlamı da, kanun koyucunun disipline aykırı fiilleri ağırlıklarına göre, AsCK’da düzenlenen disiplin tecavüzü ve disiplin kabahati, 477 SK’da düzenlenen disiplin suçu ve AsCK’da düzenlenen adli (askeri) suç şeklinde sıraladığı, dolayısıyla suç hangi makam ve organın görevine giriyorsa onun tarafından cezalandırılmasını istediği anlaşılmaktadır.

Yukarıda belirtilenler karşısında 477 SK ve AsCK’da düzenlenen disiplin suçlarını oluşturan fiil aynı zamanda adli suç ise disiplin kovuşturması yapılamayacak, disiplin amiri

¹⁹² “Disiplin amirinin cezalandırma veya mahkemeye sevk etme konusundaki takdir hakkı ‘mutlak’ olmayıp ‘denetlenebilir’ niteliktedir. Disiplin amirinin verdiği disiplin cezasının kesinleşmesi, daha sonra askeri mahkemede yargılama yapılmasına engel olmaz” (As.Yrgt.Drl.Krl.1.11.20001, E.97, K.94, yayınlanmamıştır).

¹⁹³ Nitekim yukarıda belirtilen 477 SK’nın 40. maddesinin 3. fıkrasındaki düzenlemeyi Anayasa’ya aykırı bulan Anayasa Mahkemesi; “Hukuk güvenliği, temel hak güvencelerinde korunan ortak değerdir. Hukuk devleti hukuk normlarının öngörülebilir olmasını, bireylerin tüm işlem ve eylemlerinde devlete güven duyabilmesini, devletin de yasal düzenlemelerinde bu güven duygusunu zedeleyici yöntemlerden kaçınmasını gerektirir. Disiplin mahkemeleri kararlarının gerek itiraz üzerine, gerekse itiraz edilmeksizin kesinleşmesi halinde kesin hüküm haline gelmesi nedeniyle, aradan bir süre geçtikten sonra sanığın yeniden yargılanması ve bu yargılamadan olumsuz olarak etkilenmesi, hukuk güvenliğini, vatandaşların mahkemelere olan inancını ve yargıda istikrarı olumsuz olarak etkileyeceğinden bu durum hukuk devleti ilkesine aykırılık oluşturur” şeklinde gerekçeyle bu durumun hukuk güvenliğini ihlal ettiğini kabul etmiştir. Kanaatimizce, Anayasa Mahkemesi’nin, disiplin mahkemesini yargı organı olarak görüp, verdiği kararı kesinleşmiş yargı kararı niteliğinde görmesi, hatalı bir değerlendirmedir.

yanlışlıkla¹⁹⁴ eylemi disiplin suçu olarak değerlendirip disiplin cezası vermiş ve infaz etmiş olsa bile, açıkça hukuka aykırı olan bu disiplin cezası yok hükmünde sayılabilecektir¹⁹⁵.

477 SK'da düzenlenen disiplin suçlarını oluşturan fiil aynı zamanda adli suç ise, disiplin mahkemesince disiplin kovuşturması yapılmaması, yanlışlıkla başlatılan disiplin kovuşturmasının da her aşamasında görevsizlik kararı verilmesi gerekmektedir. Ancak disiplin mahkemesi, adli mahkemenin görevine giren bir suçu disiplin suçu olarak nitelendirip karar vermiş ve bu karar kesinleşmişse, Anayasa Mahkemesi'nin yukarıda belirtilen iptal kararından sonra, kesin hüküm nedeniyle adli mahkemede aynı fiille ilgili tekrar yargılama yapılması mümkün olmayacaktır.

AsCK ve 477 SK'da disiplin kovuşturmasının bağımsızlığı ilkesinin geçerli olmaması, tek fiile tek ceza verilmesi ilkesiyle uyumlu olduğundan hukuk devleti, eşitlik ve adalet ilkelerine uygundur. Fakat kovuşturma zamanaşımı 477 SK'da düzenlenen disiplin suçlarında 5 aydır (m.43). Bu yüzden disiplin amiri tarafından fiilin adli suç olarak değerlendirilip dosyanın adli yargı organlarına gönderilmesi durumunda, ceza soruşturması ve/veya kovuşturması uzun sürdüğünden, fiilin disiplin suçu olduğu yargı organlarınca tespit edildiğinde dosyanın disiplin amirine veya disiplin mahkemesine gönderilmesi aşamasında zamanaşımı süreleri geçmekte, failler genellikle cezalandırılmamaktadır. Bu nedenle disiplin kovuşturma zamanaşımı sürelerinin ceza mahkemesi kararının kesinleşmesi veya Savcılık kararlarının verilmesinden sonra başlatılmasına yönelik bir kanuni düzenleme yapılması uygun olacaktır.

AsCK ve 477 SK'da disiplin kovuşturmasının bağımsızlığı ilkesinin geçerli olmamasının önemli bir sakıncası ise, disiplini bozan bir askeri personel hakkında suç dosyası düzenlenip askeri ve adli yargı organlarına gönderilmesi durumunda, tutuklama olmaması veya açığa alınmaması halinde soruşturma ve yargılamaların uzun sürmesi nedeniyle bozulan disiplinin tesisi için herhangi bir disiplin işleminin yapılmamasıdır. Uygulamada bu tür durumlarda başka bir sebep gösterilerek fail cezalandırılmaktadır. Bu yüzden, disiplin cezalarında yargı denetimi sağlanması şartıyla, disiplin kovuşturmasının bağımsızlığı ilkesinin AsCK ve 477 SK'da düzenlenen disiplin suçlarında da uygulanmasına yol açacak düzenleme yapılabilir.

¹⁹⁴ Disiplin amirinin fiilin vasıflandırmasını yaparken dikkatli olması gerekmektedir. Zira, AsCK'nun "*Hak edilmemiş veya müsaade olunmamış disiplin cezası verenlerin cezası*" başlıklı 111. maddesinde yer alan "*Ceza vermek salâhiyetini tecavüz ederek ve bilhassa hak edilmemiş veya müsaade olunmamış bir cezayı kasten verenler beş seneye kadar hapsolunur*" şeklindeki düzenleme gereği, disiplin amirlerinin adli suçlardan dolayı disiplin cezası vermeleri askeri suç oluşturmaktadır.

¹⁹⁵ "*Oda hapsi ceza yerini terk ettiği iddiasıyla alınan savunmayı müteakip davacının askeri mahkemede yargılanması ve sonucuna göre işlem yapılması gerekirken, fiile disiplin cezası uygulanıp, disiplin notunun tamamının kaybedildiğinden bahisle davacının okuldan çıkarılması işlemi hukuka uygun değildir*" (AYİM, 2.D.2.6.2004, E.80, K.490, AYİMD, S.20, 2005, s.459-462).

3.4.4. Hafifletirici ve Ağırlaştırıcı Nedenlerin Takdiri

Disiplin cezalarının verilmesi aşamasında cezalar belirlenirken disiplin suçunun niteliği, failin geçmişi, suçun işleniş biçimi vb. hususlar göz önüne alınarak verilecek cezalar arttırılarak veya azaltılarak belirlenir.

3.4.4.1. Hafifletirici nedenler

Hafifletici nedenlerin olup olmadığı disiplin cezası verecek olan disiplin amiri veya kurulu tarafından değerlendirilir. AsCK'da düzenlenen disiplin suçlarından veya 477 SK'da düzenlenen disiplin suçlarından dolayı disiplin amirinin disiplin cezası verirken göz önüne alacağı kanuni bir hafifletici sebep yoktur. Ancak disiplin amiri disiplin cezasını belirlerken takdir yetkisi çerçevesinde fiilin niteliği, failin kişiliği, suç işleme eğilimi ve suçun işleniş şekli vb. hususları göz önüne alarak hakkaniyete uygun adil bir cezayı belirlemesi gerekmektedir.

TSK'da çalışan Devlet memurlarının 657 SK'da düzenlenen disiplin suçlarında uygulanabilecek alt ceza uygulaması; asker kişilerin 477 SK'da düzenlenen disiplin suçlarında uygulanabilecek haksız tahrik ve takdiri indirim şeklinde kanuni takdiri hafifletici nedenler bulunmaktadır.

3.4.4.1.1. Alt ceza uygulaması

657 SK'nın 125. maddesinin 3. fıkrasında; *“Geçmiş hizmetleri sırasındaki çalışmalarını olumlu olan ve iyi veya çok iyi derecede sicil alan memurlar için verilecek cezalarda bir derece hafif olanı uygulanabilir”* hükmüne yer verilmiştir. *“Alt ceza uygulaması”* olarak ifade edilir¹⁹⁶. Böylece memurun disiplin suçu oluşturan fiiline karşılık gelen cezanın tespit edilmesinden sonra memurun geçmiş çalışmalarının olumlu ve sicillerinin de iyi olması şartıyla bir alt cezanın verilmesi konusunda ceza vermeye yetkili amir veya kurullara takdir yetkisi¹⁹⁷ tanınmış bulunmaktadır¹⁹⁸.

657 SK'nın 125/3. maddesinde kullanılan *“geçmiş çalışmaların ve sicillerin”* ibaresinin, memurun tüm memuriyet yaşamını kapsayacak şekilde geniş anlaşılması gerekir. Bu nedenle,

¹⁹⁶ SAĞLAM, agt, s.227.

¹⁹⁷ Takdir yetkisi konusunda ayrıntılı bilgi için bkz. KAYA, Cemil; *“İdarenin Takdir Yetkisi ve Yargısal Denetimi”*, Prof. Dr. Nuri Çelik'e Armağan, C.I, İstanbul 2001, s.251-284.

¹⁹⁸ KAYA, agm, s.73; *“Ceza yargısına bağlanmış ve kesinleşmiş yüz kızartıcı suçuna rağmen, geçmiş yıllardaki başarılı memuriyet safahati ve çok iyi derecedeki sicilleri gözetilerek memuriyet görevinden çıkarılma cezası yerine üç yıl süre ile kademe ilerlemesinin durdurulması disiplin cezası verilen davacı hakkında tesis edilen işlemde hukuka aykırılık bulunmamaktadır”* (AYİM, 1.D.1.10.1991, E.1990/1459, K.1991/2176, AYİMD, S.7, 1993, s.399); *“Disiplin cezası vermeye yetkili amir ve kurullar, 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 gerekir”* (DİDD, 22.2.2007, E.2005/374, K.2007/103, DBİM).

örneğin 20 yıllık bir memurun çalışmaları genel olarak olumlu ve sicilleri çoğunlukla iyi ise, birkaç sicilinin düşük olması, alt ceza uygulamasına engel bir durum olarak kabul edilmemelidir¹⁹⁹.

657 SK'nın 125/3. maddesinde “uygulanabilir” ibaresi kullanıldığından geçmiş çalışmaları olumlu ve sicilleri de iyi olan herkese bir alt ceza uygulaması konusunda bir zorunluluk yoktur²⁰⁰. Bu şartlar gerçekleşmiş olsa bile, işlenen fiilin nitelik ve özelliği gözetilerek alt ceza uygulamasına gidilmeyebilir. Ancak, bu konudaki takdir yetkisi mutlak olmadığından, bu durumda alt ceza uygulanmamasının nedeninin gösterilmesi gerekir²⁰¹.

Alt ceza uygulaması, disiplin amir ve kurulları tarafından değerlendirilmesi gereken bir durum olduğundan, açık bir takdir hatası yoksa yargı denetimi yapan mahkemelerin sicilleri getirterek bizzat inceleme yapıp alt ceza uygulanıp uygulanmamasına müdahale etmemeleri gerekir²⁰². Alt ceza uygulaması konusundaki değerlendirmeyi disiplin amir ve kurulları yapmalı, yargı organları da bu konuda kullanılan takdiri denetlemelidir²⁰³.

¹⁹⁹ SAĞLAM, agt, s.227.

²⁰⁰ “Burada idareye bir takdir yetkisi verilmiştir. Takdir yetkisi daha hafif cezayı uygulayıp uygulamama konusundadır. Takdir yetkisinin kullanılabilmesinin ön koşulu ise ilgili memurun geçmiş hizmetleri sırasında olumlu çalışmaları olması ve sicillerinin de iyi veya çok iyi olması gerekmektedir. Ancak bu ön koşulun gerçekleşmiş olması halinde ilgili memura daha hafif ceza uygulanması bir hak olarak doğmamaktadır. İdare bu noktada takdir yetkisine sahiptir. Olayın, fiilin vehameti, doğurduğu sonuçlar gibi hususlar dikkate alınarak daha hafif bir ceza verilebileceği gibi memuriyetten çıkarma cezası da verilebilir. Davacının fiilinin vehameti, yüz kızzartıcı bir fiil olması sebebiyle TSK'nın itibarını zedelemesi, ayrıca davacının geçmiş yıllarda çeşitli disiplin cezaları almış olması gibi hususlar dikkate alındığında, davacı hakkında 125. maddesinin 3. fıkrası hükmünün uygulanmamış olmasında hukuka aykırılık bulunmamaktadır” (AYİM, 3.D.21.9.2006, E.2005/882, K.2006/933, AYİMD, S.22, 2007, s.443-446); “Sözü edilen hükmüyle, memurlar hakkında disiplin cezası vermeye yetkili disiplin amirlerine, disiplin cezasını gerektiren fiilin karşılığı ceza yerine bir derece hafif olanın uygulanabilmesi konusunda takdir yetkisi tanınmakta ve bu yetkinin geçmiş hizmetleri sırasındaki çalışmaları olumlu olan, iyi veya çok iyi derecede siciller almış bulunan memurlar için kullanılabileceği belirtilmek suretiyle, sınırları genel olarak açıklanmış bulunmaktadır. Bu durumda, söz konusu maddede belirtilen koşullarla birlikte, disiplin cezasını gerektiren her olaya özgü durumların da göz önüne alınarak uygulama yapılması gerekmekte, konuya ilişkin genel ve objektif kıstaslar getirilmesine olanak bulunmamaktadır” (D1D, 9.2.1998, E.1997/181, K.1998/21, DD, S.97, 1998, s.36); “Düzenlemeye göre, bir alt ceza uygulanması konusunda idare bağlı yetki içinde olmayıp takdir yetkisine sahip bulunmaktadır” (D12D, 27.9.2001, E.935, K.3239, DBİM).

²⁰¹ “Getirilen olanaktan suç işleyen kişinin yararlandırılıp yararlandırılmaması idarenin takdirine ilişkin ise de, maddedeki koşulları sağlayanların yararlandırılmaması nedenlerinin açıklanması gerekir” (D8D, 28.10.1991, E.1399, K.1677, DD, S.84-85, 1992, s.569).

²⁰² “‘Uygulanabilir’ ibaresi nedeniyle memurun geçmiş çalışmalarının başarılı veya sicillerinin çok iyi olması halinde ya da diğer hafifletici nedenlerin bulunması durumunda, daha hafif bir ceza verilmesi konusunda idareye takdir yetkisi tanınmış olup, yargı yerlerince idarenin yerine geçerek memurun geçmiş hizmetlerinin ve sicillerinin değerlendirilmesi sonucu, idarenin takdir yetkisini kaldırarak biçimde idareyi bir derece hafif ceza vermeye zorlamak hukukten mümkün olmadığından, bir alt cezanın verilmesi gerektiği gerekçesiyle işlemin iptali yolundaki kararda hukuki isabet bulunmamaktadır” (D12D, 29.3.2001, E.2000/241, K.2001/1313, DBİM); Aksi yönde; “Bu durumda davacının üzerine atılı disiplin suçunu işlediği sabittir. Dairemizin ara kararı ile getirtilen davacıya ait sicillerin incelenmesinden ise, sicillerinin iyi olduğu anlaşılmakla hakkında 657 SK'nın 125. maddesinin 3. fıkrasının uygulanması yoluna gidilerek bir alt ceza verilmesi gerekirken Devlet memurluğundan çıkarma cezası ile cezalandırılmasında isabet bulunmamaktadır” (D10D, 5.4.1989, E.1987/1476, K.1989/734, DD, S.76-77, 1990, s.736).

²⁰³ “Aynı disiplin kurulu kararında meslekten ihracına karar verilen aynı ekipte görevli başka bir memurun geçmiş hizmetlerinin olumlu, sicilinin iyi olduğu dikkate alınarak bir alt ceza ile cezalandırılmasına karar

Söz konusu maddede öngörülen bir derece hafif ceza, aynı ceza içinde yer alan ve cezanın failin kişiliğine uydurulabilmesine yönelik olarak getirilmiş olan aralıklı uygulama biçimini değil, kanunda sıralanan ceza türlerinden bir aşağıda olanı ifade etmektedir²⁰⁴.

Alt ceza uygulamasına, ancak disiplin cezasını verecek makam karar verebilir²⁰⁵. Örneğin kademe ilerlemesinin durdurulması cezası disiplin kurulunca verilecek bir ceza olduğundan bir alt ceza uygulamasına ilişkin değerlendirme ve karar verme yetkisi yine aynı kuruldur²⁰⁶. Bu nedenle disiplin kurulu karar vermeden disiplin amirinin doğrudan alt ceza uygulaması yaparak aylıktan kesme cezası vermesi veya disiplin kurulu kademe ilerlemesinin durdurulması cezası verdikten sonra disiplin amirinin alt ceza uygulaması yaparak aylıktan kesme cezası vermesi mümkün değildir²⁰⁷.

3.4.4.1.2. Haksız tahrik

Disiplin cezalarının verilmesinde haksız tahrik indirimi mümkündür. Haksız tahrike ve konuya ilişkin yargı kararlarına disiplin suçlarıyla adli suçların karşılaştırıldığı Birinci Bölümde değinilmiş olduğundan burada tekrar edilmemiştir.

verildiği halde, şahsi dosyasının incelenmesinden geçmiş hizmetleri ve sicilleri olumlu olduğu anlaşılan davacı hakkında da anılan madde hükmü uygulanarak bir alt ceza verilmesi gerekirken, aksi yolda hareket edilerek davacının bu hükümden yararlandırılmaması eşitlik ilkesine aykırı görülmüştür” (D10D, 18.2.1988, E.1987/932, K.1988/242, DD, S.72-73, 1989, s.648); “Davacıya verilen disiplin cezasının, ceza verilmesine sebep olan fiilin oluş biçimi, samimi ikrar ve ifadeleri, geçmiş hizmetleri sırasındaki çalışmalarının olumlu olup olmadığı ve sicilleri değerlendirilerek daha alt bir cezanın verilip verilmeyeceği hususu dikkate alınmaksızın davanın reddine ilişkin idare mahkemesi kararında hukuka uyarlık bulunmamaktadır” (D8D, 25.11.1996, E.1994/7699, K.1996/3386, DD, S.93, 1997, s.415).

²⁰⁴ **SAĞLAM**, agt, s.230; **KAYA**, agm, s.73; “657 SK’nın ‘disiplin cezaları’ başlıklı 125. maddesinde cezalar, ağırlık derecesine göre, uyarma, knama, aylıktan kesme, kademe ilerlemesinin durdurulması ve memurluktan çıkarma olarak sıralanmıştır. Bir alt ceza, disiplin cezası olarak memurun fiiline uyan cezanın alt sınırı olmayıp, 657 SK’daki sıralamaya göre bir derece hafif olan cezadır” (D8D, 30.9.1996, E.1994/7701, K.1996/2345, DD, S.93, 1997, s.419); “Bir alt cezadan kastedilenin bir önceki maddede düzenlenen ceza olduğu, aynı madde kapsamında alt ceza değerlendirilmesi yapılamayacağı” (D12D, 28.11.2002, E.2000/3935, K.2002/3875, DBİM).

²⁰⁵ **ASLAN**, age, s.54.

²⁰⁶ “Davacı hakkında üzerine atılı fiil sebebiyle yapılan soruşturma sonucu davacıya önerilen cezanın, kamu görevinden çıkarma cezası olduğu ve alt cezanın verilmesi konusundaki takdir yetkisinin de bu cezayı verebilecek kurula ait olduğu” (D8D, 14.5.2007, E.2006/2832, K.2007/2860, DBİM).

²⁰⁷ “Soruşturmacı tarafından, davacının kademe ilerlemesinin durdurulması cezası ile cezalandırılması; ancak, sicilleri olumlu olması sebebiyle aylıktan kesme cezası ile cezalandırılması teklifi üzerine, yetkili disiplin kurulunca alt cezaya dönüştürülmesinden sonra, disiplin amirince aylıktan kesme cezası verilebileceği; davacıya, doğrudan bakan tarafından verilen aylıktan kesme cezasının yetki ve şekil yönünden hukuka aykırı olduğu” (D12D, 31.10.2002, E.2000/1641, K.2002/3345, DBİM); “657 SK’nın 126. maddesi uyarınca kademe ilerlemesinin durdurulması cezasının, kurumun yetkili disiplin kurulu kararı alındıktan sonra kişinin geçmiş sicil durumu değerlendirilerek bir alt ceza olan aylıktan kesme cezasının verilmesinin gerektiği, disiplin kurulu kararı olmaksızın disiplin amirince bir alt ceza olan aylıktan kesme cezası verilemeyeceği” (D12D, 24.10.2002, E.2000/194, K.2003/3189, DBİM).

3.4.4.1.3. Takdiri indirim

477 SK’da düzenlenen suçlarda, 63. maddesindeki ve AsCK’nın 44. maddesindeki atıflar sebebiyle TCK’nun 62. maddesinde düzenlenen “*takdiri indirim*” uygulanmaktadır. TCK’nın 62. maddesine göre, fail yararına cezayı hafifletecek takdiri nedenlerin varlığı halinde cezaların altıda biri indirilerek ceza verilir. Takdiri indirim sebebi olarak, failin geçmişi, sosyal ilişkileri, fiilden sonraki ve yargılama sürecindeki davranışları, cezanın failin geleceği üzerindeki olası etkileri gibi hususlar göz önünde bulundurulabilir. Takdiri indirim nedenleri kararda gösterilir.

477 SK’da düzenlenen disiplin suçlardan dolayı verilebilecek ceza göz hapsidir. Dolayısıyla disiplin mahkemesi tarafından belirlenen ceza üzerinden 1/6 oranında indirim yapılacaktır. Alt ceza uygulamasında bir alt ceza uygulanırken, takdiri indirimde suçun karşılığı olan cezanın miktarında indirim yapılmaktadır.

3.4.4.2. Ağırlaştırıcı nedenler

Disiplin cezalarının belirlenmesinde uygulanabilecek kanuni ağırlatıcı nedenler konusunda 477 SK ve 657 SK’da düzenlemeler bulunduğu ayrı ayrı inceleyeceğiz.

3.4.4.2.1. Disiplin Mahkemeleri Kanununda düzenlenen disiplin suçlarında

477 SK’nın 50. maddesinde; “*Görev yerinden kaçanlardan altı gün içinde kendiliğinden gelenler on günden bir aya kadar oda hapsi cezası ile cezalandırılır....Bu eylem...mükerrer olarak işlenmiş ise yirmi günden iki aya kadar oda hapsi cezası verilir*” şeklinde düzenleme yapılmıştır. Ancak tekerrürden dolayı cezanın arttırılabilmesi için hangi şartların bulunması gerektiği konusunda 477 SK’da düzenleme yoktur. 477 SK’nın 63. maddesindeki atıf nedeniyle AsCK’nın 42. maddesinde tekerrür için aranan şartların 477 SK’da düzenlenen suçlar açısından da geçerli olduğu söylenebilir. Ancak TCK’nun 5. maddesinde yer alan; “*Bu Kanunun genel hükümleri, özel ceza kanunları ve ceza içeren kanunlardaki suçlar hakkında da uygulanır*” düzenlemesi karşısında tekerrür konusunda özel düzenleme içeren AsCK’nın 42. maddesinin uygulanma kabiliyeti bulunmamaktadır.

765 sayılı TCK’da suç davranışlarının tekrarı cezayı artırıcı bir sebep sayılmaktaydı. 5237 sayılı TCK’nın 58. maddesinde²⁰⁸ ise; “*Önceden işlenen suçtan dolayı verilen hüküm kesinleştikten sonra yeni bir suçun işlenmesi halinde, tekerrür hükümleri uygulanır. Bunun için*

²⁰⁸ TCK’nın 58. maddesinin gerekçesinde, “*Kişinin daha önce işlediği suç nedeniyle belli bir cezaya mahkûm edilmiş olmasına rağmen suç işlemede gösterdiği kararlılıkla toplum açısından tehlikeliliğini ifade eden tekerrür, kişi hakkında hükmolunan cezanın infazı sırasında dikkate alınacak bir neden ve hatta infazdan sonra denetimli serbestlik tedbiri uygulanmasının nedeni olarak görülmüştür. Bu nedenle, tekerrür dolayısıyla kişinin cezasında artırma yapan sistemden vazgeçilmiştir*” denilmiştir. (ÖZGENÇ, Şerh, s.699).

cezanın infaz edilmiş olması gerekmez” şeklinde belirtilen tekerrür, infaz aşamasında göz önüne alınabilecek bir durum olarak düzenlenmiştir. Ayrıca, tekerrürün uygulanabilmesi için önceki cezanın infazı gerekmemektedir²⁰⁹. Bu durumda 477 SK’nın 50. maddesindeki tekerrür hükmü nedeniyle cezanın arttırılarak verilmesi mümkün değildir. Ayrıca 477 SK’nın 63/2. maddesinde; “*Bu Kanunda açıkça belirtilmediği sürece, 5275 sayılı Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanun hükümleri, disiplin suç ve cezaları hakkında uygulanmaz*” düzenlemesi bulunduğundan 477 SK’da düzenlenen disiplin suçlarında tekerrür nedeniyle cezanın arttırılması ve farklı infazı mümkün değildir. Bu durumda disiplin mahkemesi temel cezayı belirlerken alt sınırdan uzaklaşabilir. Örneğin 477 SK’nın 50. maddesinde düzenlenen “*kısa süreli kaçma*” suçunun cezası 10 günden 1 aya kadardır. Fail mükerrer ise, takdiren 20 gün ceza verilebilir.

AsCK’nın 51. maddesinde askeri suçlarda uygulanabilecek genel bir ağırlatıcı sebep düzenlemiştir²¹⁰. ERMAN tarafından 477 SK’nın 63. maddesi uyarınca, AsCK’nın 51. maddesinde düzenlenen genel ağırlatıcı nedenlerin disiplin suçlarında da uygulanabileceği savunulmaktadır²¹¹. Ancak, Askeri Yargıtay’a göre, bu mümkün değildir²¹².

477 SK’nın 41. maddesinin 4. fıkrasında, Kanunda düzenlenen tüm disiplin suçları hakkında uygulanabilen genel bir ağırlatıcı neden düzenlenmiştir. Buna göre seferberlik ve savaş halinde verilecek cezalar üçte birden az olmamak üzere bir katına kadar arttırılır.

3.4.4.2.2. Devlet Memurları Kanununda düzenlenen disiplin suçlarında

Ceza hukukunda suç oluşturan davranışların bir kez işlenmesi ile birden fazla işlenmesi arasında fark gözetilmekte ve suç davranışlarının tekrarı cezayı artırıcı bir sebep sayılmaktadır. Bu durum suç işleme eğiliminde olan kimselerin sosyal bakımdan daha fazla cezalandırılması gereğinin ceza hukukuna yansımaları oluşturmaktadır. Suç oluşturan davranışların tekrarı (tekerrürü) 765 sayılı TCK’da cezayı artırıcı bir sebep sayılmaktaydı²¹³. 5237 sayılı TCK’nın 58. maddesinde düzenlenen tekerrür sisteminde ise, infaz aşamasında göz önüne alınabilecek bir durum olarak düzenlenmiştir.

²⁰⁹ TCK’nın 58. maddesinde düzenlenen tekerrürün niteliği ve şartları konusunda bkz. ÖZGENÇ, Şerh, s.699-704.

²¹⁰ “*Bu kanunda hususi bir hüküm tayin edilmemiş oldukça aşağıdaki haller her halde cezanın arttırılmasını muciptir: A) Madunlarla birlikte bir suçu yapmak veya madunların bir suçuna iştirak etmek; B) Suç silahın veya resmi nüfuz ve selahiyetin suistimali suretiyle hizmetin ifası esnasında yapılmak; C) Suç müteaddit şahıslar tarafından toplu olarak veya herkesin gözü önünde birlikte işlenmek*” (AsCK m.51).

²¹¹ ERMAN, age, s. 207.

²¹² “*AsCK’nın 50. maddesinde kullanılan ‘Bu Kanunda’ deyimine dayanarak 477 SK’da yer alan disiplin cezalarının AsCK’nın 51. maddesinde öngörülen nedenlerle arttırılamayacağı*” (As.Yrgt.3.D, 30.01.1968, E.101, K.108, LÜLECİ/ÖZBAKAN, age, C.III, s.1227).

²¹³ 765 sayılı TCK döneminde ceza hukukunda tekerrür uygulaması hakkında geniş bilgi için bkz. GÜNAY, Erhan; Cezada Tekerrür Uygulaması, Ankara 1996.

657 SK'da tekerrür hali dışında başka bir genel ağırlaştırıcı sebebe yer verilmemiştir. Tekerrürü düzenleyen 125. maddesinin 2. fıkrasında; *“Disiplin cezası verilmesine sebep olmuş bir fiil veya halin cezaların sicilden silinmesine ilişkin süre içinde tekerrüründe bir derece ağır ceza uygulanır. Aynı derecede cezayı gerektiren fakat ayrı fiil veya haller sebebiyle verilen disiplin cezalarının üçüncü uygulamasında bir derece ağır ceza verilir”* hükmü öngörülmüştür.

İşlenen sonraki suçun önceki suça göre farklı cinsten olması halinde genel tekerrürden, önceki suçla aynı cinsten olması halinde ise özel tekerrürden söz edilmektedir. Buna göre 657 SK'nın 125/2. maddesinin birinci cümlesinde özel tekerrür, ikinci cümlesinde ise genel tekerrür hali düzenlenmiştir. Her iki tekerrür halini ve uygulamasını inceleyelim.

3.4.4.2.1. Özel tekerrür

657 SK'nın 125. maddenin ilk cümlesinde düzenlenen özel tekerrür halinin oluşması için disiplin cezası verilmesine sebep olmuş bir fiil veya halin, cezaların sicilden silinmesi süresi içinde tekrar işlenmesi gerekmektedir. Bu düzenlemeye göre, özel tekerrür halinin oluşabilmesi için önceki fiil ile sonraki fiilin aynı nitelikte olması gerekmektedir²¹⁴. Dolayısıyla öncelikle her iki fiilin de aynı cezayı gerektirmesi gerekir²¹⁵. Ayrıca aynı cezayı gerektiren fiilin aynı suç niteliğinde olması gerekir. Örneğin göreviyle ilgili çıkar sağlamak suçundan dolayı daha önce 125/D-c. maddesine göre cezalandırılmış olan bir memurun, bu kez yine kademe ilerlemesinin durdurulması cezasını gerektiren ancak 125/D-k maddesine göre cezalandırılmasını gerektiren gizli bilgileri açıklama yasağını ihlal etmesi durumunda aynı fiili işleme şartı gerçekleşmemiş olduğundan özel tekerrür hükmü uygulanamayacaktır²¹⁶. Ancak aynı nitelikte olmayı fiillerin ayniyeti (tıpatıplığı/özdeşliği) olarak anlamamalıdır²¹⁷. Örneğin, 657 SK'nın 125/D-c. maddesinde, *“görevi ile ilgili olarak her ne şekilde olursa olsun çıkar sağlamak”* kademe ilerlemesinin durdurulmasını gerektiren bir suçtur. Bu suç farklı hareketlerle işlenebilir. Dolayısıyla bu madde kapsamına giren tüm hareketler tekerrür bakımından aynı nitelikte sayılacaktır.

²¹⁴ “Mesaiye gelmemesi nedeniyle 4 kez kademe ilerlemesinin durdurulması cezalarıyla cezalandırılan davacının yine 8 gün süreyle ve kesintisiz olarak mesaiye gelmemesi nedeniyle hakkında 657 SK'nın 125. maddesinin tekerrüre ilişkin hükümleri uygulanarak bir üst disiplin cezası olan Devlet memurluğundan çıkarılma cezası ile cezalandırılmasında hukuka aykırılık bulunmamaktadır” (AYİM, 3.D.23.12.2004, E.326, K.1368, AYİMD, S.20, 2005, s.533-536).

²¹⁵ Nitekim Danıştay kademe ilerlemesinin durdurulması cezasını gerektiren 3 gün göreve gelmeme fiili ile kınama cezasını gerektiren 1 gün göreve gelmeme fiilini tekerrür uygulamasında aynı mahiyette fiiller olarak kabul etmemiştir (D3D, 15.4.1982, E.1554, K.922, DBİM).

²¹⁶ “Yukarıda hükmü yazılı madde uyarınca, tekerrürden söz edilebilmesi için daha önce disiplin cezası verilmesine sebep olan fiil veya halin, cezaların sicilden silinmesine ilişkin süre içinde tekrarlanması gerekmektedir. Olayda ise davacıya kınama cezası verilmesine sebep olan fiil ile uzun süreli durdurma cezasını gerektirdiği belirtilen fiili farklı olduğundan tekerrürden söz etmeye olanak bulunmamaktadır” (D10D, 28.5.1985, E.1984/981, K.1985/1121, ÜNLÜ, Ahmet Hamdi; İçtihatlı Devlet Memurları Kanunu, Ankara 1998, s.831).

²¹⁷ LİVANELİOĞLU, age, s.45.

Özel tekerrürün uygulanabilmesi için, aynı konuda daha önce alınan cezanın sicilden silinme süresi içinde tekrar işlenmesi gerekmektedir. Disiplin cezalarının sicilden silinme süreleri ise, 657 SK'nın 133. maddesinde düzenlenmiştir. Buna göre, uyarma ve kınama cezalarının uygulanmasından itibaren 5 sene, aylıktan kesme ve kademe ilerlemesinin durdurulması cezası bakımından 10 sene geçtikten sonra yetkili amire başvurularak, verilmiş olan cezaların sicil dosyasından silinmesi istenebilecektir. Memurun belirtilen süre içindeki davranışları bu isteğini haklı kılacak nitelikte görülürse (kademe ilerlemesinin durdurulması cezasında yetkili disiplin kurulunun da görüşü alınarak), isteğinin yerine getirilmesine karar verilecek ve bu karar memurun sicil dosyasına konulacaktır. Devlet memurluğundan çıkarma cezasında ise cezanın sicilden silinmesi kabul edilmemiştir. Tekerrürün uygulanabilmesi için, işlenen yeni fiilin anılan süreler içinde olup olmamasına bakılacaktır. Söz konusu sürelerin geçmesine rağmen yetkili amirin disiplin cezasının silinmesi isteğini kabul etmemesi tekerrür bakımından önem taşımayacaktır. Yani sürelerin salt geçmiş olması tekerrür uygulamasını engellemek bakımından yeterli olacaktır²¹⁸.

Önceki cezanın hangi tarihten itibaren tekerrüre esas alınacağı hususu ise tartışmalıdır. Çünkü cezanın verildiği, tebliğ edildiği ve kesinleştiği tarihler farklı olduğundan, hangisinin esas alınacağı önemlidir. Bu konuda genellikle kabul edilen önceki cezanın kesinleştiği tarihin esas alınmasıdır²¹⁹. Ancak, disiplin cezalarında kesinleşme adli cezaların kesinleşmesinden farklıdır. Zira bazı cezalar yargı denetimine kapalıdır. Bu durumda disiplin cezasının kesinleşmesi, itiraz sürecinden geçmiş olması şeklinde anlaşılırsa sorunlar çıkaracağından uygulama imkânı olmayacaktır²²⁰.

İdari işlemlerin kesinliği işlemlerin uygulanmaya hazır, tamamlanmış nitelikte olmalarını anlatır. Bunun yanında kanunlarda yer alan “*kesinlik*” kavramının idari işleme karşı denetim yollarının kaldırılması anlamında da kullanılması söz konusu olabilmektedir²²¹. 657 SK'nın 132. maddesinde, disiplin cezalarının verildiği tarihten itibaren hüküm ifade edeceği ve derhal uygulanacağı belirtilmiştir. Kanunun 135. maddesinin 1. fıkrasında, uyarma ve kınama cezalarına karşı itiraz edilebileceği, 2. fıkrasında da, aylıktan kesme, kademe ilerlemesinin durdurulması ve Devlet memurluğundan çıkarma cezalarına karşı yargı yolunun açık olduğu öngörülmüştür. 136. maddesinin 1 ve 2. fıkralarında itiraz süresine ve itiraz hakkında karar vermeye ilişkin hususlar düzenlenmiş, 3. fıkrasında ise itiraz edilmeyen kararlar ile itiraz üzerine verilen kararların kesin olduğu ve bu kararlar aleyhine idari yargı yoluna başvurulamayacağı

²¹⁸ SAĞLAM, agt, s.211.

²¹⁹ PINAR, age, s.1197; LİVANELİOĞLU, age, s.44-45; ASLAN, age, s.51; DİLEK, age, s.40.

²²⁰ SAĞLAM, agt, s.211.

²²¹ ERKUT, age, s.120.

hükme bağlanmıştır. Bu düzenleme karşısında 132/1. maddede her hangi bir ayırım yapılmadan bütün disiplin cezalarının verildiği andan itibaren hüküm ifade edeceği ve derhal uygulanacağı belirtilerek bu işlemlerin tesis edildikleri anda uygulanabilir nitelikte işlemler olduğu, yani kesinlik niteliği taşıdıkları kabul edilmiştir. 136. maddede geçen “*kesinlik*” kavramı ise, yargı yolunun kapalı olmasını ifade etmek için kullanılmıştır. Sonuç olarak, disiplin cezalarının tekrreğe esas alınmasında, “*cezaların kesinleşmesi*” gibi, disiplin cezaları yönünden ne anlama geldiği tartışılabilir bir ölçüt yerine, cezaların ilgililere tebliğ edildiği tarihin esas alınması en doğru yaklaşım olacaktır²²².

3.4.4.2.2.1. Genel tekerrür

657 SK’nın 125/2. maddesinde, aynı fiil ve haller nedeniyle verilen disiplin cezalarının üçüncü uygulamasında bir derece ağır olan cezanın verileceği belirtilerek genel tekerrür durumu düzenlenmiştir. Genel tekerrür uygulamasında özel tekerrürden farklı olarak aynı cezayı gerektiren fakat mahiyeti farklı olan fiilin üçüncü kez işlenmesi şartı aranmaktadır²²³. Örneğin, daha önce farklı fiillerine dayanarak iki kez uyarma cezası verildikten sonra yine bir farklı fiil nedeniyle aynı cezayı haketmekte olan bir memura genel tekerrür hükmü gereği artık bir derece ağır ceza olan kınama cezasının verilmesi gerekecektir²²⁴.

657 SK’nın 125/2. maddesinde özel tekerrür için, ikinci fiilin cezaların sicilden silinmesine ilişkin süre içinde işlenmesi şartı arandığı halde, genel tekerrür bakımından böyle bir şart aranmamıştır. Bu nedenle genel tekerrür uygulanmasında her hangi bir süre söz konusu değildir²²⁵.

657 SK’nın 125/5. maddesinde; “*Öğrenim durumları nedeniyle yükselebilecekleri kadroların son kademelerinde bulunan Devlet memurlarının, kademe ilerlemesinin durdurulması cezasının verilmesini gerektiren hallerde, brüt aylıklarının 1/4’ü - 1/2’si kesilir ve tekerrüründe görevlerine son verilir*” şeklinde düzenlemeyle, kademe ilerlemesinin durdurulması cezası bakımından genel tekerrre benzeyen bir tekerrür düzenlemesi daha

²²² SAĞLAM, agt, s.213; Yazarın da haklı olarak belirttiği gibi 657 SK’nın 132/1. maddesinde yer alan, disiplin cezalarının verildiği tarihten itibaren hüküm ifade edeceği şeklindeki kural uyarınca, tekerrür süresinin disiplin cezası işleminin tesis edildiği anda başlaması gerektiği düşünülebilirse de, kendisine tebligat yapılmayan ve bu nedenle henüz ceza verilip verilmediğini bilmeyen bir kimse hakkında tekerrür uygulamasını başlatmak tekerrür müessesesinin amacına ters bir uygulama oluşturacaktır.

²²³ “Aynı derecede cezayı gerektiren ayrı fiil ve haller sebebiyle verilen disiplin cezalarının, üçüncü uygulamasında bir derece ağır ceza verilebilecek olup; önceki cezaya konu fiil ile bu davaya konu fiilin ayrı fiiller olması sebebiyle, davacı hakkında tekerrür hükmü uygulanarak verilen aylıktan kesme cezasında hukuki isabet bulunmadığı” (D12D, 19.4.2006, E.2003/1513, K.2006/1549, DBİM).

²²⁴ LİVANELİOĞLU, genel tekerrre esas alma bakımından önceki iki cezanın farklı zamanlarda alınmış olmasından bahsetmekte ise de (LİVANELİOĞLU, age, s.45), iki ayrı fiile dayalı olan aynı cinsten iki cezanın aynı günde de uygulanmış olsa, aynı cezayı gerektiren üçüncü fiilin işlenmesi durumunda genel tekerrür uygulaması yapmak gerekir (SAĞLAM, agt, s.214, dn.110).

²²⁵ LİVANELİOĞLU, age, s.45.

öngörülmüştür. Bu düzenlemeye göre, bir kez kademe ilerlemesinin durdurulması cezası almış olan ancak yükselebileceği kadronun son kademesinde olması sebebiyle bu ceza yerine brüt aylığından kesinti yapılmış olan bir memurun yine kademe ilerlemesinin durdurulması cezasını gerektiren bir suç işlemesi halinde bir derece ağır olan Devlet memurluğundan çıkarma cezasıyla cezalandırılması gerekecektir.

3.4.4.2.2.3. Tekerrüre ilişkin ortak hususlar

657 SK'nın 125/2. maddesinde, her iki tekerrürden dolayı uygulanma şartlarının oluşması halinde verilecek yeni cezanın “*bir derece ağır ceza*” olduğu belirtilmiştir. Bir derece ağır ceza, nitelik olarak bir üstte yer alan cezadır²²⁶. Örneğin, uyarma cezasına göre kınama, kınama cezasına göre aylıktan kesme bir derece ağır cezadır.

Tekerrür hükmü nedeniyle cezası ağırlaştırılmış olan bir memurun, bu ağırlaştırmadan sonra aynı fiili tekrar işlemesi durumunda tekerrür uygulaması ağırlaştırılmış cezaya göre değil, tekrar ilk cezaya göre belirlenmelidir²²⁷. Aksi bir düşünce²²⁸, uyarma cezası gerektiren basit fiilleri nedeniyle bir memurun Devlet memurluğundan çıkarılması gibi 657 SK'nın 125/3. maddesindeki düzenlemenin amacını aşan ve memur güvencesine aykırı sonuçlara yol açar.

Tekerrür konusunda tartışılan bir diğer husus ise, affa uğramış olan disiplin cezalarının tekerrüre esas alınıp alınmayacağı konusudur. AYİM tekerrüre esas alınamayacağı

²²⁶ “Davacının ‘mesaiye geç gelmek’ suçundan dolayı aldığı son cezanın ‘uyarı’ cezası olduğu dikkate alındığında, ikinci suçundan dolayı uygulanması gereken cezanın 657 SK’nın 125/1. maddesinin (B) bendi gereğince ‘Kınama’ cezası olması gerekirken aynı fıkranın (C) bendi gereğince aylıktan kesme cezasının verildiği, bu yönüyle cezalandırma işleminin hukuka aykırı olduğu sonuç ve kanaatine varılmıştır” (AYİM, 2.D.12.12.2007, E.443, K.1043, AYİMD, S.23, 2008, s.492-496).

²²⁷ “Bir fiilin tekrarı halinde bir derece ağır ceza uygulanmaktadır. Dava konusu olayda ise tekerrür değil, fiilin idarece iddia edildiği üzere üçüncü kez yapılması söz konusudur. Üstelik davacı hakkında bu madde uygulanmış ve davacının tekerrür sebebiyle görevine son verilmiştir. Bu durumda davacının fiilini üçüncü kez aynı disiplin suçunun işlendiğinden bahisle tekerrür hükmü ikinci kez uygulanmak suretiyle işlem tesisi mevzuata uygun bulunmamaktadır” (D10D, 19.12.1990, E.1989/314, K.1990/3069, DD, S.82-83,1991, s.983).

²²⁸ “Davacı mazeretsiz olarak mesaiye gelmemek fiillerini alışkanlık haline getirmiş olup kendisine uyarma, kınama, aylıktan kesme cezaları uygulanmasına rağmen aynı fiili sürdürmesi sebebiyle ilk önce 657 SK’nın 125. maddesi (D) fıkrası (b) bendi gereğince ‘3 yıl bulunduğu kademedeki ilerlemesinin durdurulmasına’ karar verilmiş, daha sonra aradan bir yıl geçmesine rağmen tekrar aynı fiili işlediğinden yüksek disiplin kurulunca 657 SK’nın 125. maddesi (E) fıkrası (k) bendinden sonraki fıkrası uyarınca bir derece ağır ceza olan ‘Devlet memurluğundan çıkarma’ cezası uygulanmıştır. Davacı hakkında tesis edilen bu işlemde herhangi bir hukuka aykırılık görülmemiştir” (AYİM, 1.D.11.4.1995, E.1994/854, K.1995/427, AYİMD, S.10, 1996, s.544-546); “Davacının daha önce işlemiş olduğu mesaiye geç gelme suçundan dolayı verilen cezaların davacı aynı suçu tekrar işlediğinde 657 SK’nın 125. maddesinin 2. fıkrası gereğince bir üst ceza uygulanması gerekirken uygulanmadığı dolayısıyla davacının ‘mesaiye geç gelmek’ suçundan dolayı aldığı son cezanın ‘uyarı’ cezası olduğu dikkate alındığında bu suçundan dolayı uygulanması gereken cezanın 657 SK’nın 125/1. maddesinin (B) bendi gereğince ‘Kınama’ cezası olması gerektiği” şeklindeki kararından (AYİM, 2.D.12.12.2007, E.443, K.1043, AYİMD, S.23, 2008, s.492-496) AYİM’in, daha önce kınama cezası verilseydi, üçüncü seferde aylıktan kesme cezası verilebileceği görüşünde olduğu anlaşılmaktadır.

görüştüğüdür²²⁹. Danıştay ise, tekerrüre esas alınan hususun ceza değil, fiil olduğu gerekçesiyle disiplin cezası af kanunu ile ortadan kalksa bile tekerrür bakımından etkisini sürdüreceğini kabul etmektedir²³⁰. Ancak bu kabul, genel af müessesesi ve affin sonuçlarıyla bağdaşmamaktadır²³¹.

Fiile karşılık gelen ceza yerine, geçmiş sicillerin iyi olması veya başka hafifletici nedenlerle alt ceza uygulandığı durumlarda tekerrüre esas alınacak cezanın uygulanan ceza değil, fiile karşılık gelen ceza olması gerekir²³². Çünkü 657 SK'nın 125/2. maddesinde tekerrüre ilişkin olarak, ceza verilmesine sebep olmuş fiil veya halden söz edilmektedir. Alt ceza uygulamasında ise, fiile ilişkin nedenler değil, faile ilişkin nedenler göz önünde tutulmaktadır. Dolayısıyla alt ceza uygulandığı durumlarda tekerrür bakımından uygulanan alt cezanın değil, fiile uyan cezanın esas alınması yerinde bir uygulama olacaktır²³³.

3.4.5. Disiplin Cezası Verilmesinde Gözetilmesi Gereken Diğer İlkeler

Buraya kadar yaptığımız açıklamalarda, disiplin soruşturması ve disiplin cezası verilmesi konusunda genel olarak mevzuatta yer alan kurallara ve bunların uygulamaya yansımalarına değindik. Ancak, belirtilen bu kuralların yanında, disiplin soruşturması ve disiplin cezalarının verilmesi aşamasında göz önüne alınması gereken başka ilkeler de vardır. Bu ilkelerin çoğunluğu ceza hukuku ve ceza muhakeme hukuku alanından mevzuatla veya içtihatla aktarılmış olan bazı ilkelerdir²³⁴. Şimdi disiplin cezası verilmesinde dikkate alınması gereken önemli ilkeleri inceleyelim.

3.4.5.1. Kanunsuz suç ve ceza olmaması

Ceza hukukunda mutlak olarak uygulanan kanunsuz suç ve ceza olmaz ilkesi, disiplin suç ve cezalarının düzenlenmesi ve uygulanmasında da gözetilmesi gerekli bir ilkedir. Bu ilke gereği, önceden kanunlarla disiplin suçu olarak düzenlenmeyen fiiller, fiil yapıldıktan sonra

²²⁹ “Disiplin affı kanunu ile bütün sonuçları ile affedilen ve hükümsüz kalarak dosyasından çıkartılması gereken bir disiplin cezasının tekerrüre esas alınmayacağı, TSKDY'nin 13. madde, 4 numaralı bent, (b) alt bendi uyarınca kademe ilerlemesinin durdurulması disiplin cezası verilebilecek iken, özel Kanun ile tüm sonuçları ile affedilen ve hükümsüz kılınan önceki bir disiplin suçunun tekerrüre esas kabul edilip, bir derece ağır ceza olan Devlet memurluğundan çıkarılma cezası verilerek tesis edilen işlem, sebep ve konu yönlerinden hukuka aykırıdır” (AYİM, 2.D.21.3.2007, E.83, K.272, AYİMD, S.23, 2008, s.474-482).

²³⁰ “Davacı hakkında verilen cezalar, 4455 SK'nın 1. maddesiyle affa uğramış ve bu cezalar ortadan kalkmış olmakla birlikte 657 SK'nın 125. maddesinde ‘cezaların tekerrüründen’ değil, disiplin cezalarının verilmesine sebep olmuş bir ‘fiil veya halin’ tekerrürü halinden bahsedilmiş olup, bu nedenle söz konusu fiil ve haller mevcut iken, bu fiil ve haller sebebiyle verilen disiplin cezalarının affa uğramış olmasıyla ilgiliye tekerrür hükümlerinin uygulanamayacağı sonucuna varılmasına imkân bulunmamaktadır” (D12D, 8.11.2000, E.3109, K.3834, DBİM).

²³¹ SAĞLAM, agt, s.218.

²³² LİVANELİOĞLU, age, s.46.

²³³ SAĞLAM, agt, s.219.

²³⁴ KAYA, agm, s.63.

disiplin suçu haline getirilemez. Yine bu ilke gereği, herhangi bir disiplin suçuna, önceden kanunlarla belirlenmeyen bir disiplin cezası verilemez²³⁵.

İkinci Bölümde geniş olarak açıkladığımız gibi, bu ilke özellikle disiplin cezalarının belirlenmesi konusunda tam anlamıyla uygulama alanı bulmaktadır. Kanuni düzenlemede yer almayan bir disiplin cezasının uygulanması veya kanunda düzenlenen cezaların oranlarının değiştirilmesi mümkün değildir²³⁶. Ancak disiplin suçlarının düzenlenmesi konusunda, bu ilkeye tam olarak uyulduğu söylenemez. Özellikle yasama organı, disiplin suçlarını düzenleyen kanunları çıkarırken bu ilkeyi göz ardı etmektedir. Disiplin suçlarını kendisi belirleme yerine, bu görevi çoğu kez tüzük ve yönetmeliklere bırakmayı tercih etmektedir.

Hâlbuki disiplin suç ve cezaları Anayasa'nın 38. maddesi kapsamında olduğundan²³⁷, ancak kanunla düzenlenmesi gerekir. Disiplin suç ve cezalarının belirlenmesi için Hükümete KHK çıkarma yetkisi verilmesi yasama yetkisinin devri sonucunu doğurur²³⁸. İdarenin de kendiliğinden tüzük ve yönetmeliklerle disiplin suç ve cezalarını düzenlemesi yasama yetkisinin gaspı anlamına gelir. Sonuç olarak, kanunsuz suç ve ceza olmaz ilkesi gereğince, kanunlar öngörmedikçe, tüzük ve yönetmelik gibi idari düzenleyici işlemlerle disiplin suç ve cezaları düzenlenemez²³⁹.

Disiplin suç ve cezalarının uygulanmasında, kanunsuz suç ve ceza olmaz ilkesinin kapsamında olan geçmişe yürümezlik ilkesine de tam olarak uyulmaktadır²⁴⁰. Bir idari işlem olan disiplin cezası bütün idari işlemler gibi geleceğe yönelik olarak etki ve sonuç doğurur²⁴¹. Bu kapsamda disipline aykırı bir fiil işlendikten sonra aleyhe düzenlemeler getiren hükümler uygulanamazken, failin lehine düzenlemeler getiren hükümler uygulanır²⁴².

²³⁵ YILDIRIM, age, s.213.

²³⁶ KAYA, agm, s.63; "Yönetmeliğin disiplin bölümünde disiplin cezaları tanımlanmış, bu cezaların neler olduğu ve hangi hallerde uygulanacakları da maddelerde tek tek sayılmış bulunmaktadır. Bu maddelerde sayılan cezalar içinde 'müracaatı halinde bir daha kurum hizmetine alınmaması hususunda dosyasına not konulması' şeklinde herhangi bir ceza bulunmamaktadır. Kurumun personel yönetmeliğinde bulunmayan bir cezanın, disiplin cezası olarak davacıya uygulanmasına da olanak yoktur" (D10D, 13.6.1984, E.812, K.1269, DBİM).

²³⁷ Ay.Mah. 4.4.1991, E.1990/12, K.1991/7, AYMKD, S.27, C.1, s.239.

²³⁸ AKYILDIZ, agm, s.42.

²³⁹ YILDIRIM, Disiplin, s.208; D10D, 21.1.1986, E.1985/169, K.1986/31, DD, S.64-65, 1987, s.411.

²⁴⁰ "Meydana geldiği tarihte, hukukun öngördüğü koşullara uygun olarak yürürlüğe konulmuş bir disiplin yönetmeliği bulunmaması sebebiyle disiplin cezası uygulanmasına olanak bulunmayan fiilleri, sonradan yürürlüğe konulan bir disiplin yönetmeliği kapsamına alarak disiplin cezasına tabi tutmak hukukun genel ilkeleri ile bağdaşmaz" (D5D, 20.6.1993, E.1982/1131, K.1983/6098, DBİM).

²⁴¹ GÖZLER, age, s.640; KAYA, agm, s.68.

²⁴² KAYA, agm, s.70; D11D, 14.1.1999, E.1998/1189, K.1999/193, DD, S.101, 2000, s.802.

3.4.5.2. Ceza vermeye yetkili makam veya organların yetkilerinin belirlenmiş olması

Kişilerin hak ve özgürlüklerini güvence altına almak için, ceza vermeye yetkili makam veya organların yetkilerinin önceden belirlenmiş olması gerekir²⁴³. Disiplin suç ve cezalarının uygulanmasında da bu ilkeye uyulmaktadır.

Ceza muhakemesinde suçun ağırlığına göre mahkemelerin görevi belirlenmiştir. Bu doğrultuda disiplin suçlarının ağırlığına göre, yetkili makam ve kurullar belirlenmiştir. Örneğin AsCK'nın 162. maddesinde düzenlenen disiplin tecavüzlerine sadece disiplin amiri ceza vermektedir. Disiplin tecavüzleri, askeri disiplini bozan ve hiç bir ceza kanununda düzenlenmeyen fiillerdir. Nitelikleri itibariyle basit disiplin suçlarıdır. Ancak 477 SK'da düzenlenen disiplin suçları nitelikleri itibariyle daha fazla disiplin zafiyetine sebep olduklarından, bu suçlardan dolayı disiplin mahkemelerine de ceza verebilme yetkisi verilmiştir.

3.4.5.3. Kanunu bilmemenin mazeret sayılmaması

Ceza kanunlarını bilmemek mazeret sayılmaz (TCK m.4). Bu nedenle failin yaptığı fiilin hukuken kabul edilemez bir davranış olduğunu bilerek yapması, sorumlu tutulması için yeterlidir. Ayrıca işlediği fiilin kanunda suç olarak düzenlendiğini bilip bilmemesinin önemi yoktur. Burada “*kanun*” kavramından, şekli anlamda kanun değil, maddi anlamda kanun anlaşılması gerekir. Bu nedenle yayınlanmış olmaları şartıyla tüzük ve yönetmelik gibi düzenleyici işlemleri bilmemek de sorumluluktan kurtarmaz²⁴⁴.

Ceza hukukunda olduğu gibi, disiplin suç ve cezalarının uygulanmasında da kanunu bilmemek mazeret teşkil etmez²⁴⁵. Memurun, kendisiyle ilgili mevzuatta yer alan yükümlülük, sınırlama ve yaptırımları bilmesi memurluk görevinin gereğidir. Bu nedenle disiplin hukukunda TCK'nın 4. maddesine benzer bir hükme ihtiyaç yoktur²⁴⁶.

Kanunu bilmemenin mazeret sayılmaması ilkesi nedeniyle tüm kanunlar, tüzükler ve disipline ilişkin yönetmeliklerin Resmi Gazete'de yayınlanması zorunludur (3011 SK m.1).

²⁴³ YILDIRIM, Disiplin, s.209.

²⁴⁴ TAŞKIN, age, s.141.

²⁴⁵ KAYA, agm, s.68.

²⁴⁶ LİVANELİOĞLU, age, s.41.

Resmi Gazete’de yayınlanmayan bir yönetmeliğe göre disiplin cezası verilmesi mümkün değildir²⁴⁷.

3.4.5.4. Şüpheden sanığın yararlanması

Ceza muhakeme hukukunda sanığın mahkûm edilebilmesi için, isnat edilen fiilin sanık tarafından işlendiğinin kesin olarak ortaya konulması gerekir. Bir suçu sanığın işleyip işlemediği anlaşılamıyorsa veya suçun işlendiği kesin olarak kanıtlanamıyorsa sanık mahkûm edilemez. Ceza muhakeme hukukunda bu durum “*şüpheden sanık yararlanır ilkesi*” olarak ifade edilmektedir²⁴⁸. Bu ilkenin disiplin cezalarının verilmesinde de geçerli olduğu konusunda şüphe yoktur²⁴⁹.

3.4.5.5. Cezanın belirlenmesinde ölçülülük, objektiflik ve eşitlik

Ölçülülük ilkesi, özellikle temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılmasında başvuru bir ilkedir²⁵⁰. Özellikle Alman Anayasa Mahkemesi içtihatlarıyla geliştirilen bu ilkeye göre, bir özgürlüğe getirilen sınırlamanın geçerli olabilmesi için, başvuru aracın amacı gerçekleştirmeye “*elverişli*” olması, başvuru aracın sınırlama açısından “*gerekli/zorunlu*”

²⁴⁷ DİDDGK, 6.3.1992, E.1991/21, K.1992/57, DD, S.86, 1992, s.100; D8D, 10.11.1998, E.1996/866, K.1998/3623, DD, S.99, 1999, s.369-372.

²⁴⁸ KUNTER/YENİSEY, age, s.31; YÜCE, Tahlil, s.11.

²⁴⁹ AKYILMAZ, age, s.388; TAŞKIN, age, s.208; KAYA, agm, s.72; “Tutanakların incelenmesinden, davacıyı teşhis yönünden oldukça çelişkili ifadeler taşıdıkları, davacının bu kişilerden para talep edip aldığı hususunda kesin ve inandırıcı deliller bulunmadığı anlaşılmaktadır. Öte yandan, davacının cezalandırılmasına sebep olan olayın, şikayetçiler tarafından farklı anlatıldığı da saptanmaktadır. Bu durumda, üstüne atılı disiplin suçunu işlediği hiç bir şüpheye yer vermeyecek biçimde kesin olarak ortaya konmadan, çelişkili ifadeler dayanak alınarak davacının meslektan çıkarma cezası ile cezalandırılması yolundaki dava konusu işlemde hukuki isabet görülmemiştir” (D10D, 27.10.1987, E.1987/2015, K.1987/1721, DD, S.70-71, s.550); “Soyut iddialarla davacı hakkında tesis edilen meslektan çıkarma yolundaki işlemde mevzuata uyarlık bulunmamaktadır” (D10D, 17.12.1985, E.1985/1991, K.1985/2137, DBİM). “Topluca Cumhurbaşkanına telgraf çekerek yakınmada bulunduğu iddiası ile savunması alınmak suretiyle aylıktan kesme cezası verilen davacının, söz konusu telgrafi çektiğine ilişkin hiç bir kanıt gösterilmediğinden, verilen aylıktan kesme cezası sebep unsuru yönünden hukuka aykırı düşmüştür” (AYİM, 2.D.21.6.1995, E.1370, K.550, AYİMD, S.10, 1996, s.536-538. “Davacının isnat edilen fiili işlediğinin şikayetçinin tanık olarak gösterdiği iki kişi dışında soruşturma sırasında ifadesine başvuru altı kişiden hiçbirisince kabul edilmemesi sebebiyle sübuta ermediği sonucuna varılmaktadır. Bu durumda, davacının disiplin suçu sayılabilecek bir fiilde bulunduğunun objektif bir şekilde ortaya konulamamış olması sebebiyle tesis olunan işlemde hukuka uyarlık bulunmadığı” (D12D, 16.11.2005, E.2002/5920, K.2005/4029, DBİM).

²⁵⁰ Ülkemizde genellikle anayasa hukuku alanında temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılmasında yasama organının sınırlama yetkisinin bir sınırı olarak geniş bir uygulama alanı bulan ölçülülük ilkesinin, bu ilkenin geliştirildiği Almanya’da öncelikle idare hukuku alanında uygulama alanı bulduğu belirtilmektedir (YÜZBAŞIOĞLU, Necmi; Türk Anayasa Yargısında Anayasallık Bloku, İstanbul 1993, s.285). 1982 Anayasasının ilk halinde açıkça yer almamakla birlikte bazı Anayasa kurallarının yorumlanmasıyla Türk Anayasa Yargısında da temel hakların sınırlandırılmasında dikkate alınan ölçülülük ilkesi, 3.10.2001 günlü, 4709 sayılı Kanunun 2. maddesiyle yapılan değişiklikle 1982 Anayasasının 13. maddesine pozitif bir kural olarak eklenmiş bulunmaktadır. “Ölçülülük” ilkesi konusunda bkz. RUMPF, Christian (Çeviren; Zeynep DAVRAN); “Ölçülülük İlkesi ve Anayasa Yargısındaki İşlevi ve Niteliği”, AY, S.10, Ankara 1993, s.25-48; BATUM, Etkiler, s.258-264; YÜZBAŞIOĞLU, age, s.284-293.

bulunması, başvuru ile amaç arasında ölçüsüz bir “*oran*” bulunmaması gerekir²⁵¹.

Ölçülülük ilkesi, disiplin suç ve cezalarının uygulanmasında da geçerlidir²⁵². Bu yüzden failin fiili ile verilen disiplin cezası arasında adil bir denge olması gerekir²⁵³. Bu denge kurulurken, olayın oluş biçimi, failin suç kastının olup olmadığı, failin iradesi dışı etkenlerin fiilin meydana gelmesine etkisi gibi hususların göz önünde bulundurulması gerekmektedir²⁵⁴. Ancak suç ile ceza arasında bulunması gereken adil dengenin tespit edilmesinde objektif bir kıstas yoktur²⁵⁵. Bu bakımdan disiplin cezası verilirken her somut olayın kendine özgü özelliklerine bakılması gerekecektir²⁵⁶.

Disiplin cezası vermeye karar veren disiplin amiri, adalet ve tarafsızlık duygularıyla hareket etmelidir. Cezayı belirlerken adalet ve tarafsızlıktan ayrılması, genellikle disiplinin sağlanması yerine disiplini bozan daha ağır suçların işlenmesine yol açabilmektedir. Ayrıca verilecek cezanın bozulan disiplinin sağlanmasıyla orantılı belirlenmesi gerekir. Örneğin nöbette uyuyan bir kişiyle nöbet yerinde oturan kişiye aynı ceza verilmesi adil değildir.

²⁵¹ YÜZBAŞIOĞLU, age, s.286. Ölçülülük ilkesi konusunda Türk Anayasa Mahkemesi de aynı esasları benimsemiştir. Ay.Mah.23.6.1989, E.1988/50, K.1989/27, AYMKD, S.25, 1991, s.301.

²⁵² OĞURLU, Yücel; “İngiliz ve Türk İdare Hukuklarında İdari Faaliyetlerin Denetlenmesinde Ölçülülük İlkesinin Rolü Hakkında Bir Değerlendirme”, EHFD, C.IV, S.1-2, (Ölçülülük), s.166.

²⁵³ KAYA, agm, s.71; “Disiplin hukuku kapsamında belirli disiplinsizlik eylemleri nedeni ile verilen cezaların, münferit olarak hukuka aykırı olup olmaması ile, bu cezaların toplam etkisi ile bir kişinin belirli bir statüden çıkarılması etkisini, sebep sonuç ilişkisi açısından ölçülülük ilkesine göre değerlendirilmesi gerekmektedir. Bir günde işlediği iki disiplinsizlik eylemi (kopya çekmek, üste saygısızlık) nedeniyle tüm disiplin notunun dörtte üçünün kaybında ölçülülük ilkesine uyulmamıştır” (AYİM, 2.D.18.6.2008, E.2007/856, K.730, yayınlanmamıştır); “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 cezalandırılması gerekir. Kamu görevlisinin ‘Hak arama özgürlüğünü’ kullanarak disiplin cezasının iptali istemiyle dava açması durumunda yapılacak yargılamanın ‘Adil yargılanma’ ilkesine uygun bir şekilde yürütülebilmesi için ‘Fiilin ağırlığına göre cezalandırma’ ilkesinin disiplin cezası verilmesi aşamasında gözetilmesi zorunludur. Kamu görevlilerinin gerçekleştirdikleri fiillerin, 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 fiil ile buna karşılık verilecek ceza arasında adil bir dengenin olması, benzer hukuksal değerleri korumaya yönelik suçlar için öngörülen cezalar arasında mantıklı 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 ‘fiilin ağırlığına göre cezalandırma’, diğer bir deyişle ‘orantılılık’ ilkesi ihlal edilecektir” (D12D, 26.12.2006, E.2003/3174, K.2006/6690, DBİM); “Olayda, davacının kusurlu fiili sebebiyle disiplin cezası ile cezalandırılmasında hukuka aykırılık yok ise de, fiil ile verilen ceza arasında adil bir denge bulunması disiplin hukukunun gereğidir” (D8D, 25.11.1996, E.94/7699, K.96/3386 (ÜNLÜ, age, s.861). “Disiplin suçu ile verilen ceza arasında adil nisbet bulunmalı, verilen ceza nesafet (insaf) ilkelere aykırı olmamalıdır” (D5D, 27.2.1971, E.1970/490, K.1971/846, D5DK, s.342). Görüldüğü gibi Danıştay’ın ölçülülük ilkesiyle ilgili uygulaması daha çok bu ilkenin bir alt biçimi olan orantılılık ilkesinin uygulanması şeklindedir (OĞURLU, Ölçülülük, s.173).

²⁵⁴ D8D, 11.12.1997, E.1995/3680, K.1997/3928, DD, S.96, 1998, s.408.

²⁵⁵ SAĞLAM, agt, s.33.

²⁵⁶ “Davacının memuriyet safahatı ve özlük dosyası kapsamına göre, disiplin kurulunca, bozulan disiplinin tesisi ve cezanın etkinliği kıstasları gözetilerek tavan sınırdan (3 yıl) verilen kademe ilerlemesinin durdurulması disiplin cezasında takdir hakkını zedeleyecek herhangi bir zafiyet bulunmamaktadır” (AYİM, 1.D.5.11.1991, E.2410, K.2421, AYİMD, S.7, 1993, s.400-401).

Birinciye göre ikincinin daha az ve hafif bir disiplin cezasıyla cezalandırılması adaletin gereğidir. Yine birden çok kez birliğinden kaçıp yakalanarak gelen kişiyle, bir kez kısa süreli birliğinden ayrılıp geri dönen kişiye aynı cezanın verilmesi de adalete uygun olmayacaktır²⁵⁷.

Disiplin cezası verilirken objektiflikten ayrılmamak gerekir²⁵⁸. Bu yüzden disiplin suçunun işlenmesinden hemen sonra, disiplinin bozulması nedeniyle faile duyulan öfke halinde ceza verilmemesi gerekir. Aksi takdirde yanlış cezaların verilmesi söz konusu olabilir²⁵⁹.

Disiplin cezası verilmesinde objektifliğin sağlanması için disiplin suçundan zarar görmüş disiplin amirinin soruşturma yapmaması ve ceza vermemesi daha uygundur²⁶⁰. Yine objektifliğin sağlanabilmesi için soruşturmayı yapan kişinin itirazı inceleyecek veya karar verecek disiplin kurulunda görev almaması gerekir²⁶¹.

Disiplin cezalarının adalete uygunluğu, herkese eşit şekilde uygulanmasını da içerir. Aynı fiili işleyen, aynı konumda ve şartlarda bulunan herkese aynı cezanın verilmesi gerekir²⁶².

3.4.5.6. Statü dışında işlenen fiillere ceza verilememesi

Ceza hukukunda, ancak belirli sıfat veya nitelikleri taşıyan kimselerce işlenebilen suçlara “*mahsus suçlar*” denilmektedir. Bu suçların faili olabilmek için kanunun aradığı belirli sıfat ve niteliğin olması suçun unsuru veya önşartıdır. Kanunun aradığı belirli sıfat ve niteliği olmayanlar mahsus suçları doğrudan işleyemezler²⁶³.

Disiplin suçları, TSK’nın disiplin ve düzenini ihlal eden suçlardır. Henüz TSK’ya girilmeden önce veya TSK’dan herhangi bir şekilde ayrıldıktan sonra işlenen fiillerin TSK’nın disiplin ve düzenini ihlal etmesi söz konusu olamaz. Dolayısıyla, asker kişi statüsü kazanılmadan veya asker kişi statüsü sona erdikten sonra işlenmiş fiillerden dolayı disiplin cezası verilmesi mümkün değildir. Aksine davranış disiplin suç ve cezalarının

²⁵⁷ ÖZBAKAN, AsCK, s.407.

²⁵⁸ “Deniz Harp Okulu öğrencisi olan davacıya iki gün içerisinde verilen disiplin cezaları ile disiplin notunun tamamının kaybettirilmesi sonucu okuldan çıkarılması yolunda tesis edilen işlemde takdir hakkının objektif kullanıldığı söylenemeyeceğinden işlem hukuka aykırıdır” (AYİM, 2.D.24.11.1993, E.102, K.503, AYİMD, S.8, 1994, s.331-334).

²⁵⁹ ÖZBAKAN, AsCK, s.407.

²⁶⁰ “Olayın mağduru olan amirin soruşturmayı bizzat kendisinin yaptığı görülmektedir. Hâlbuki mağdur ilk amir ise 657 SK ve TSKDY’ne göre yapılması öngörülen soruşturmayı kendisinin yapmaması gerekir. Soruşturmayı yapacak kişinin tarafları dinleyecek, tanık ifadesine başvuracak ‘tarafsız’ ve olaya karışmamış bir kişi veya soruşturma kurulu olması gerekir. Bu husus hukukun genel bir kuralıdır. Mağdur ilk amir ise soruşturmayı daha üst amir yapacak veya başkasına yaptıracaktır” (AYİM, 2.D.12.12.1990, E.101, K.452, AYİMD, S.7, 1993, s.395-398).

²⁶¹ “Soruşturmacıların da katılımıyla oluşturulan disiplin kurulu kararlarının hukuka uyarlık taşımadığı” (D8D, 19.12.2006, E.1118, K.5246, DBİM).

²⁶² GÜNAL, agm, s.196; TAŞKIN, age, s.208; KAYA, agm, s.77.

²⁶³ DÖNMEZER/ERMAN, age, C.II, s.423.

amaç ve işlevine aykırılık oluşturur²⁶⁴.

AsCK'nın 187. maddesinde; “Bir cezalı ordudan ayrılırsa öncece verilen disiplin cezasının infazı veya ikmalî caiz değildir” şeklindeki düzenleme nedeniyle disiplin amirleri tarafından AsCK ve 477 SK’da düzenlenen disiplin suçlarından dolayı asker kişi statüsü sona eren kişilere disiplin cezası verilemez.

Statü dışında işlenen fiillere ceza verilememektedir. Acaba TSK’da çalışan Devlet memurlarının emeklilik, istifa vb. nedenlerle TSK’dan ayrılmaları durumunda, görevdeyken işledikleri 657 SK’da düzenlenen bir disiplin suçundan dolayı, disiplin cezası verilebilir mi?

Bu konuda iki görüş ileri sürülmektedir. Birinci görüş, kişi memur statüsünden ayrıldığına göre disiplin cezası verilemez²⁶⁵. Bu görüşe göre, disiplin soruşturması ile ilgili bilgi ve belgeler, kişinin özlük dosyasına konur. Kişi tekrar memur olursa, disiplin soruşturması kaldığı yerden işlemeye devam eder. İkinci görüşe göre ise, disiplin suçu işleyen ve daha sonra memurluktan ayrılan kişiye disiplin cezası verilebilir²⁶⁶. Zira her suç işlendiği andaki nedensellik bağına göre değerlendirilir. Disiplin suçu memurluk esnasında işlendiği için daha sonra memurluktan ayrılmak, disiplin suçu ile kişi arasındaki nedensellik bağı ortadan kaldırmaz²⁶⁷.

YILDIRIM’ın da haklı olarak belirttiği gibi, ikinci görüş benimsenirse, failin savunma hakkı kısıtlanabilir. Bu konuda birinci görüş daha isabetlidir. Zira disiplin suçları, statüden kaynaklanan ve TSK’nın disiplinini koruma amacıyla öngörülmüşlerdir. Disiplini bozan kişi TSK’dan ayrılmışsa, artık ona verilecek cezanın disiplinin sağlanmasına hiçbir katkısı olmayacaktır. Ancak, disiplin suçunun cezasından kurtulmak için TSK’dan ayrılıp daha sonra tekrar Devlet memurluğuna girmeleri durumunu önlemek için kanuni düzenleme yapılarak, bu durumun zamanaşımını durduran bir sebep olarak düzenlenmesi mümkündür. Böyle bir değişiklik olursa TSK’dan ayrılanlar hakkında açılmış disiplin soruşturmalarının delilleri muhafaza edilir. Tekrar Devlet memuru olduğunda disiplin kovuşturmasına devam edilebilir²⁶⁸.

²⁶⁴ “Davacının işlemiş olduğu suçların memuriyete girmeden önce işlenmiş bir fiil olması sebebiyle, disiplin hükümlerine istinaden görevden çıkartılmasında kanuni isabet bulunmamaktadır” (D10D, 31.5.1984, E.454, K.1175, DBİM); Aynı yönde D10D, 8.11.1988, E.1987/1714, K.1988/1831, DD, S.74-75, s.581.

²⁶⁵ GÖLCÜKLÜ, İdari, s.164.

²⁶⁶ KAYA, agm, s.62; D8D, 21.11.1997, E.5324, K.3368, DD, S.96, 1998, s.461-463.

²⁶⁷ ASLAN, age, s.57; “Bir memurun memuriyet statüsü devam ederken bir disiplin suçu işlemesi halinde, bu suçla ilgili bütün belgelerin sicil dosyasında bulunması gereklidir. Zira suç, memur iken işlenmiştir. Soruşturma sırasında herhangi bir nedenle o kişinin memuriyetten ayrılması, suçu işlediği andaki illiyet rabitasını ortadan kaldıramayacağı gibi, artık o kişinin memuriyet sıfatı kalmadığı gerekçesiyle, her suçta işlendiği andaki fiili ve hukuki duruma göre yürürlükte bulunan mevzuat hükümleri çerçevesinde ceza verilmesi gerektiği yolundaki hukuk kuralının uygulanmasını önlemez” (D3D, 27.1.1977, E.47, K.42, DD, S.28-29, 1978, s.116-120); Aynı yönde; D10D, 2.12.1985, E.1977, K.1635, DÜNDAR, agm, s. 44).

²⁶⁸ YILDIRIM, age, s.223-224.

3.4.5.7. Kararın gerekçeli olması

Mahkemelerin her türlü kararları gerekçeli olarak yazılır (Ay. m.141/3). Hukuk devletinin gereği olarak ilgisine tebliğ edilen idari işlem açık ve anlaşılabilir olmalı, işlem metninde işlemin gerekçesi yer almalıdır²⁶⁹.

Disiplin mahkemesi kararları dışında, disiplin cezalarıyla ilgili gerekçeyi ilgiliye bildirmeye zorlayacak genel bir kural yoktur. Ancak disiplin cezası verilmesine ilişkin kararın gerekçeli olması gerekir²⁷⁰. Kişi kendisinin hangi nedenle cezalandırıldığını öğrendiği takdirde itiraz veya yargı yoluna giderek hakkını savunabilecektir. Zaten yargı denetimine tabi suçlarda, idari yargı organları idareden işlemin gerekçesini bildirmesini isteyecektir.

3.4.5.8. Karara karşı başvurulabilecek kanuni yolların gösterilmesi

Devlet, işlemlerinde ilgili kişilerin hangi kanun yolları ve mercilere başvuracağını ve sürelerini belirtmek zorundadır (Ay. m.40/2)²⁷¹. Hukuk devletinin gereği olarak, idari işleme karşı kişilere tanınmış bulunan başvuru yolları da ilgisine tebliğ edilen işlem metninde yer almalıdır. Bu nedenle ilgiliye tebliğ edilen disiplin ceza kararında başvuru yollarının gösterilmesi, kişilerin kendilerine tanınmış bulunan kanuni hakları kolaylıkla kullanmalarını sağlayacaktır. Böyle disiplin cezasına karşı nereye ve daha da önemlisi hangi süre içinde başvurulabileceğinin bilinmesi kişinin uğrayabileceği muhtemel mağduriyetleri önler²⁷².

3.4.5.9. Aleyhe bozma yasağı

Ceza muhakeme hukukunda hükmün sadece sanık tarafından itiraz veya temyiz edilmesi halinde itirazı veya temyizi inceleyen yargı organınca bozulması durumunda verilecek yeni hükmün önceki hükümde gösterilen cezadan daha ağır olamamasına “*aleyhe bozma yasağı*” denilmektedir²⁷³. Evrensel nitelikli bir usul kuralı niteliğindedir. Bunun nedeni insanların her hangi bir işleme veya karara karşı başvuru haklarını kullanırken aleyhe sonuç doğurabileceği endişesine ya da korkusuna kapılmadan özgürce bu haklarını kullanabilmelerine imkân tanımaktır²⁷⁴. Bu kural disiplin cezalarına karşı itiraz ve dava yolunun kullanılmasında da geçerlidir. Dolayısıyla itiraz eden kişinin disiplin cezası aleyhine değiştirilemez²⁷⁵.

²⁶⁹ AKYILMAZ, age, s.243.

²⁷⁰ GÖZLER, age, s.641.

²⁷¹ Başvuru yollarının gösterilmesi konusunda ayrıntılı bilgi için bkz. AKYILMAZ, Bahtiyar; “Bir İdari Usul İlkesi Daha: Anayasa m.40/2, Başvuru Yollarının Gösterilmesi” Yıldızhan YAYLA’ya Armağan, İstanbul 2003, s.83-90.

²⁷² AKYILMAZ, age, s.256.

²⁷³ CENTEL, Nur/ZAFER, Hamide; Ceza Muhakemesi Hukuku, İstanbul 2003, s.590.

²⁷⁴ YÜCE, Tahlil, s.12-13; GÖÇER, agm, s.400.

²⁷⁵ TAŞKIN, age, s.208; YILDIRIM, age, s.221; KAYA, agm, s.76.

3.4.6. Disiplin Cezalarının İctimai

Failin birden çok fiili varsa, bu fiiller aynı nitelikte olabileceği gibi farklı nitelikte de olabilir. Bu durumda her fiil için ayrı ayrı verildiğinde cezaların toplanması söz konusu olabilir. Cezaların içtimasında üç sistem mevcuttur. Birincisi cezaların toplanması sistemidir. İctima eden suçların cezalarının toplanarak toplamının suçluya verilmesidir. İkincisi yutma sistemidir. Bu sistemde cezalardan en ağır olanının verilmesiyle yetinilir. Bu iki sistem arasında yer alan üçüncü sistem ise hukuki içtima sistemidir. Bu sistemde, en ağır olan ceza kanunun belirlediği oranda bir miktar artırılır.

Failin birden fazla disiplin suçu sebebiyle disiplin mahkemelerince birden fazla disiplin cezası verilmişse, aynı çeşit cezalar toplanarak, başka çeşit cezalar ayrı ayrı çektirilir (477 SK m.42).

Failin birden fazla disiplin suçundan dolayı disiplin amirince birden fazla disiplin cezası verilmişse cezaların ne şekilde içtima ettirileceği konusunda AsCK'nın 167. maddesinde “Cezaların içtima hali” başlığı altında düzenleme yapılmıştır. İşlenen fiillerin niteliğine göre durum değişmektedir.

İşlenen fiillerin hepsi disiplin kabahati ise, 167. maddenin (B) fıkrasına göre, tamamına birden bir kısa hapis cezası verilecek ve fıkranın atıfta bulunduğu AsCK'nın 43. maddesinin (2) numaralı fıkrası gereğince içtima hali şiddet sebebi sayılarak ceza arttırılarak verilecektir. Burada verilen cezaların aynı türden olup olmamasına göre durum değişmektedir. Bir araya gelen kısa hapis cezaları aynı türden ise toplamına bir kısa hapis cezası verilir ve içtima hali şiddet sebebi sayılır²⁷⁶. Maddede arttırma oranı hakkında bir açıklık yoksa da, bunu kısa hapsin niteliğine göre kanunun gösterdiği yukarı sınıra kadar artırılabilceği şeklinde anlamak uygun olur²⁷⁷. Mesela suçluya yedişer günlük üç göz hapsi cezası verilmişse, bu ceza 21 günden az olmamak ve 28 günü geçmemek üzere arttırılabilir. Zira göz hapsinin azami haddi 28 güne kadardır.

Bir araya gelen kısa hapis cezaları aynı türden değilse (mesela bir göz hapsi ile bir oda hapsi verilmişse), genel ceza en ağır cezanın (oda hapsi göz hapsinden ağır olduğundan oda

²⁷⁶ “AsCK'nın 43/2. maddesi gereğince yapılacak içtimada, her suç için ayrı ayrı ceza tayin edildikten sonra içtima hükümlerinin uygulanması icap eder. Mücerret fiillerden bahisle bu madde gereğince müçtemian tek ceza tayini yolsuzdur” (As.Yrgt. Drl.Krl. 16.10.1964, E.84, K.981, ÖZBAKAN, AsCK, s.75).

²⁷⁷ TAŞKIN, Askeri, s.52; ERMAN, age, s.277; ÖZBAKAN, AsCK, s.416 ; “Bir araya gelen aynı neviden kısa hapis cezalarının toplamına 4 haftayı geçmemek üzere tek ceza verilmesi ve içtima halinin şiddet sebebi sayılması gerekirken içtima neticesinde sanığın 130 gün kısa hapse mahkumiyetinde isabet yoktur” (As.Yrgt.3.D.18.4.1972, E.167, K.144, LÜLECI/ÖZBAKAN, age, C.II, s.390).

hapsinin) yukarı haddine göre belirlenir. Kanun, en ağır cezayı esas aldığından, disiplin amiri daha ağır olan cezayı daha hafif olan cezaya çevirerek genel cezayı belirleyemez²⁷⁸.

Birden çok disiplin tecavüzü yahut da kısmen disiplin tecavüzü kısmen de disiplin kabahatinin bir araya gelmesi halinde, disiplin amiri AsCK'nın 171. maddesine bağlı cetvele göre yetkisindeki cezaları her bir fiil için son hadde kadar verebilir. Şu kadar ki bu cezaların toplamı altı haftayı geçemez. Bu nedenle gerekirse disiplin tecavüzlerine ait olan cezadan altı haftadan fazla olan miktar indirilir.

Bir kimse hakkında hem askeri mahkemece, hem de disiplin mahkemesince verilen cezalar ayrı ayrı infaz edilir. Bunlar hakkında içtima söz konusu olmaz. Disiplin mahkemesi veya askeri mahkemece hükmedilen kısa hapis cezaları ile disiplin amirlerince verilen disiplin cezalarının da içtima mümkün değildir.

3.5. DİSİPLİN CEZALARINA KARŞI BAŞVURU YOLLARI

Disiplin cezalarına karşı idari başvuru yolu ve idari dava yolu söz konusu olabilmektedir. Bu yolları incelemeden önce düzenleniş şekli konusuna kısaca değinelim.

3.5.1. Genel Olarak Disiplin Cezalarının Denetimi

Anayasa'nın 125. maddesi uyarınca, kural olarak, idarenin her türlü eylem ve işlemine karşı yargı yolu açıktır.

2577 SK'nın 11 ve 1602 SK'nın 35. maddesi uyarınca, ilgililer tarafından idari dava açılmadan önce kesin işlem yapmaya yetkili makamlarca tesis edilen idari işlemlerin geri alınması, kaldırılması, değiştirilmesi veya yeni bir işlem yapılması; üst makamdan yoksa işlemi yapmış olan makamdaki idari dava açma süresi (60 gün) içinde istenebilir. Bu müracaat işlemeye başlamış olan dava açma süresini durdurur. 60 gün içinde cevap verilmez ise, istek reddedilmiş sayılır. İsteğin reddi üzerine dava açma süresi başlar ve müracaat tarihine kadar geçmiş olan süre de hesaba katılır.

Bir idari işlem olan disiplin cezaları için de hem idari başvuru yolunun, hem de yargı yolunun geçerli olması gerekir. Ancak İkinci Bölümde açıklandığı üzere, Anayasa'nın 129. maddesinde, memurlar ve kamu görevlilerine savunma alınma koşuluyla disiplin cezaları verilebileceği, uyarma ve kınama dışındaki disiplin ceza kararlarının yargı denetimi dışında bırakılmayacağı belirtildikten sonra, “*Silahlı Kuvvetler mensupları hakkındaki hükümler saklıdır*” denilmektedir. Böylece, kanun koyucuya, 657 SK'da düzenlenen bazı disiplin

²⁷⁸ ÖZBAKAN, AsCK, s.416; ERMAN, age, s.277.

cezalarını ve TSK mensupları hakkında verilecek disiplin cezalarını yargı denetimi dışında bırakma konusunda yetki tanınmıştır.

657 SK'nın 135. maddesinde, disiplin amirleri tarafından verilen uyarma ve kınama cezalarına karşı idari başvuru (itiraz) yoluna; aylıktan kesme, kademe ilerlemesinin durdurulması ve Devlet memurluğundan çıkarma cezalarına karşı idari yargı yoluna başvurulabileceği düzenlenmiştir.

1602 SK'nın 21. maddesinin 3. fıkrasında; *“Cumhurbaşkanının, YAŞ tasarrufları ve Sıkıyönetim Komutanlarının 1402 sayılı Kanunda yazılı tasarrufları ile disiplin suç ve tacavüzlerinden ötürü disiplin amirlerince verilen cezalar yargı denetimi dışındadır”* şeklinde düzenleme yapılmıştır. Bu cezalara karşı idari başvuru (itiraz) mümkündür.

357 SK'nın 29. maddesinin 2. fıkrasında; *“Bu cezalar kesin olup, ilgilinin kuvvet komutanlığındaki dosyası ile kıta şahsi dosyasına konur, siciline işlenir”* şeklindeki düzenleme ve 1602 SK'nın 21/3. maddesindeki düzenleme karşısında askeri hâkim ve savcılara MSB tarafından verilecek disiplin cezalarına karşı itiraz yolunun da yargı yolunun da kapalı olduğu anlaşılmaktadır. Verilecek disiplin cezaları sadece yokluk denetimi yoluyla yargı organı tarafından denetlenebilir.

1600 SK'nın 35 ve 1602 SK'nın 30. maddeleri uyarınca yüksek disiplin kurulunun disiplin cezası vermesi durumunda, bu cezalara karşı ilgilinin, tebliğ tarihinden itibaren 15 gün içinde genel kurula itiraz edebileceği düzenlenmiştir. Genel Kurulun kararları kesindir.

Yukarıda belirtilen mevzuat hükümlerinden, TSK mensupları ile ilgili olarak, bazı disiplin suçlarından dolayı verilecek disiplin cezalarına karşı idari başvuru ve idari dava yolunun kapalı olduğu, bazı disiplin suçlarından dolayı verilecek disiplin cezalarına sadece idari başvuru yolunun açık olduğu, bazı disiplin suçlarından dolayı verilecek disiplin cezalarına karşı ise hem idari başvuru yolu ve hem de idari dava yolunun açık olduğu anlaşılmaktadır. Şimdi idari başvuru ve idari dava yolunu ayrı ayrı inceleyelim.

3.5.2. İdari Başvuru Yolu

Düzenleniş şeklini açıklamadan önce kısaca disiplin cezalarına karşı idari başvurunun niteliğini incelemek uygun olacaktır.

3.5.2.1. Disiplin cezalarına karşı idari başvurunun niteliği

Disiplin cezalarına karşı yapılan idari başvuru, diğer idari başvurulardan farklı düzenlenmiştir. Bu yönüyle ceza muhakeme hukukundaki kanun yollarına benzemektedir. Ceza muhakeme hukukunda, mahkeme kararlarının kanun yolu denetimi, kural olarak ilk kararı veren makamın dışındaki makamlar tarafından yapılmaktadır. Hatta ilk karara katılan bir mahkeme üyesi, kanun yoluna başvurulma tarihinden önce üst yargı yerine atanmışsa, kanun yolu başvurusuna bakamaz²⁷⁹. Bütün bunlar, kişinin hak ve özgürlüğünü korumaya yönelik usul önlemleridir. Disiplin cezalarına karşı da, kanun yoluna benzer idari başvuru yolları öngörülmüştür. Eğer disiplin cezası veren idari makamın kararına karşı bir idari başvuru yapılacaksa, başvuru makam, mutlaka işlemi yapan makamın dışında olmalıdır. Yani, 2577 SK'nın 11 ve 1602 SK'nın 35. maddesindeki “*üst makam yoksa işlemi yapan makama başvurulabilir*” hükmü, disiplin cezalarına karşı idari başvuruda geçerli değildir. Örneğin 657 SK'da düzenlenen disiplin cezalarına karşı idari başvuru, disiplin cezası veren amirin üstünde başka bir üst makam yoksa disiplin cezası veren makama değil, disiplin kuruluna yapılabilmektedir.

Disiplin cezalarına karşı idari başvuru yolunun etkili hukuki sonuç doğurabilmesi için, kanunlar tarafından öngörülmüş olması gereklidir. Ayrıca idari başvuruların yapılması, ilgili kanuni düzenlemelerde belirli bir süre şartına bağlanmışsa, bu süreler hak düşürücü süreler olduğundan süre şartına da uyulmalıdır. Bu sürelerle uyulmadan yapılan başvurular, hukuki sonuç doğurmazlar²⁸⁰.

Disiplin cezalarının idari denetimi, kendiliğinden yapılmaz. Bunun için mutlaka itiraz veya şikâyet niteliğinde bir idari başvurunun olması gerekmektedir. Ayrıca disiplin cezalarına karşı idari başvuru yoluna başvurulabilmesi, kişiler açısından bir hak olduğundan, Anayasa'nın 13. maddesi uyarınca ancak kanunla düzenlenmeli ve sınırlanmalıdır. Bu nedenle yönetmeliklerle disiplin cezalarına karşı idari başvuru hakkını ortadan kaldıran hükümler düzenlenemez²⁸¹.

3.5.2.2. Düzenleniş şekli

Disiplin cezalarına karşı idari başvurunun usul ve esasları disiplin suçlarının düzenlendiği kanunlara göre farklılıklar göstermektedir.

²⁷⁹ 353 SK'nın 38. maddesine göre, aleyhine kanun yollarından birine başvurulmuş olan bir hükme katılan hâkim, yüksek mahkemece bu hükme dair verilecek karara katılamaz. Benzer hükümler, 2577 SK m.45/6, CMK m.23/1.

²⁸⁰ YILDIRIM, age, s.220

²⁸¹ YILDIRIM, Disiplin, s.214.

3.5.2.2.1. Askeri Ceza Kanununda

AsCK ve 477 SK'da düzenlenen disiplin suçlarından dolayı disiplin amirlerince verilen disiplin cezalarına karşı idari başvuruya yetkili olanlar, başvuru usulü ve başvurunun neticeleri AsCK'nın 188 vd. maddelerinde düzenlenmiştir.

3.5.2.2.1.1. İdari başvuruya yetkili olanlar

AsCK'nın 188. maddesinin 1. fıkrasında; *“Bir disiplin cezasından dolayı şikâyet, ceza verilen asker kişi tarafından veya kendisinin üstleri tarafından doğrudan doğruya yapılır”* şeklinde düzenleme bulunmaktadır. Dolayısıyla AsCK, disiplin cezalarına karşı idari başvuru yolunu kullanma hakkını sadece kendisine ceza verilen kişiye tanımamış, ceza verilen kişinin üstlerine de tanımıştır. Böylece kendisine disiplin cezası verilen kişinin, amirini şikâyet etmekten çekinip idari başvuru yolunu kullanmaması durumlarında, bu kişinin mağduriyeti önlenabilmektedir.

Bazı yazarlar, AsCK'nın 188/1. maddesindeki *“üstler”* kavramının, ceza verilen kişiden rütbe ve kıdemce büyük olan her üstü kapsayacak şekilde geniş anlaşılmaması gerektiğini belirtmekte ve bu nedenle bu hakkı sadece *“suçtan zarar gören üst”* ile sınırlı görmek gerektiğini savunmaktadırlar²⁸². Kanaatimizce, tüm disiplin suçları sadece üst olan kişiye karşı işlenmediğinden ve maddenin düzenleniş şekline üstlerin itiraz hakkını daraltacak bu yorum doğru değildir. Kanun koyucu sadece zarar görenin itiraz hakkı olduğu belirtmek isteseydi, bunu ifade edecek bir düzenleme yapabilirdi.

Disiplin cezası verilen asker kişi veya üstleri dışında, disiplin cezası veren amirin de verdiği cezanın kaldırılmasını veya değiştirilmesini isteme hakkı bulunmaktadır (AsCK m.190).

3.5.2.2.1.2. İdari başvuru usulü

AsCK'nın 188. maddesinde, disiplin cezasına karşı idari başvuru (itiraz) için, *“şikâyet”* kavramı kullanılmıştır. *“Şikâyet”* kavramının sözlük anlamı, hoşnutsuzluk belirten söz veya yazı, sızlanma, yakınma, birinin yaptığı yanlış bir iş veya davranışı daha üst makamdakine bildirme²⁸³; hukuki anlamı ise, takibi şikâyetle bağlı olan suçlarda mağdurun Cumhuriyet Savcılığına takibata başlaması için müracaatta bulunması²⁸⁴ olarak tarif edilmektedir.

Şikâyet usulü, İçHizK'nın *“şikâyetler”* başlığı altında 26-31. maddeleri arasında düzenlenmiştir. Bu hükümler incelendiğinde, İçHizK'nın şikâyetle; bir asker kişinin kanun ve

²⁸² ÖZBAKAN, AsCK, s.434; AKSOYLU, Devlet memuru, s.130; BİLGİN, age, s.92

²⁸³ TÜRKÇE SÖZLÜK, s.1867.

²⁸⁴ ŞAHİN, agm, s. 91.

nizamlara aykırı olarak bir hakkının ihlal edildiğini, bunun iade edilmesi veya suçlunun cezalandırılması gerektiğini yetkili makama bildirmesi şeklinde anlam yüklediği görülmektedir²⁸⁵.

Şikâyet söz veya yazı ile en yakın amire yapılır. Eğer bu amirden şikâyet olunacaksa bir derece üstündeki amire yapılır. Sözle yapılan şikâyetler bir tutanakla tespit olunur (İçHizK m.27). AsCK'nın 188/1. maddesinde, disiplin cezasından dolayı şikâyetin “*doğrudan doğruya*” yapılacağı belirtmiştir. Dolayısıyla şikâyet dilekçesi cezayı veren amire verilmez veya kapalı verilir.

Disiplin cezası hangi amir tarafından verilmişse, şikâyet o amirin bir üstü amire yapılır. Dolayısıyla eğer disiplin cezası en yakın (ilk) amir tarafından verilmemişse, şikâyet dilekçesi ona verilir. Şayet disiplin cezası ilk amir tarafından verilmişse, bu amir atlanacak, onun üstü olan amire doğrudan doğruya yapılacaktır. Örneğin, bölük komutanı olan bir subay tabur komutanından şikâyetçi ise, bu şikâyetini doğrudan doğruya alay komutanına yapar. Ancak bölük komutanlığında görevli bir er tabur komutanından şikâyetçi ise, şikâyetini ilk amiri olan bölük komutanına yapacak, bölük komutanı da, tabur komutanını atlayarak şikâyet konusunu doğrudan doğruya alay komutanına iletecektir²⁸⁶. Şikâyet haklı olmakla birlikte bu usule uyulmamışsa, fiil disiplin tecavüzü oluşturacak, disiplin amiri dilerse disiplin cezası verebilecektir²⁸⁷.

Cezalı tarafından yapılacak şikâyet ancak cezanın kendisine tebliğinden bir gece sonra yapılabilir (AsCK m.188/2). Kanun koyucu sadece ceza verilen kişinin tebliğden 1 gece sonra şikâyet edebileceğini belirtmiş olduğundan, üstlerin ceza verildiği andan itibaren şikâyet etmeleri mümkündür.

AsCK'nın 188/2. maddesinde, disiplin cezasına şikâyetin en erken tebliğden 1 gece sonra yapılabileceği düzenlenmişse de, ne zamana kadar kullanılabileceği düzenlenmediğinden, her zaman şikâyet mümkündür²⁸⁸. Bu durumun, kanun koyucunun diğer kanunlarda benzer denetim mekanizmalarına süre sınırı getirme iradesiyle²⁸⁹ çeliştiği, bu nedenle bu çelişkinin kanun koyucu tarafından ortadan kaldırılması gerektiği belirtilmektedir²⁹⁰.

²⁸⁵ POLATCAN, age, s.51; ŞAHİN, agm, s.91.

²⁸⁶ POLATCAN, age, s.51.

²⁸⁷ ŞAHİN, agm, s.92.

²⁸⁸ Aksi görüşte olan ÖZBAKAN, itiraz hakkının disiplin cezalarının tabi olduğu 1 yıllık zamanaşımı süresi içinde kullanılmasının mümkün olduğunu belirtmektedir (ÖZBAKAN, AsCK, s.434; Aynı görüş, AKSOYLU, Devlet memuru, s.130). Ancak şikâyet cezanın infazıyla ilgili bir husus değildir ve kanunda sınırlanmayan bir hak yorumla sınırlanamaz.

²⁸⁹ 477 SK'da disiplin mahkeme kararına karşı itiraz için 3 gün süre sınırı olması gibi.

²⁹⁰ YILDIRIM, agm, s.113.

Disiplin cezaları hakkında cezalı tarafından yapılacak şikâyet üzerine karar vermeye yetkili amir, bu kararın verileceği zamanda cezayı vermiş olan amirin bir derece üstü olan disiplin amiridir (AsCK m.188/4). Kanun koyucu bu düzenlemeyle, ceza verildiği anda şikâyeti incelemekle yetkili amirin herhangi bir şekilde görevi başında bulunmadığı durumlarda şikâyetin yerine gelen kimse tarafından incelenmesine imkân sağlamıştır.

AsCK'nın 188/1. maddesi, cezalı ve cezalının üstlerine şikâyet hakkı tanıdığı halde, maddenin 4. fıkrasında, cezalının üstlerince yapılacak şikâyeti incelemeye yetkili amir belirtilmemiştir. Tabi ki üst tarafından yapılacak şikâyetin de, cezayı veren disiplin amirinin bir derece üstü olan disiplin amiridir²⁹¹.

3.5.2.2.1.3. İdari başvurunun sonucu

Disiplin cezasına itiraz cezanın infazını geri bırakmaz (AsCK m.188/3)²⁹². Disiplinin sağlanması failin cezasının derhal infazını gerektiriyorsa da, bu düzenleme şikâyet hakkını kullanılamaz hale getirebilmektedir. Çünkü disiplin amiri cezayı verdikten sonra infazına başlayabildiğinden, şikâyetin 1 gece sonra yapılacağı ve üst disiplin amirinin de uzak mesafede olduğu durumlarda cezanın infazı tamamlandıktan sonra şikâyet incelenebilmektedir. Böyle durumlarda üst disiplin amirinin cezayı kaldırmasının sadece manevi bir etkisi olabilecektir.

Şikâyetler hemen incelenerek bir karar verilir (AsCK m.188/5). Şikâyetin “*hemen*” inceleneyeceği belirtilmişse de, üst disiplin amirinin ne kadar süre içinde inceleyeceğine yönelik bir süre sınırı öngörülmemiştir. Uzun süre inceleme yapılması şikâyet hakkının kullanılmasını etkisiz hale getirebilecektir. Bu konuda İçHizK'nın 30. maddesinde; “*Şikâyetler ve itirazlar mutlaka tahkik olunarak bir karara bağlanır ve neticesi şikâyet edene ve lüzum görülürse şikâyet olunana mümkün olan en kısa zamanda bildirilir. Ancak bu müddet hiçbir halde bir ayı geçemez*” şeklindeki düzenleme gereği 1 aylık inceleme süre sınırı olduğunu kabul etmek gerekir. 1 aylık süreye uyulmaması verilecek kararın hukuki geçerliliğini etkilemez.

Şikâyet haklı görülürse ceza kaldırılır veya değiştirilir. Durumu şahsi dosyasına kaydedilir. Şikâyet edene de durum bildirilir. İnfaz edilmiş olan para cezası kaldırılırsa, alınan para geri verilir. Ceza değiştirilirse; Eski ceza tamamen veya kısmen infaz edilmişse ve yeni ceza eski cezadan ağır değilse yeni ceza infaz edilmiş sayılır. Yeni ceza, infaz edilmiş olan cezadan daha ağırsa çekilen ceza mahsup olunur. Eski ile yeni cezanın mahsubu mümkün

²⁹¹ BİLGİN, age, s.92-93.

²⁹² AsCK'nın 188. maddesinin ilk şeklinde “*Şikâyet cezanın infazından evvel yapılacak olursa, icrası sonraya bırakılır. Şikâyet ilk salâhiyetli makam tarafından reddedilirse, tekrar edilse bile ceza infaz olunur*” düzenlemesi bulunmaktaydı. 22.12.1934 tarihli 2632 SK (RG, 27.12.1934, S.2891) ile mevcut düzenleme yapılmıştır.

değilse yeni ceza verilirken eski ceza göz önünde tutulup bunun için disiplin amiri cezayı tamamen veya kısmen indirebilir. Şikâyetin haklı olmadığı anlaşılırsa reddolunur ve bu yüzden müştekiye ceza verilmez. Ancak şikâyet ederken müstakil bir suç işlemiş veya bir disiplin tecavüzünde bulunmuş ise ayrıca sorumlu olur (AsCK m.189).

Şikâyeti inceleyen amir, disiplin suçunun işlenmediğini tespit ederse cezayı kaldırır. Ancak suçun işlendiğini tespit etmişse, bu durumda verilen cezanın uygun olup olmadığını inceler. Verilen ceza, şikâyet edilene verilebilecek ceza değilse veya fiiliyle orantılı bir ceza verilmemişse cezayı değiştirir. Cezalının şikâyeti veya üstün şikâyeti veya disiplin cezası veren amirinin müracaatı üzerine yapılan incelemelerde, şikâyet ve müracaatı inceleyen üst disiplin amirince cezanın değiştirilmesi ancak kaldırma veya hafifletme şeklinde olabilir. Aleyhe bozma yasağı nedeniyle cezayı arttıramaz veya ağırlaştıramaz²⁹³. Ancak, disiplin suçundan zarar gören üst tarafından veya cezayı veren disiplin amiri tarafından cezanın, cezalı aleyhine değiştirilmesi yönünde şikâyet ve müracaatta bulunulmuş ise, bu takdirde üst disiplin amiri denetleme yetkisini de kullanarak cezayı tamamen kaldırabileceği gibi, cezalının lehine veya aleyhine olarak değiştirebilir²⁹⁴. Yine, eğer ceza verilen fiil, aslında bir mahkemenin yetkisine giren bir suç teşkil ediyor ise, bu takdirde de verilen usulsüz ceza kaldırılarak, fail hakkında düzenlenecek dosya Savcılığa gönderilir. Çektirilen usulsüz ceza mahkemece verilen cezadan mahsup edilecektir.

Üst disiplin amirinin şikâyet üzerine verdiği karar kesindir. Bu karara karşı da şikâyet mümkün değildir. İçHizK'nın 31. maddesi uyarınca bir şikâyet üzerine karar veren disiplin amiri de şikâyet edilebilir. Ancak şikâyeti inceleyecek daha yüksek amir disiplin cezasının haklı olmadığını tespit etse bile AsCK'nın 188/4. maddesindeki sınırlama gereği disiplin cezasını kaldırma veya değiştirme yetkisi bulunmamaktadır. Bu durumun uygulamada suiistimal edilerek, disiplin cezası vermek isteyen amirin daha alt amirden ceza vermesini isteyebildiğini, yapılacak şikâyeti de kendisi inceleyerek şikâyet hakkının etkisiz hale getirildiğini de belirtelim.

3.5.2.2.2. Disiplin Mahkemeleri Kanununda

Yargı organları tarafından verilen kararları denetlemek için daha yüksek dereceli mahkemeye başvurulması istemine “*kanun yolu*” denilmektedir²⁹⁵. Kanun yolları genel olarak itiraz ve temyizden ibarettir. 477 SK'da kanun yollarından “*itiraz*” usulü benimsenmiş, ayrıca olağanüstü kanun yolu olarak “*yazılı emir*” yoluna da gidilebileceği hükme bağlanmıştır.

²⁹³ As.Yrgt.1.D. 24.12.1956, E.2481, K.4479, ÖZBAKAN, AsCK, s.436.

²⁹⁴ BİLGİN, age, s.96.

²⁹⁵ YILMAZ, age, s.472.

3.5.2.2.2.1. Disiplin mahkeme kararlarına itiraz

477 SK'nın 30/1. maddesine göre, teşkilatında disiplin mahkemesi kurulan komutan veya sanık itiraz hakkına sahiptir²⁹⁶. Sanık bu hakkını kendisi kullanabileceği gibi avukatı aracılığıyla da kullanabilir. Sanığın disiplin amirinin itiraz hakkı yoktur²⁹⁷. Teşkilatında disiplin mahkemesi kurulan komutanın, itiraz süresi içinde engel durumu ortaya çıktığı takdirde, itiraz hakları, yerlerine vekâlet eden komutan tarafından kullanılır.

Disiplin mahkemelerinden verilen kararlara karşı tefhim veya tebliğinden itibaren üç gün içinde bir üst disiplin mahkemesinde itiraz edilebilir (477 SK m.31/1). İtiraz süresinin hesaplanmasında, tefhim veya tebliğ günü hesaba katılmaz (CMK m.39).

Zorlayıcı nedenler, beklenilmeyen ve sakınılması mümkün olmayan olaylar gibi kusur olmaksızın itiraz süresi geçirilmişse, engelin kalkmasından itibaren bir hafta içinde eski hale getirme isteminde bulunulmak suretiyle itiraz hakkının kullanılması mümkündür (CMK m.40-42). Eski hale getirme istemi, üst disiplin mahkemesinden talep edilir. İstemin kabulü halinde itiraz incelenir ve 477 SK'nın 35. maddesi gereğince işlem yapılır. Eski hale getirme isteminin reddi halinde itiraz incelenmez ve dava dosyası ilgili disiplin mahkemesine iade edilir²⁹⁸.

İtiraz ancak disiplin mahkemesi tarafından verilen kararlara karşı yapılabilir. Bunlar beraat, mahkûmiyet, davanın düşmesi, görevsizlik ve yetkisizlik kararlarıdır.

İtiraz mercii, hükmü veren disiplin mahkemesinin bir üstü olan disiplin mahkemesidir. Buradaki üst disiplin mahkemesi, emir ve komuta bakımından bağılığa göre değil, Genelkurmay Başkanlığınca yayımlanan adli yetki bağlantısına göre belirlenir.

Üst disiplin mahkemesi bulunmayan MSB Müsteşarlığı ile Genelkurmay Başkanlığı Teşkilatında Kurulan Disiplin Mahkemelerinin kararlarına karşı yapılan itirazı, itiraz edilen karara katılmayan ve onlardan daha kıdemli olan başkan ve üyelerden kurulu yeni bir kurul inceler. Buna rağmen uygun nitelikte başkan ve üye bulunmazsa, en yüksek komuta makamından itibaren sıra ile aşağı derecelerdeki komuta mevkilerinde bulunan subaylar başkan ve üye olarak görevlendirilirler (477 SK m.31/2).

²⁹⁶ Kanun koyucu, 30 maddede, hem sanığa, hem de nezdinde disiplin mahkemesi kurulan komutanı, “*itiraza hakkı olanlar*” olarak tanımlamaktadır. Sanık kişidir. Dolayısıyla özel hukuk süjesi olduğundan, hak sahibi olur. Ancak komutanlık veya askeri kurum amirliği, kamusal bir makamdır. Kamusal makamların hakları olmaz, yetkileri olur (YILDIRIM, agm, s.115, dn.58).

²⁹⁷ KOÇ, age, s.705.

²⁹⁸ ÖZBAKAN, Disiplin, s.97.

Disiplin mahkemesinin bulunduğu yerden başka bir yerde bulunan sanık itirazını doğrudan doğruya posta aracılığı ile teşkilatında disiplin mahkemesi kurulan komutana gönderebileceği gibi bulunduğu yerdeki adli, idari veya askeri mercilerden her hangi birisine de verebilir. Üç günlük itiraz süresinin hesaplanmasında postanece zarfın üzerine vurulan damga tarihi; itiraz dilekçesinin, adli, idari veya askeri mercilere verilmesi halinde ise kayda geçiş tarihi esastır²⁹⁹.

İtiraz, aleyhine itiraz olunan kararın yerine getirilmesini geri bıraktırır. Ancak disiplin mahkemesince cezanın derhal yerine getirilmesine karar verilmişse, bu karara itiraz edilse bile karar derhal yerine getirilir (477 SK m.33).

İtiraz kural olarak kararın kanuna aykırılığı sebebine dayanır. Hukuki bir kuralın uygulanmaması yahut yanlış uygulanması kanuna aykırılıktır. Kanuna mutlak aykırılığın var sayıldığı ve verilen kararın üst disiplin mahkemesince kaldırılarak davanın esasına hükmedileceği haller; Disiplin mahkemesinin kanun dairesinde kurulmamış olması, başkan ve üyelik niteliklerini haiz olmayan bir başkan veya üyenin hükme katılması, makbul bir şüpheden dolayı hakkında ret istemi olup da bu istem kabul edildiği halde başkan veya üyenin hükme katılması veya bu istemin kanuna aykırı olarak reddolunması suretiyle başkan ve üyenin hükme katılmış olması, disiplin mahkemesinin kanuna aykırı olarak davaya bakmaya kendisini görevli veya rütbe yönünden yetkili görmesi, disiplin subayının veya kanunen bulunması gerekli diğer bir kişinin yokluğunda duruşma yapılması, sözlü duruşma sonucu olarak verilen kararda duruşmanın açıklığı kuralına uyulmamış olması, hükmün gerekçesiz olması, karar için önemli olan noktalarda mahkeme kararı ile savunma hakkının kısıtlanmış olmasıdır (477 SK m.32).

İtiraz üzerine üst disiplin mahkemesi disiplin subayı en geç üç gün içinde gerekli incelemeyi yapar ve görüşü ile birlikte dosyayı mahkemeye verir. Mahkeme en geç üç gün içinde dosyayı inceleyerek kararını verir. Üst disiplin mahkemesi gerekli gördüğü takdirde soruşturma yapılmasını da isteyebilir veya soruşturmayı kendisi yapabilir. Bu halde soruşturma için geçecek süre üç günlük süreye dâhil değildir (477 SK m.34). Bu maddede öngörülen süreler itirazın en kısa zamanda incelenmesi amacı taşımakta olup, bu sürelerden sonra da itiraz incelenebilir.

Üst disiplin mahkemesi itirazı yerinde görürse davanın esasına hükmeder. Aksi halde itirazı reddeder. İtiraz üzerine verilen kararlar kesindir (477 SK m.35). Davanın esasına hükmetmek demek, dava hakkında yeniden karar verilmesi demektir.

²⁹⁹ ÖZBAKAN, Disiplin, s.99.

3.5.2.2.2.2. Yazılı emir

Yazılı emir, disiplin mahkemeleri tarafından verilip kesinleşmiş bulunan kararlarda kanuna aykırılık bulunduğu bahisle kararın bozulması için Askeri Yargıtay’a başvurusu hususunda Askeri Yargıtay Başsavcısına MSB tarafından emir verilmesidir. “*Olağanüstü temyiz*”³⁰⁰ veya “*kanun yararına bozma*” (353 SK m.343) olarak da adlandırılan yazılı emir, 477 SK’nın 40. maddesinde düzenlenmiştir.

MSB, yazılı emir yoluna ya Genelkurmay Başkanı’nın istemi üzerine veya disiplin mahkemelerince verilip kesinleşmiş bulunan kararlarda kanuna aykırılık olduğunu bizzat öğrenmesi üzerine gider. MSB, Genelkurmay Başkanı’nın yazılı emir istemini önceden Askeri Yargıtay Başsavcısına intikal ettirmek zorundaydı. 477 SK’nın 40. maddesinin 2. fıkrasında yer alan “*yazılı emir verir*” ibaresinin 22.02.2006 tarihli 5461 SK’la “*yazılı emir verebilir*” şeklinde değiştirilmesi sonucu artık bu zorunluluk ortadan kalkmıştır.

Disiplin mahkemeleri kararları hakkında yazılı emirde bozulmayı gerektiren nedenler gösterilecektir. Askeri Yargıtay bu nedenlerle bağlıdır. Bunların dışına çıkarak başkaca noktalardan inceleme yapamaz (353 SK m.243).

Askeri Yargıtay ileri sürülen nedenleri yerinde görürse disiplin mahkemesi kararını bozar. Bozma sebebi, disiplin mahkemesi kararının 477 SK’nın 27. maddesinde düzenlenen davanın esasını çözen kararlardan biri olmamasına ilişkin ise, disiplin mahkemesi, gerekli inceleme ve araştırma sonucunda yeniden karar verir. Bozma sebebi, mahkûmiyete ilişkin kararın, davanın esasını çözmeyen yönüne veya savunma hakkını kaldırma veya kısıtlama sonucunu doğuran usul işlemlerine ilişkin ise, kararı veren mahkemece yeniden yapılacak yargılama sonucuna göre gereken karar verilir. Bu karar, önceki kararla belirlenmiş olan cezadan daha ağır olamaz. Bozma sebebi, hükümlünün cezasının kaldırılmasını gerektiriyorsa, cezanın kaldırılmasına, daha hafif bir cezanın verilmesini gerektiriyorsa bu hafif cezaya Askeri Yargıtay doğrudan hükmeder (353 SK m.243).

Daha önce belirttiğimiz gibi, 477 SK’nın 40. maddesinin 3. fıkrasında, Askeri Yargıtay’ın yazılı emirle yaptığı inceleme sonunda işin disiplin mahkemesinin görevini aştığı sonucuna varması halinde kararı bozarak dava dosyasının yetkili ve görevli mercie gönderilmesine karar vereceği, yetkili veya görevli mercice yeniden yapılacak inceleme ve kovuşturma sonucuna göre gereken kararın verileceği, disiplin mahkemesi tarafından verilmiş ve yerine getirilmiş cezanın, yeniden verilecek cezadan indirileceğine ilişkin düzenleme

³⁰⁰ KUNTER/YENİSEY, age, C.II, s.1232; CENTEL/ZAFER, age, s.608.

mevcuttu. Bu düzenleme Anayasa Mahkemesi tarafından iptal edilmiştir³⁰¹. Maddedeki iptalden sonra, Askeri Yargıtay işin disiplin mahkemesinin görevini aştığına karar vermesi durumunda kararı bozarak dava dosyasının yetkili ve görevli mercie gönderilmesine karar verecektir. Ancak yetkili veya görevli mahkemede sanığın aleyhine olmadan yargılama yapılabilecektir³⁰².

353 SK ve CMK’da yazılı emir yoluna gidilebilmesi için mahkeme kararının üst yargı organı denetiminden geçmeden kesinleşmiş olması gerekir. Ancak disiplin mahkemesince verilen bir karar itiraz üzerine üst disiplin mahkemesinin denetiminden geçip itirazın reddolunması suretiyle kesinleşmiş olsa da, bu kararın bozulması için yazılı emir yoluna gidilebilmektedir³⁰³.

3.5.2.2.2.3. Yargılamanın yenilenmesi

Mahkemelerce verilen kararlarda yanlışlıklar olabilir. Bunların düzeltilmesi için çeşitli yollar gösterilmiştir. Ancak bazen yanlışlıklar hüküm kesinleştikten sonra anlaşılır. Bu nedenle öngörülen olağanüstü kanun yollarından biri de yargılamanın yenilenmesi yoludur³⁰⁴. Kanunda sınırlı olarak sayılan nedenlere dayanılarak esas hükmün kaldırılması ve davanın yeniden incelenmesini sağlar³⁰⁵.

477 SK’da sadece itiraz ve yazılı emir müesseseleri düzenlenmiştir. Ancak, 477 SK’nın 63. maddesindeki atıf sebebiyle yargılamanın yenilenmesi konusunda 353 SK hükümleri disiplin mahkemesi kararlarında da uygulanacaktır³⁰⁶. Nitekim Askeri Yargıtay da disiplin mahkemesi kararlarına karşı yargılamanın yenilenmesi yoluna gidilebileceğini kabul etmektedir³⁰⁷.

Yargılamanın yenilenmesine ilişkin hükümler, 353 SK’nın 228-242. maddeleri arasında ayrıntılı olarak düzenlenmiştir. Duruşmada kullanılan ve hükme etkisi olan bir belgenin sahteliği anlaşılırsa; Yemin verilerek dinlenilmiş olan bir tanık veya bilirkişinin hükmü

³⁰¹ Ay.Mah.17.5.2007, E.2004/13, K.2007/58, RG, 21.11.2007, S.26707.

³⁰² As.Yrgt.Drl.Krl.31.01.2008, E.13, K.13, yayınlanmamıştır.

³⁰³ KOÇYİĞİT, agt, s.181.

³⁰⁴ CENTEL/ZAFER, age, s.610.

³⁰⁵ YILDIRIM, agm, s.117.

³⁰⁶ KERSE, age, C.II, s.239.

³⁰⁷ “Her ne kadar 477 SK’da yargılamanın yenilenmesi konusu yer almamakta ise de, 63. maddesinin yaptığı açık atıf muvacehesinde, disiplin mahkemesi kararlarının da yargılamanın yenilenmesi yolu ile yeniden incelenmesi mümkündür” (As.Yrgt.3.D.4.9.1989, E.357, K.34, KARDAŞ/ÇINGİ, Disiplin, s.349); Benzer yönde As.Yrgt.3.D.19.7.2005, E.896, K.889, AYKD, S.19, 2006, s.696-697; Askeri Yargıtay aksi yönde bir kararında ise, disiplin mahkemesi kararlarına karşı sadece yazılı emri düzenleyen kanun koyucunun yargılamanın yenilenmesini düzenlemediğini ve ayrıca yeniden yargılama yapılması halinde zaman aşımının söz konusu olduğunu belirterek yargılamanın yenilenmesi talebinin reddine karar vermiştir (As.Yrgt.5.D.4.6.1997, E.388, K.385, KARDAŞ/ÇINGİ, age, s.27).

etkileyecek şekilde hükümlü aleyhine kasıt veya ihmal ile gerçeğe aykırı tanıklık ettiği veya bilgiler verdiği anlaşılırsa; Hükümlünün kendisi tarafından sebebiyet verilmiş olan kusur dışında hükme katılmış olan hâkimlerden biri aleyhine ceza kovuşturmasını ve kanuni bir ceza ile hükümlülüğü gerektirecek nitelikte olarak görevini yapmada kusur etmiş ise; Ceza hükmü, hukuk mahkemelerinin bir hükmüne dayanmış olup da bu hüküm kesinleşmiş olan başka bir hüküm ile bozulmuşsa; Yeni vakalar veya yeni deliller ileri sürülüp de bunlar yalnız başına veya daha önce sunulan delillerle birlikte göz önünde tutuldukları takdirde hükümlünün beraatını veya daha hafif cezayı gerektiren kanun hükmünün uygulanması ile hükümlülüğü gerektirebilecek nitelikte olursa; Ceza hükmünün, İnsan Haklarını ve Ana Hürriyetleri Korumaya Dair Sözleşmenin veya eki protokollerin ihlâli suretiyle verildiği ve hükmün bu aykırılığa dayandığı, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin kesinleşmiş kararıyla tespit edilmiş olursa yargılamanın yenilenmesi mümkündür. Yargılamanın yenilenmesi, AİHM kararının kesinleştiği tarihten itibaren bir yıl içinde istenebilir. Diğer durumlarda süre bulunmamaktadır.

Yargılamanın yenilenmesi isteminin kabule değer olup olmadığına Askeri Yargıtay karar verir. Bu husustaki karar Askeri Yargıtay Başsavcılığının tebliğnamesi üzerine duruşma yapılmaksızın verilir. Yargılamanın yenilenmesi istemi, hükmün yerine getirilmesini geri bırakmaz. Ancak Askeri Yargıtay, infazın geri bırakılmasına karar verebilir (353 SK m.232).

3.5.2.2.3. Devlet Memurları Kanununda

657 SK'nın 135. maddesiyle, uyarma ve kınama cezalarına karşı varsa bir üst disiplin amirine yoksa disiplin kurullarına itiraz edilebileceği hükme bağlanmak suretiyle, bu cezalara karşı idari itiraz yolu³⁰⁸ öngörülmüş, 136. maddenin 4. fıkrası ile de itiraz üzerine verilen kararların kesin olduğu ve bu kararlara karşı idari yargıya başvurulamayacağı belirtilerek uyarma ve kınama cezaları bakımından yargı yolu kapatılmıştır³⁰⁹.

657 SK'nın 135. maddesi ve ondan esinlenerek hazırlanan disiplin yönetmelikleri, disiplin amirlerinin verdikleri uyarma ve kınama cezaları için, bir üst disiplin amirine, eğer bir üst disiplin amiri yoksa disiplin kuruluna itiraz etmeyi düzenlemektedir. Bu düzenleme biçiminden yola çıkılarak, uyarma ve kınama dışındaki disiplin cezalarına idari itirazın yapılamayacağı belirtilmektedir³¹⁰.

³⁰⁸ Burada öngörülen başvuru yolu, kazai kararlara karşı başvuru yolunu ifade eden kanun yolu niteliği taşımamaktadır (**ODYAKMAZ, Zehra**; Türk İdari Yargılama Usulünde Kararlara Karşı Başvuru Yolları, İstanbul 1993, s.11; **SAĞLAM**, agt, s.250).

³⁰⁹ Bu durumun hukuk devleti ilkesi, savunma hakkı ve memur güvenliği bakımından taşıdığı sakıncalara İkinci Bölümde değinildiğinden burada tekrar üzerinde durulmamıştır

³¹⁰ **DÜNDAR**, Milli s.22; **KARAHANOGULLARI**, agm, s.75; **TAŞKIN**, age, s.339; “2577 SK'nın 11. maddesiyle getirilen başvuru hakkı, idari işlemin kaldırılması, geri alınması veya değiştirilmesi amacına yönelik olduğundan, disiplin cezalarıyla ilgili özel düzenlemede ise, aylıktan kesme, kademe ilerlemesinin

Tüm disiplin cezalarına karşı idari itiraz yoluna başvurulması mümkündür³¹¹. Disiplin cezalarına itiraz kişisel bir haktır ve kanunlar tarafından açık bir biçimde sınırlandırılmadıkça, her disiplin cezası için kullanılabilir³¹².

1602 SK'nın 21/3. maddesi uyarınca, disiplin suçlarından dolayı disiplin amirlerince verilen cezalar yargı denetimi dışındadır. Hâlbuki 657 SK'nın 136/1. maddesinde ise, uyarma ve kınama cezası dışındaki cezaların yargı denetimine açık olduğu belirtilmiştir. Bu durumda TSK'da çalışan Devlet memurlarına verilen uyarma ve kınama dışındaki cezalar yargı denetimine tabi olacak mıdır?

1602 SK'nın 21/3. maddesindeki sınırlamanın istisnai bir düzenleme olması nedeniyle 657 SK'nın 125. maddesine göre verilen uyarma ve kınama dışındaki cezaların yargı denetimine tabi olduğunu söyleyebiliriz³¹³. Nitekim uygulama da bu yöndedir. Ancak disiplin amirlerinin AsCK ve 477 SK uyarınca verdikleri cezalar yargı denetimi dışındadır.

TSK'da çalışan Devlet memurlarına verilen disiplin cezalarından dolayı itirazın yapılacağı makam ve kurullar, genel kurallar içeren DY ile TSKDY ve JDY hükümlerine bakılarak tespit edilecektir.

657 SK'nın 136. maddesinin 1. fıkrasında, disiplin amirleri ve disiplin kurulları tarafından verilen disiplin cezalarına karşı yapılacak itirazlarda sürenin, kararın ilgiliye tebliğinden itibaren 7 gün olduğu belirtilmiştir. 7 günlük sürenin hesabında tebliğ gününün dikkate alınmaması gerekir³¹⁴.

İtirazın yetkili makam veya kurula verilecek bir dilekçe ile yapılması, dilekçede itiraz nedenlerinin gösterilmesi gerekir. Ancak, her hangi bir sebep gösterilmeden yapılan itiraz da usule uygun kabul edilmeli, itirazın haklı olup olmadığı resen araştırılıp incelenmelidir³¹⁵.

657 SK'nın 136. maddesinin 2. fıkrasına göre, süresi içinde itiraz edilmeyen disiplin cezaları kesinleşir. İtiraz edilmeyen kararlar ile itiraz üzerine verilen kararların kesin olduğu ve bu kararlar aleyhine idari yargı yoluna başvurulamayacağı belirtilmiştir.

durdurulması veya Devlet memurluğundan çıkarma cezaları için itiraz yolu düzenlenmediğinden, itiraz olunsa bile cezanın kaldırılması, geri alınması veya değiştirilmesi mümkün olmayacağından sayılan disiplin cezalarına karşı doğrudan dava açılması gerekmektedir. Bu nedenle kademe ilerlemesinin durdurulması cezasına karşı tebliğ tarihinden itibaren 60 gün içinde doğrudan dava açılması gerekir. Bu cezaya karşı yapılan itiraz dava açma süresini durduramaz” (D12D, 17.2.2006, E.2003/873, K.2006/473, DBİM).

³¹¹ GÖZLER, age, s.646; AKSOYLU, Devlet memuru, s.131.

³¹² KAYA, agm, s.75, dn.62; D5D, 28.10.1952, E.1951/3477, K.1952/2730, DKD, S.59, 1954, s.129.

³¹³ BİLGİN, age, s.91.

³¹⁴ KIRMIZIGÜL, age, s.307; SAĞLAM, agt, s.250.

³¹⁵ SAĞLAM, agt, s.251.

657 SK'nın 136/3. maddesinde, itiraz mercilerinin itiraz edilen kararı gözden geçirerek verilen cezayı aynen kabul edebilecekleri, hafifletebilecekleri ya da kaldırabilecekleri belirtilmiştir. Buna karşılık itiraz mercilerinin yapılan itiraz üzerine cezayı ağırlaştırma yetkileri bulunmamaktadır³¹⁶.

657 SK'nın 136. maddesinin 5. ve 6. fıkralarına göre, itiraz mercileri itiraz dilekçesi ile dilekçe eklerinin kendilerine intikalinden itibaren 30 gün içinde kararlarını vermek zorundadırlar. İtiraz üzerine cezanın kaldırılmasına karar verilirse ceza sicilden silinecektir³¹⁷. İtiraz edilen cezanın kaldırılıp daha hafif bir ceza verilmesi halinde ise itiraz edilen ceza sicilden silinecek sicile yeni ceza işlenecektir. Daha önce de değinildiği gibi buradaki 30 günlük süre düzenleyici nitelik taşımakta olup, bu süreden sonra karar verilmesi kararın hukuki geçerliğini etkilemeyecektir³¹⁸.

3.5.2.2.4. Askeri Yargıtay ve AYİM Kanunlarda

1600 SK'nın 35 ve 1602 SK'nın 30. maddelerinde yüksek disiplin kurulunun disiplin cezası vermesi durumunda bu cezalara karşı ilgilinin, tebliğ tarihinden itibaren 15 gün içinde genel kurula itiraz edebileceği düzenlenmiştir. Genel kurul, kararı onamadığı takdirde, kararı ya kaldırır, ya değiştirir veya soruşturmanın genişletilmesi için dosyayı yüksek disiplin kuruluna gönderir. Genel kurulun kararları kesindir.

3.5.3. İdari Dava Yolu

TSK mensupları hakkında verilecek disiplin cezaları yargı denetimi dışıdır. Ancak TSK'da çalışan Devlet memurları hakkında 657 SK'da düzenlenen disiplin suçlarından dolayı verilen aylıktan kesme, kademe ilerlemesinin durdurulması ve Devlet memurluğundan çıkarma cezaları ile 1600 SK ve 1602 SK'da düzenlenen disiplin cezalarına karşı idari dava yolu açıktır.

3.5.3.1. Davanın açılması ve yargılama süreci

Anayasa'nın 157. maddesi uyarınca ilk ve son derece askeri idari yargı organı olan AYİM, asker kişileri ilgilendiren ve askeri hizmete ilişkin idari işlem ve eylemlerden doğan uyuşmazlıkların yargı denetimini yapmaktadır. 1602 SK'nın 20. maddesinde, TSK'da görevli

³¹⁶ “Karara vaki itirazı inceleyen disiplin kurulunun davacının, itirazıyla bağlı olması ve disiplin cezasını ağırlaştırmaması, diğer bir deyimle aleyhe sonuç doğuracak bir karar vermemesi gerekirken cezasının kaldırılarak cezanın ağırlaştırılması suretiyle görevden çıkarma cezasıyla cezalandırılmasında hukuka uyarlık bulunmamaktadır” (D3D, 30.3.1983, E.82/2920, K.83/1080, DD, S.52-53, 1984, s.176).

³¹⁷ Cezaya itiraz uygulamayı durdurmadığı için verilmiş olan ceza daha önce sicile işlenmiş olacaktır (MEMİŞ, Halil; “657 sayılı Kanunda Yer Alan Disiplin Suçlarına İtiraz, Yargı Denetimi ve Bir Öneri”, YYDD, C.4, S.1, Ocak 1999, s.21).

³¹⁸ SAĞLAM, agt, s.252.

bulunan veya hizmetten ayrılmış olan sivil memurlar da asker kişi sayılmaktadır. Bu düzenleme nedeniyle TSK'da çalışan veya ayrılmış Devlet memurlarının 657 SK'da düzenlenen disiplin suçlarından dolayı aldıkları uyarma ve kınama dışındaki disiplin cezalarının idari yargı denetimi AYİM tarafından yapılmaktadır³¹⁹.

1602 SK'nın 35 ve 2577 SK'nın 11. maddesi uyarınca, disiplin cezalarına karşı bunların tebliğini izleyen günden itibaren 60 gün içinde dava açılması gerekir. 60 gün içinde ihtiyari idari başvuru yapılmışsa süre durur. 60 gün içinde cevap verilmez ise, istek reddedilmiş sayılır. İsteğin reddi üzerine dava açma süresi başlar ve müracaat tarihine kadar geçmiş olan süre de hesaba katılır. Bir idari işlem olması nedeniyle kural olarak disiplin cezalarının da bu usule tabi olması gerekir³²⁰. Danıştay ise farklı bir yoruma giderek bu cezalar yönünden 11. maddede düzenlenen ihtiyari idari başvuru yoluna başvurmanın mümkün olmadığını, bunlar hakkında sadece dava yoluna gidilebileceğini belirtmektedir³²¹.

Danıştay'ın, idari dava yolu açık olan disiplin cezalarını kesin nitelikte işlemler şeklinde değerlendirerek bunlar hakkında itiraz yoluna başvurmanın dava açma süresini durdurmayacağına ilişkin kararı isabetli değildir. Zira 657 SK'nın 136. maddesinde kesin olduğu ifade edilen disiplin cezaları sadece uyarma ve kınama cezalarıdır. Nitekim maddenin 4. fıkrasında itiraz edilmeyen ya da itiraz üzerine verilen kararların kesin olduğu belirtildikten sonra, bu kararlara karşı idari yargı yoluna başvurulamayacağı ifade edilerek bu durum açıkça ortaya konulmuştur. Yani maddede dava yolu açık olan cezaların idari başvuruya konu olamayacağı anlamında kesin olduğunu belirten her hangi bir ifadeye yer verilmemiştir³²². Dolayısıyla bu tür cezalar için diğer idari işlemlerde olduğu gibi ihtiyari idari başvuru yolunun açık olduğunu kabul etmek gerekir³²³. Buna göre disiplin amirlerinin yetkisinde olan aylıktan kesme cezası için disiplin kurullarına, disiplin kurullarının kararına bağlı olarak verilen kademe ilerlemesinin durdurulması cezası için yüksek disiplin kurullarına, yüksek disiplin kurullarının yetkisinde olan memuriyetten çıkarma cezası içinse bir üst kurul bulunmadığından aynı kurullara itiraz edilebilmelidir³²⁴.

³¹⁹ Uy.Mah.27.12.1999, E.58, K.57.

³²⁰ SAĞLAM, agt, s.253.

³²¹ “Kesin bir işlem olan kademe ilerlemesinin durdurulması cezasına 2577 SK'nın 11. maddesi uyarınca yapılan itirazın, dava açma süresini durdurmayacağı” (D8D, 8.6.1999, E.1998/5045, K.1999/3688, DBİM); Aynı yönde; D10D, 22.5.1985, E.1984/86, K.1985/1057, ÇİFTÇİ, agm, s.43); “İşlemin tebliğ tarihinden itibaren doğrudan dava açılması gerekirken” (D12D, 24.5.2001, E.2000/4482, K.2001/2327, DBİM).

³²² Nitekim Taşınmaz Mal Zilyedliğine Yapılan Tecavüzlerin Önlenmesi Hakkında 3091 sayılı Kanunun 7. maddesinde: “Bu Kanuna göre verilen kararlar idari yargı yolu açık olmak üzere kesindir. Ancak, açık olan yazı ve hesap hataları karar veren yetkili makamlarca kendiliğinden düzeltilir” hükmüne yer verilerek idari kesinlik açıkça belirtilmiştir (SAĞLAM, agt, s.254).

³²³ KAYA, agm, s.76.

³²⁴ SAĞLAM, agt, s.253.

Anayasa'nın 129/3-4, 1602 SK'nın 21/3 ve DMK'nın 135/1. maddeleri uyarınca yargı denetimi dışı bırakılan disiplin cezaları, ister bir başka idari işlemin “*hukuki sebebi*”³²⁵ olsun, isterse tek başına bir idari işlem durumunda olsun, AYİM tarafından bu tür disiplin cezalarının maddi³²⁶ veya şekli³²⁷ anlamda “*yok hükmünde*” olup olmadığının belirlenmesi ile sınırlı olarak yargı denetimi yapılmaktadır.

TSK'da çalışan Devlet memurlarının hakkında verilen yargı denetimine açık cezalar, idari işlemlerinin unsurları olan konu³²⁸, yetki³²⁹, sebep³³⁰, amaç³³¹ ve şekil³³² yönünden AYİM tarafından denetlenmektedir.

³²⁵ “Disiplin amirlerince verilen disiplin cezaları yok hükmünde ise; bu disiplin cezaları esas alınarak ilgilinin okuldan çıkarılması yolunda tesis edilen işlemin iptali istemi ile açılan davada yok hükmündeki disiplin cezasına veya cezanın yok hükmünde olan kısmına tekabül eden ve idarece kırılmış olan disiplin notunun aslında kırılmamış olduğu kabul edilecek ve okuldan çıkarılma işleminin denetimi bu şekilde yapılacaktır. Görüldüğü üzere mahkemece yapılan denetim okuldan çıkarılma işleminin denetimidir. Bu denetim yapılırken okuldan çıkarılma işleminin sıkı sıkıya disiplin cezası ile alakalı olduğu görüldüğünden disiplin cezaları ile de ilgilenilmektedir. Ancak bu ilgi disiplin cezasının yerindeliğinin takdiri veya disiplin cezasını yetki, sebep, şekil, konu, maksat yönlerinden hukuka uygunluğunun araştırılması biçimindeki bir ilgi değildir. Mahkeme disiplin cezasının bir idari işlem olarak bu sayılan hususlardan biri bakımından sakat olduğunu görse bile 1602 SK'nın 21. maddesi son fıkrası karşısında bu sakat disiplin cezalarına tekabül eden disiplin notlarını geçersiz sayamayacaktır. Oysa yok hükmündeki disiplin cezaları için aynı şeyi söylemek mümkün değildir. Zira işlemin kendisi esasen yok ise, bu işlemin başka bir sahada hukuki bir sonuç doğurması da söz konusu olamaz” (AYİM, 2.D.10.2.1985, E.113, K.168, AYİMD, S.7, 1993, s.329).

³²⁶ “Ceza alan subay/astsubay bildirim çizelgesi dışında disiplin cezası verildiğine dair başkaca hiçbir kaydın bulunmaması durumunda maddi yokluk söz konusu olduğundan” (AYİM, 3.D.12.10.2006, E.155, K.1139, AYİMD, S.22, 2007, s.847-849)

³²⁷ “Dava konusu ‘uyarı’ disiplin cezası savunma hakkı tanınmaksızın davacı hakkında tesis edildiğinden şekil unsuru yönünden ağır ve apaçık hukuka aykırı olduğu ve yok hükmünde sayılmasının gerektiği sonucuna ulaşılmıştır” (AYİM, DrI.KrI.22.12.2006, E.91, K.170, AYİMD, S.22, 2007, s.837-846).

³²⁸ “Verilen cezanın cinsi ve miktarının tayin ve tespiti için somut olarak fiilin bilinmesi gerekli ve zorunlu olduğu izahtan varestedir. Davacı hakkında 657 SK'nın 125/C-e maddesinde belirtilen aylıktan kesme disiplin cezası verilmesini gerektiren ‘Görev sırasında amirine sözle saygısızlık etmek’ disiplinsizliğini oluşturan somut fiilinin ne olduğunun anlaşılamadığı, davacının hangi görev sırasında amirine sözle saygısızlık oluşturacak hangi sözü sarfettiğinin ortaya konamadığı, disiplinsizliğe yol açan fiilin anlaşılabılır olmasının disiplin suçunu oluşturup oluşturmayacağı hususunun irdelenmesinde önem arz ettiği, disiplin suçu oluşturan fiilin ne olduğunun açık olmaması sebebiyle tesis edilen işlemin konu unsuru yönünden hukuka aykırı olduğu sonuç ve kanaatine varılmıştır.” (AYİM, 2.D.14.3.2007, E.2006/1333, K.2007/253, AYİMD, S.23, 2008, s.485-488).

³²⁹ “Yüzbaşı kadrosuna vekâleten atanmış da olsa bir astsubayın 657 SK'nın 125. maddesine göre memur statüsündeki personele disiplin cezası verme yetkisi bulunmadığından disiplin cezasının yetki unsuru yönünden iptali gerekir” (AYİM, 3.D.7.7.2005, E.41, K.919, AYİMD, S.21, 2006, s.343-346).

³³⁰ “Davacının aylıktan kesme disiplin cezası ile cezalandırılmasını gerektirecek bir fiili bulunmadığından, sebep unsuru yönünden hukuka aykırı bulunan disiplin cezasının iptali gerekir” (AYİM, 3.D.2.11.2006, E.2005/1371, K.2006/1410, AYİMD, S.22, 2007, s.456-457); “Davacının aday memurluğu sırasında verilmiş 4 gün göz hapsi cezası tek başına, davacı hakkında olumsuz sicil tanziminin ve dolayısıyla devlet memurluğundan çıkarılmanın haklı gerekçesini oluşturmayacağı gözönüne alındığında davacının devlet memurluğundan çıkarılması işlemi sebep unsuru yönünden hukuka aykırılıkla sakatlanmıştır” (AYİM, 3.D.18.5.2004, E.2003/85, K.2004/753, AYİMD, S.20, 2005, s.504-506).

³³¹ “Sabit olan gerçeğe aykırı belge tanzim etmek fiili karşılığı olarak 657 SK'nın 125/D-f maddesi gereğince kademe ilerlemesinin durdurulması disiplin cezası ile tecziyesi gerekirken, yüksek disiplin kurulu kararı ile Devlet memurluğundan çıkarılması konu ve amaç yönünden hukuka aykırıdır” (AYİM, 1.D.1.2.2000, E.1999/854, K.2000/110, AYİMD, S.15, 2001, s.486-489).

³³² “Yönetmelik hükümleri doğrultusunda hazırlanan Yönergede, Ceza İnceleme Kurulunun her öğretim yılı başında toplanıp bir önceki yıl öğrencinin kırılan disiplin notlarıyla ilgili düzeltme yapabileceği düzenlenmiştir. Ceza İnceleme Kurulunda durumu incelenmemiş öğrencinin doğrudan Okul Disiplin Kurulu tarafından okuldan çıkarılması işlemi şekil yönünden hukuka aykırıdır” (AYİM, 2.D. 26.6.1985, E.200, K.122, AYİMD, S.7, 1993, s.327-329).

AYİM, disiplin cezalarına bağlı olarak yapılan okuldan çıkarma işlemlerini denetlerken, ceza yetkisiz amir tarafından³³³ veya yetkileri aşılarak³³⁴ verilmişse, usule uyulmamışsa³³⁵ disiplin cezalarını yok hükmünde kabul etmekte ve okuldan çıkarma işlemini iptal etmektedir. İlgilinin savunması alınmışsa, verilen ceza kendisine tebliğ edilmişse, disiplinsizliği vahamet arz ediyorsa³³⁶ veya ceza yetkili amir tarafından mevzuatın tanıdığı yetki sınırları içinde kalınarak verilmişse³³⁷ okuldan çıkarılma işleminin iptal istemini reddetmektedir.

İdari yargılama usulünde genel kabul gören “*sebeb ikamesi (sakat nedenlerin sağlam nedenlerle değiştirilmesi)*”³³⁸ yoluyla tesis edilen işlemin sonucu itibarıyla doğru, ancak gösterilen hukuki sebebi hatalıysa, idari yargı organının salt bu nedenle işlemi iptal etmeyip, doğru hukuki sebebe işaret etmek suretiyle davayı red yetkisi bulunmaktadır. AYİM, bazen disiplinsizlik sebebiyle okulla ilişkisi kesilen öğrencilerin açtıkları davalarda, işlemin sebep unsurunun hukuka aykırı olduğuna karar vermekte, ancak sebep ikamesi yaparak iptal istemini reddedebilmektedir³³⁹.

³³³ “Deniz Lisesi öğrencilerinin işleyeceği disiplin tecavüzleri yönünden ceza vermeğe yetkili amirler arasında sayılmayan (sınıf amirinin) verdiği cezalar yok hükmünde olduğundan; bu cezalar sebebiyle disiplin notunu kaybettiği gerekçesiyle okuldan çıkarılması işlemi hukuka aykırıdır” (AYİM, 2.D. 25.10.1995, E.763, K.736, AYİMD, S.10, 1996, s.492-496).

³³⁴ “Öğrenci bölük komutanının cezalandırma yetkisini aşarak verdiği cezaların karşılığı disiplin notları kırılmak suretiyle disiplin notunun tamamını kaybettiği gerekçesiyle davacının disiplin kurulu kararıyla Uzman Jandarma Okulundan çıkarılması hukuka aykırıdır” (AYİM, 2.D.3.5.1995, E.1629, K.337, AYİMD, S.10, 1996, s.489-491).

³³⁵ “Yönetmelik hükümleri doğrultusunda hazırlanan Yönergede Ceza İnceleme Kurulunun her öğretim yılı başında toplanıp bir önceki yıl öğrencinin kırılan disiplin notlarıyla ilgili düzeltme yapabileceği düzenlenmiştir. Ceza İnceleme Kurulunda durumu incelenmemiş öğrencinin doğrudan Okul Disiplin Kurulu tarafından okuldan çıkarılma işlemi şekil yönünden hukuka aykırıdır” (AYİM, 2.D. 26.6.1985, E.200, K.122, AYİMD, S.7, 1993, s.327-329).

³³⁶ “Sınıf amiri ve annesi hakkında ağır küfürler içeren bir ses kaseti doldurup dinlerken yakalanan öğrencinin çok vahim disiplinsizlik teşkil ettiğinden öğrencilikle ilişkisinin kesilmesi uygundur” (AYİM, 2.D.15.5.1991, 1990/418, K.1991/194, AYİMD, S.7, 1993, s.335-337).

³³⁷ “Davacının disiplin cezalarının tümünün yetkili disiplin amirlerince AsCK’nın 171. maddesine ekli disiplin amirleri ve yetkilerini gösteren cetvel uyarınca ve yetki hudutları dâhilinde verildiği, davacıya savunma hakkı tanınıp savunmalarının alındığı, disiplin notunun kırılması ve notların toplanmasında maddi bir hata yapılmadığı, ceza verme işlemlerinde ceza kararlarını ağır derecede sakatlayacak ve hukukken yok hükmünde sayılmalarını gerektirecek keza davacıya hissi nedenlerle ceza verildiğine ilişkin yeterli bilgi ve belgelerin bulunmadığından öğrencilikten çıkarılma işleminin tüm unsurlarıyla mevzuata ve hukuka uygun olduğu” (AYİM, 14.3.2007, E.2006/1119, K.2007/251, AYİMD, S.23, 2008, s.240-241)

³³⁸ Sebeb ikamesi konusunda bkz. **YILMAZ, Yunus**; “İdare Hukukunda Sebeb Unsuru ve Sebeb İkamesi”, AYİMD, S.21, 2006, s.83-106.

³³⁹ “Disiplin kurulu kararında, davacının okuldan çıkarılma sebebi olarak Yönergenin 23. maddesinde yer alan ‘yasaklanmış her türlü yazıları okuyan ve bulunduran öğrenciler okuldan çıkarılır’ hükmünün gösterildiği görülmektedir. Yönetmelikte yer almayan okuldan çıkarma sebebinin Yönerge ile getirilmesinin mümkün olamayacağı açıktır. Ancak davalı idarece gizli gönderilen belgelerin incelenmesinden davacının yasadışı bir örgütün görüşlerini benimsediği, bu örgüt adına faaliyette bulunduğu görülmektedir. Yönetmelikte ‘Tutum ve davranışları ile yasadışı siyasi, yıkıcı, irticai, bölücü ideolojik görüşleri benimsediği, bu gibi faaliyetlerde bulunduğu anlaşılanlar’ın okuldan çıkarılması hükme bağlanmış bulunmaktadır. Davacının durumu Yönetmeliğin bu hükmüne uymaktadır. İdare davacıyı bu hükme göre okuldan çıkarması gerekirken başka bir nedenle okuldan çıkarmıştır. Davacının tutum ve davranışları itibarıyla Yönetmeliğin 43. maddesi gereğince okuldan çıkarılması gerektiğinden davacının okuldan çıkarılmasına ilişkin işlemin sonuç olarak doğru ve hukuka uygun olduğu kanaatine varılmıştır” (AYİM, 2.D.17.11.1993, E.243, K.525, AYİMD, S.8, 1994, s.319-321).

3.5.3.2. Yargı kararlarının sonuçları

Disiplin cezasına karşı açılan davanın retle sonuçlanması yeni bir hukuki duruma yol açmaz. Esasen verildiği anda hüküm ifade eden ve derhal uygulanmış olan disiplin cezalarına ilişkin olarak açılan davanın reddedilmesi sonrasında yeni bir işlem yapılmasına gerek yoktur³⁴⁰.

Disiplin cezasının iptal edilmesi halinde, iptal kararlarının niteliği nedeniyle söz konusu işlem tesis edildiği andan itibaren ortadan kalkmış sayılacaktır. 1602 SK'nın 63/2. maddesine göre, idare iptal ya da yürütmenin durdurulması yönündeki yargı kararlarının gereklerine göre en geç 60 gün içinde işlem tesis etmeye veya fiilde bulunmaya mecburdur. 2577 SK'nın 28. maddesinde bu süre 30 gün olarak düzenlenmiştir.

İptal kararı üzerine disiplin cezasına ilişkin olarak ilgilinin sicilinde yer alan kayıtlar çıkarılır. Disiplin cezasının ilgili bakımından doğurduğu diğer sonuçlar da ortadan kaldırılır³⁴¹. Örneğin, aylıktan kesme cezasında kesilen aylık davacıya ödenir. Yapılmayan kademe ilerlemesi yaptırılır. Devlet memurluğundan çıkarılan memur göreve başlatılır.

3.6. DİSİPLİN CEZALARININ İNFAZI

AsCK ve 477 SK'ya göre disiplin amiri tarafından verilen disiplin cezalarının cezalıya tebliği ile bu cezalar kesinleşir (AsCK m.181). Tebliğ, tebliği gereken evrakın onaylanmış bir suretinin kendisine imza karşılığında verilmesidir. Disiplin cezası verilen kişi evrakı tebellüğ etmek istemese ve tebligatı imzalamasa da tebliğ yapılmış olur³⁴². Kesinleşen ceza infaz edilebilir.

Disiplin cezaları zorla yerine getirilmesi gereken kararlardan olduklarından, bu kararları tebliğ etmekte direnmek, infaz mahalline gitmekte direnmek gibi durumlar emre itaatsizlik teşkil etmez³⁴³.

³⁴⁰ SAĞLAM, agt, s.254.

³⁴¹ “Hakkında görevden çıkarma cezası verilen bir kamu görevlisinin yargısal yoldan bu işlemin iptalini sağlaması halinde, ister usul yönünden, ister esas yönünden verilmiş olsun, idarenin bu karara uygun işlem tesis etmesi ve işlemin doğurduğu hukuki ve fiili bütün sonuçları ortadan kaldırması gerekir” (DİDD, 20.10.2005, E.2003/977, K.2005/2500, DBİM).

³⁴² “Disiplin ceza kararının sanığa resmen bildirilmiş olması ile tebliği hususu tamamlanmış olup, sanığın her hangi bir nedenle ‘tebellüğ etmiyorum’ demesi, tebligatı ve cezanın kesinleşmesini önlemez” (As.Yrgt. 1.D. 17.11.1975, E.284, K.313, ÖZBAKAN, AsCK, s.430).

³⁴³ “AsCK’nun 182. maddesinin ‘Ceza, tebliğ olunduğunu müteakip infaz olunur’ mealindeki hükmünden, infaz için mutlaka yazılı bir tebligat aranacağı sonucu çıkarılamaz. Tebellüğden imtina eden sanığın imtina ettiğinin bir tutanakla tespiti, tebliğ için yeterli olup, dava konusu olayda disiplin ceza kararı sanığa sözlü olarak söylendikten sonra infaz muamelesine girilmiş olduğuna göre, sanığın disiplin ceza kararını tebellüğ etmemek suretiyle vaki direnmesinde emre itaatsizlik suçunun unsurları mevcut değildir” (As.Yrgt. 3.D. 15.11.1977, E.355, K.343, ÖZBAKAN, AsCK, s.430).

657 SK'nın 132/1. maddesi uyarınca, disiplin cezaları verildiği tarihten itibaren hüküm ifade eder ve derhal uygulanır. Bu maddede kullanılan “*uygulama*” kelimesi, cezanın infaz edilmesi anlamı taşımaktadır³⁴⁴.

Disiplin mahkemesi kararlarının kesinleşmesinden sonra disiplin mahkemesi başkanı tarafından kararın kesinleştiğine ilişkin şerh konulur ve imzalanır. İnfaz makamlarının bu şerhi görmeden cezayı infaz etmemeleri gerekir. Disiplin mahkemesince verilen hükmün ancak kesinleştikten sonra yerine getirilebileceği kuralının tek istisnası disiplin mahkemesinin 477 SK'nın 27/3. maddesi gereğince cezanın derhal yerine getirilmesine karar vermesidir. Bu halde cezanın infazı için hükmün kesinleşmesi gerekmez.

3.6.1. İnfaz Şekilleri

Disiplin cezalarının türlerini Birinci Bölümde açıklamıştık. Statüsüne göre değişmekle beraber genel olarak asker kişilere verilebilecek disiplin cezaları; göz hapsi, oda hapsi, rütbenin geri alınması, aylık kesilmesi, izinsizlik, uyarı, kınama, sıra harici hizmet, kademe ilerlemesinin durdurulması, görevden çekilmeye davet, okuldan çıkarma ve Devlet memurluğundan çıkarmadır. Şimdi bu cezaların infazı usulünü açıklayalım.

3.6.1.1. Hapis cezaları

AsCK ve 477 SK'da düzenlenen disiplin suçlarında hapis cezası olarak oda ve göz hapsi cezası verilebileceği düzenlenmiştir. Bu cezaların aşağı hadleri bir gündür. Bir günden aşağı hapis olmaz (AsCK m.166/B).

Disiplin mahkemesince verilen ve kesinleşen oda ve göz hapsi cezalarının nasıl infaz edileceği 477 SK'nın 38. maddesinde; disiplin amirleri tarafından verilebilecek oda ve göz hapsi cezalarının nasıl infaz edileceği de AsCK'nın 24 ve 25. maddelerinde düzenlenmiştir.

3.6.1.1.1. Göz hapsi

Subaylar, astsubaylar, Devlet memurları, uzman jandarma ve uzman erbaşlar hakkında³⁴⁵ verilen göz hapsi cezasında; a) Hükümlüler resmi daire, kışla, eğitim alanları ile sair yerlerdeki hizmetlerine devam ederler. b) Hizmetin bitiminden sonra hiçbir yere gidemezler. Kışlada veya resmi odalarda kalırlar. c) Hizmete ilişkin olanlar dışında hiçbir ziyaret kabul edemezler (477 SK m.38; AsCK m.24).

³⁴⁴ SAĞLAM, agt, s.243.

³⁴⁵ AsCK'nın 23. maddesinde, askeri öğrenciler ile erbaş ve erlere verilebilecek cezalar arasında göz hapsi cezası bulunmamaktadır.

Göz hapsi cezası, askeri hizmetin yapılması ile birlikte yerine getirilen bir ceza olup, hizmetin bitiminden sonra da devam eder. Görevlerini kışla dışında da gezici olarak yapan kişilerin göz hapsi cezalarının infazı maksadıyla ceza süreleri kadar gezici hizmetlerinden alınarak sabit bir görevde çalıştırılmaları uygun olur. Zira hükümlünün ceza süresi içerisinde birliğinde bulunması cezanın mahiyeti icabıdır³⁴⁶.

Göz hapsi cezası ile cezalandırılan asker kişilerin, hizmetin bitiminden sonra hiçbir yere gidemeyeceklerine ilişkin hükmü, hizmet alanının dışına çıkamamak şeklinde anlamak gerekir. Hükümlülerin banyo yapmak, tuvalet ihtiyacını gidermek, yemek yemek gibi zaruri ihtiyaçlarını karşılamak için kısa aralıklı hizmet sahası dâhilindeki yerlere gitmeleri bu kurala aykırılık teşkil etmez. Ancak hükümlünün göz hapsi cezasını çekerken hizmet alanı dışına çıkması, ceza yerini terk etmesi AsCK'nın 77. maddesinde düzenlenen “*Göz Hapsi Mahallini Terketmek*” suçunu oluştur³⁴⁷.

Hizmete ilişkin olanlar dışında hiçbir ziyaret kabul edemezler. Buradaki yasaklama, özel ve ailevi ziyaretleri önlemek içindir. Hizmetle ilgili olarak kendileri ziyaretçi kabul edebilecekleri gibi, yine hizmetin gerektirdiği ziyaretlerde de bulunabilirler³⁴⁸.

3.6.1.1.2. Oda hapsi

477 SK'nın 38 ile AsCK'nın 24 ve 25. maddelerinde oda hapsi cezasının infazı konusunda asker kişilerin rütbe, statü ve görevlerine göre ayırım yapılmıştır.

3.6.1.1.2.1. Askeri öğrenciler hakkında

Askeri öğrenciler (askeri lise ve eşiti okul öğrencileri hariç), oda hapsi cezasını belirli bir hapis odasında topluca geçirirler. Hapis odalarının kapısında bir nöbetçi bulundurulur (477 SK m.38/1-B; AsCK m.24/2)³⁴⁹.

3.6.1.1.2.2. Erbaş ve erler hakkında

Erbaş ve erler de, cezayı belirli hapis odalarında topluca geçirirler. Hapis odalarının kapısında bir nöbetçi bulundurulur. Erbaşlar genel hizmet yapamazlar³⁵⁰. Erler ağır askeri hizmetlerde kullanılabilir³⁵¹.

³⁴⁶ ÖZBAKAN, Disiplin, s.106; KOC, age, s.710.

³⁴⁷ “*Disiplin mahkemeleri ile disiplin amirleri tarafından verilen göz veya oda hapsi cezalarının çekildiği yeri terk edenlere veya cezanın diğer infaz şartlarını yerine getirmeyenlere, bir aydan altı aya kadar hapis cezası verilir*” (AsCK m.77).

³⁴⁸ KOÇYİĞİT, agt, s.182.

³⁴⁹ AsCK'nun 23. maddesinin ilk şeklinde “*Disiplin yoluyla askeri lise talebesine kısa hapis cezaları verilemez*” düzenlemesi bulunmaktaydı. 22.3.2000 tarihli 4551 SK'la mevcut düzenleme getirilmiştir.

3.6.1.1.2.3. Subaylar, astsubaylar, Devlet memurları, uzman jandarma ve uzman erbaşlar hakkında

Subaylar, astsubaylar, Devlet memurları, uzman jandarma ve uzman erbaşlar hakkında verilen oda hapsi cezasında; a) Hükümlüler mümkün olduğu takdirde, cezayı tek başlarına belirli bir hapis odasında geçirirler. b) Emir veremezler. c) Genel hizmet yapamazlar (477 SK m.38; AsCK m.24).

Belirtilen kişiler hakkında verilen oda hapsi cezalarının “*mümkün olduğu takdirde*” tek başlarına çektirileceği düzenlenmiştir. Bu nedenle bina durumunun uygun olmadığı yer ve zamanlarda cezanın toplu olarak infazı da mümkündür. Cezanın tek başına infazı için disiplin ceza ve tutukevlerinde bu amaçla yapılmış, özel odaların olması gerekmektedir. Nitekim Disiplin Ceza ve Tutukevleri Yönergesinin 4. maddesi, teşkilatında disiplin mahkemesi kurulan komutanın teşkilatında birer disiplin ceza ve tutukevi bulunacağını öngörmektedir. Yönergenin öngördüğü şekilde disiplin cezaevi bulunmayan yerlerde oda hapsi cezası kıta veya kurumlarda bu maksatla ayrılmış özel disiplin odalarında da çektirilebilir.

Oda hapsi cezası ile hükümlü olan asker kişiler, cezalarının infazı sırasında emir veremezler. Bu nedenle verdikleri talimatlar emir niteliğinde olmadığından, bunların yerine getirilmemesi emre itaatsizlik teşkil etmez.

477 SK’nın 38/1-B ve AsCK’nın 24/2. maddelerinde askeri öğrencilerin oda hapsi cezasını belirli bir hapis odasında topluca geçirecekleri ve hapis odalarının kapısında bir nöbetçi bulundurulacağı düzenlenmiştir. Bu düzenlemenin aksinden, kanun koyucunun subay, astsubay, Devlet memuru, uzman jandarma ve uzman erbaşların oda hapsi cezalarının infaz edildiği odanın önünde nöbetçi bulundurulmamasını istediği anlaşılmaktadır. Zaten oda hapsi ceza yerini terk etmek AsCK’nın 77. maddesinde düzenlenen suç oluşturacaktır.

3.6.1.2. Rütbenin geri alınması

AsCK’da düzenlenen disiplin suçlarından dolayı sadece erbaşlara general rütbesindeki disiplin amirleri tarafından verilebilir (AsCK m.165/C-4).

³⁵⁰ AsCK’nun 25/4. maddesinde “*onbaşı ve erler ağır askeri hizmetlerde kullanılabilirler*” şeklinde düzenleme vardır. Dolayısıyla disiplin amiri tarafından verilecek oda hapsi cezalarında onbaşılara da ağır askeri hizmet yaptırılacaktır. Ancak disiplin mahkemesi tarafından verilecek oda hapsi cezalarında onbaşılara ağır askeri hizmet yaptırılmayacaktır.

³⁵¹ Disiplin Ceza ve Tutukevi Yönergesi’nin 38. maddesine göre, ağır askeri hizmetlerden maksat şudur; eşya taşınması, taş veya odun kırılması, yol yapımı ve arazi tesviyesi gibi işlerle, kazma kürek kullanılmasını gerektiren sair ve benzeri işler ağır işler olup, bu hizmetler ancak hizmet icapları gerektirdiği takdirde yapılır. Eza etme gayesi güdülemez. Ağır hizmetlerin, hükümlü veya cezalının beden gücü oranında ve sağlık durumunu bozmayacak şekilde olmasına dikkat edilir.

477 SK'da düzenlenen suçlarda rütbenin geri alınması cezası doğrudan verilebilecek bir disiplin cezası değildir. Çünkü disiplin suçlarına verilebilecek cezalar oda veya göz hapsidir. Ancak erbaşlar hakkında asli ceza ile birlikte rütbenin geri alınması cezası da verilebilir. Disiplin mahkemesince hiçbir şarta bağlı olmaksızın ihtiyari olarak rütbenin geri alınması cezasına asıl cezayla birlikte hükmolunabilir.

Rütbenin geri alınma cezasının sonuçlarını AsCK'nın 35. maddesi düzenlemektedir. Bu maddeye göre rütbenin geri alınması cezası, hükümlünün rütbesinin geri alınarak erliğe indirilmesi ve askeri hizmetten doğan özel kanunda saklı tutulmayan bütün hakların kaybı sonuçlarını doğurur. Görüldüğü gibi, rütbenin geri alınması cezası asker kişiyle TSK arasındaki bağlantıyı kesmemekte, bu cezaya maruz kalan asker kişi TSK'da görev yapmaya devam etmektedir³⁵². Ancak artık rütbesiz er durumuna geçmektedir. Bu ceza eskiden cezalının rütbesinin kıtası huzurunda sökülmesi suretiyle yerine getirilmekte iken Anayasa Mahkemesince AsCK'nın 35. maddesinin 3. fıkrasındaki bu düzenleme iptal edilmiştir³⁵³. Dolayısıyla rütbenin geri alınma cezası verildiğinde söz konusu erbaş ile ilgili kayıtlara durum işlenir ve erbaşın kolundaki rütbeyi sökmesi istenir.

3.6.1.3. Aylık kesilmesi

AsCK'nın 165/1. maddesine göre, subay, astsubay, Devlet memuru, uzman jandarma ve uzman erbaşlar hakkında verilebilecek bir cezadır. 657 SK'da düzenlenen suçlarda da Devlet memurlarına verilebilmektedir.

Cezalının ek göstergeler dâhil brüt aylığından, ceza kararında belirtilen oranda kesinti yapılır. Aylık kesilmesi tam lira üzerinden yapılır. Kesinti miktarı 10 TL'den aşağı olamaz (AsCK m.166/B).

657 SK'nın 132/2. maddesi uyarınca, aylıktan kesme cezasının veriliş tarihini takip eden aybaşında ve o ayın aylığı esas alınarak uygulanması gerekir. Uygulama, verilen cezaya bağlı olarak ilgilinin brüt aylığının 1/8'i ile 1/30'u arasında ceza kararında belirlenen oranda bir miktarın bordro üzerinden kesilmesi suretiyle yapılacaktır. Aylıktan yapılacak kesintinin, bulunduğu kadroya bağlı olarak alması gereken aylık tutarı üzerinden yapılması

³⁵² KOÇYİĞİT, agt, s.184.

³⁵³ Anayasa Mahkemesi iptal gerekçesinde, rütbenin geri alınması cezasının cezalının rütbesinin kıtası huzurunda sökülerek infaz edilmesinin, aynı zamanda cezalının teşhir edilmesi sonucunu doğurduğunu, oysa suçlunun teşhir edilmesinin modern ceza hukuku anlayışıyla bağdaşmadığı gibi Anayasa'nın 17. maddesinde yer alan kimsenin insan onuruyla bağdaşmayan bir ceza veya muameleye tabi tutulamayacağı yolundaki ilkeye de aykırı olduğunu belirtmiştir (Ay.Mah. 25.11.2005, E.2000/34, K.2005/91, RG, 08.11.2006, S.26340).

gerekmektedir³⁵⁴. Kesintiye esas tutulacak aylık unsurları, gösterge ve ek göstergeden oluşmakta, bunun dışındaki ödeme kalemleri kesintide dikkate alınmamaktadır³⁵⁵.

Aylıktan kesme cezasının alt sınırı otuzda bir, üst sınırı da sekizde bir olduğundan; otuzda birden daha az veya sekizde birden daha fazla oranda aylıktan kesme cezası uygulanamaz. Cezanın hesaplanmasında, alt sınır olan otuzda birden başlanır. Bu oran artırılarak uygulanacaksa gerekçelerinin gösterilmesi gerekir³⁵⁶.

3.6.1.4. Uyarı

477 SK'da düzenlenen disiplin suçları dışındaki tüm disiplin suçlarında ve TSK'da görevli tüm asker kişilere statüsü ne olursa olsun verilebilen bir cezadır³⁵⁷. Uyarı, disiplin suçu işleyen asker kişiye görevinde ve davranışında kusurlu sayıldığı için yazı ile bildirilmesi (AsCK m.185)³⁵⁸.

Uyarı ve kınama cezalarını ayrı ayrı düzenleyen 657 SK'nın 125. maddesinde uyarı; *“memura, görevinde ve davranışlarında daha dikkatli olması gerektiğinin yazı ile bildirilmesi”*³⁵⁹; 357 SK'nın 29. maddesinde ise *“görevde daha dikkatli olması gerektiğinin yazı ile bildirilmesi”* şeklinde tarif edilmiştir. Belirtilen içerikteki yazıların disiplin cezası verilen kişiye tebliği ile uyarı cezası infaz edilmiş olur.

Uyarı, arkadaşça konuşma, sözlü bir ikaz ya da tembih şeklindeki gayri resmi usuller kullanıldıktan sonra ilk resmi disiplin hareketidir³⁶⁰. Hiyerarşik amir tarafından yazılı olarak verilmektedir. Bu yüzden *“manevi ceza”* niteliğindedir³⁶¹.

³⁵⁴ D10D, 18.6.1986, E.1984/2688, K.1986/1409, DBİM.

³⁵⁵ **GÜVENÇ, Celal**; *“Devlet Memurları Açısından Mahalli İdarelerde Disiplin Suç ve Cezaları”*, ÇYYD, C.4, S.5, Eylül 1995, s.32; **SAĞLAM**, agt, s.244.

³⁵⁶ **ASLAN**, age, s.69.

³⁵⁷ 357 SK, 1600 SK, 1602 SK ve 657 SK'da *“uyarma”* kavramı kullanılmaktaysa da, *“uyarı”* ile aynı niteliktedirler.

³⁵⁸ 4551 SK'la değişiklik yapılmadan önce tevbih ve şiddetli tevbih cezaları vardı. Bu cezaların infaz şekli farklıydı. Tevbih; Subaylar hakkında şahit olmadan veyahut bir üst hazır olarak kendilerine tebliğ ediliyordu. Şiddetli Tevbih; Subaylar hakkında rütbelerinden yukarı subaylar huzurunda; Erler hakkında, kıtasından en az üç kişi huzurunda kendisine tebliğ ediliyordu.

³⁵⁹ Bu tarife *“davranış”* ibaresi 2670 SK'la eklenmiştir. İlk düzenlemede sadece *“görevde daha dikkatli davranma”* ifadesi yer alıyordu. Bu değişiklikten sonra artık memur sadece görevinde dikkatli olmakla yetinemeyecek, davranışlarında da görevinde göstermesi gereken dikkat derecesinde özen göstermek zorunda kalacaktır. Burada memurdan istenen dikkatin derecesi memurun gördüğü hizmetin gerektirdiği *“makul”* bir dikkattir (**KIRMIZIGÜL**, age, s.58).

³⁶⁰ **KILINÇ**, agm, s.11.

³⁶¹ **PINAR**, age, s.318.

3.6.1.5. Kınama

Kınama cezasının uygulanması için uyarı cezasından farklı olarak, somut bir olay veya davranışa dayanılmak suretiyle maddi delillerin belirlenmesi gerekir³⁶². Burada, memurun kusurlu olması yeterli olup, ceza verilmesi için kasıt aranmaz. Uyarı soyut ve hafif bir müeyyide türü iken, kınama somut ve daha ağır bir cezadır³⁶³.

Uyarı ve kınama cezasını ayrı ayrı düzenleyen kanunlara (657 SK, 357 SK, 1600 SK ve 1602 SK) tabi olan asker kişiler (Devlet memurları, askeri hâkimler, Askeri Yargıtay ve AYİM Başkan ve üyeleri) hakkında disiplin suçlarında verilebilen bir ceza olan kınama; görevinde ve davranışlarında kusurlu olduğunun yazı ile bildirilmesidir. Bilirtilen içerikteki bir yazının disiplin cezası verilen kişiye tebliği ile kınama cezası infaz edilmiş olur.

3.6.1.6. İzinsizlik

AsCK'nın 165. maddesi uyarınca, disiplin tecavüzlerinde askeri öğrenciler ile erbaş ve erlere verilebilen bir cezadır. İzinsizlik cezası, cezalının hafta tatilinde birlikte ayrılmanması suretiyle infaz edilir. Söz konusu asker kişiler, sürekli birlik ve kurum içinde kalan ve hafta sonu çarşı iznine çıkabilmektedirler. İzinsizlik cezası göz hapsi cezasına benzer nitelikte bir cezadır.

3.6.1.7. Sıra harici hizmet

AsCK'nın 165. maddesine göre, AsCK'da düzenlenen disiplin tecavüzlerinde sadece erbaş ve erlere verilebilen bir cezadır. Sıra harici hizmet, cezalının askeri hizmetlerde, sırası dışında ve fazla olarak 4 haftaya kadar çalıştırılmasıdır. Disiplin amiri tarafından belirlenen hizmetin cezalı tarafından yapılmasıyla ceza infaz edilmiş olur. Söz konusu hizmetin cezalı tarafından yapılmaması emre itaatsizlik suçunu oluşturur³⁶⁴.

Bu cezanın gayesi, cezalının günlük hizmet cetvelinin dışında, herkesin yaptığından fazla ve sırası dışında askeri hizmetlerde çalıştırılmasıdır. Yoksa askeri hizmet olmayan bir iş ceza olarak yaptırılamaz. Örneğin gereksiz çukur kazdırmak askeri bir hizmet olmadığından ceza olarak da yaptırılamaz. Ancak gerekli lağım çukuru, siper kazılması, araç ve kışla temizliği gibi işler birer askeri hizmet olduğundan sıra harici hizmet cezası olarak yaptırılabilir³⁶⁵.

³⁶² ASLAN, age, s.64.

³⁶³ KILINÇ, agm, s.15.

³⁶⁴ As.Yrgt.1.D.11.11.1968, E.717, K.710, ÖZBAKAN, AsCK, s.411.

³⁶⁵ EROĞLU, agt, s.223.

Herhangi bir hizmet sırasında disipline aykırı fiiller nedeniyle fazladan yaptırılan işler sıra harici hizmet cezası niteliği kazanır. Örneğin içtimaya geç kalan bir ere bu disiplinsizliği nedeniyle süründürme eğitimi yaptırmak sıra harici hizmet cezasıdır³⁶⁶.

3.6.1.8. Kademe ilerlemesinin durdurulması

657 SK'da düzenlenen disiplin suçlarında Devlet memurlarına verilebilen bir cezadır. 657 SK'nın 125/D. maddesinde; “*Memurun bulunduğu kademedeki ilerlemesinin 1-3 yıl arasında durdurulması*” şeklinde tanımlanmıştır. Buna göre, memura verilen kademe ilerlemesinin durdurulması cezası, cezanın veriliş tarihinden itibaren yapacağı kademe ilerlemelerinin verilen ceza süresi kadar durdurulması şeklinde uygulanacaktır. Örneğin, kendisine 2 yıl ceza verilmiş olan bir memura iki yıl üst üste kademe ilerlemesi yaptırılmayacaktır.

Kademe ilerlemesinin durdurulması cezasının uygulanması konusunda Kanunun 125. maddesinin 5. fıkrasında istisnai bir hükme yer verilmiştir. Maddeye göre, öğrenim durumları nedeniyle yükselebilecekleri kadroların son kademelerinde bulunan Devlet memurlarının, kademe ilerlemesinin durdurulması cezasının verilmesini gerektiren hallerde, aldıkları ceza süresine bağlı olarak brüt aylıklarının 1/4'ü -1/2'si oranında kesinti yapılacaktır.

657 SK'nın 158. maddesinin 2. fıkrasında; “*Aday memurlara asaletleri tasdik edilinceye kadar kademe ilerlemesi uygulanmaz*” hükmü öngörüldüğünden, aday memura verilen kademe ilerlemesinin durdurulması cezası ancak adaylığının kalkıp memurun kademe ilerlemesine hak etmesinden itibaren uygulanabilecektir³⁶⁷.

3.6.1.9. Görevden çekilmeye davet

1600 SK ve 1602 SK'ya tabi yüksek mahkeme başkan ve üyelerinin söz konusu kanunlarda düzenlenen disipline aykırı fiillerinde verilebilen bir cezadır. Görevden çekilmeye davet edilen ilgili, işlemin kesinleşmesinden itibaren izinli sayılır. Bir ay içinde emekliliğini istemediği veya istifa etmediği takdirde görevinden çekilmiş sayılarak hakkında T.C. Emekli Sandığı Kanunu hükümlerine göre gerekli işlem yapılmak üzere durumu MSB'liğine bildirilir (1600 SK m.36; 1602 SK m.31).

AYİM'de askeri hâkim sınıfından olmayan üyeler de görev yapmaktadır. Bunlara söz konusu ceza verilmişse, işlemin kesinleşmesinden itibaren üyelik durumu kalkar. AYİM ile

³⁶⁶ As.Yrgt.1.D.18.3.2008, E.653, K.712, yayınlanmamıştır.

³⁶⁷ SAĞLAM, agt, s.245.

ilişği kesilir. Durumu Genelkurmay Başkanlığı, MSB'lığı ve ilgilinin bağlı bulunduğu kuvvet komutanlığına derhal bildirilir (1602 SK m.31/b).

3.6.1.10. Okuldan çıkarma

Askeri öğrenciler için 4566 sayılı Harp Okulları Kanunu, 2955 sayılı Gülhane Askeri Tıp Akademisi Kanunu, 4752 sayılı Astsubay Meslek Yüksek Okulları Kanunu gibi öğrenci mevzuatında ağır disiplin ihlallerinde okul disiplin kurullarınca verilen okuldan çıkarma cezası, ilgili öğrencinin okulla ilişkisinin kesilmesi suretiyle infaz edilmektedir. Bu kişiler bir daha askeri okullara öğrenci olarak alınmazlar.

3.6.1.11. Devlet memurluğundan çıkarma

657 SK'da düzenlenen disiplin suçlarında aday memurlar dışındaki Devlet memurlarına verilebilen bir cezadır. Devlet memurluğundan çıkarma cezası, ilgilinin cezanın verildiği tarih itibarıyla kurumla ilişkisinin kesilmesi suretiyle uygulanacaktır (657 SK m.132/1). Durumun Devlet Personel Başkanlığına bildirilmesi gerekmektedir. Devlet memurluğundan çıkarılan kişi tekrar Devlet memuru olamaz³⁶⁸.

3.6.2. Disiplin Cezalarının İnfazı ile İlgili Ortak Hususlar

Disiplin cezalarının infazı aşamasında da zamanaşımı, erteleme gibi bazı hususlara uyulması gerekmektedir.

3.6.2.1. Disiplin cezasının infazının ertelenmesi

477 SK'da düzenlenen suçlardan dolayı disiplin mahkemesince verilen disiplin cezaları kesinleştikten sonra en kısa sürede infaz edilmesi gerekir. Ancak seferberlik ve savaş halinde teşkilatında disiplin mahkemesi kurulan komutan, disiplin mahkemesince verilen cezanın yerine getirilmesini, hükümlünün askerliğinin bitimine veya seferberliğin sona ermesine veya barışa kadar geri bırakabilir (477 SK m.38/son).

Disiplin amirlerinin verdiği cezalar tebliğ edildiği andan itibaren infaz edilmesi gerekir. Ancak cezayı veren disiplin amiri zorunluluk halinde cezanın infazının sonraya bırakılmasını veya cezanın bölümler halinde infazını yapabilir (AsCK m.183/1). Maddedeki “zorunluluk hali”; hastalık, ölüm, tatbikat, askeri harekât ve olağanüstü hal gibi durumlardır³⁶⁹.

³⁶⁸ “Bir başka kurumda Devlet memurluğundan çıkarma cezası alan davacının, daha sonra bu atandığı yeni görevinde durumun anlaşılması sebebiyle görevine son verilmesinde mevzuata aykırılık bulunmadığı” (D12D, 13.9.2004, E.2003/1341, K.2004/2410, DBİM).

³⁶⁹ ÖZBAKAN, AsCK. s.431.

657, 357, 1600 ve 1602 SK’larda düzenlenen suçlardan dolayı verilen cezaların infazının ertelenebileceğine ilişkin bir düzenleme yoktur. Zaten söz konusu kanunlara göre verilen disiplin cezalarının nitelikleri de erteleme yapılmasını gerektirmemektedir.

3.6.2.2. Zamanaşımı

Daha önce soruşturma ve kovuşturma zamanaşımını incelemiştik. Kesinleşen cezaların, hüküm tarihinden itibaren belirli bir süre içinde infaz edilememesi halinde, bu cezayı infaz yetkisini kaldıran müesseseye “*ceza zamanaşımı*” denilmektedir³⁷⁰. Kanun koyucu bazı disiplin cezalarında ceza zamanaşımını düzenlemiştir.

Disiplin amirlerince, AsCK’nın 171. maddesinin tanıdığı yetkiye dayanılarak verilen disiplin cezaları 1 yıllık zamanaşımına tabidir. Bu süre cezanın tebliğinin ertesi günü başlar (AsCK m.186).

477 SK’ya göre disiplin mahkemelerince verilen oda ve göz hapsi cezaları kesinleştikleri tarihten itibaren 1 yıl içinde infaz edilmezlerse zamanaşımına uğrar (477 SK m.44/1). Disiplin mahkeme kararının tefhimi veya tebliğinden itibaren itiraza hakkı olanların 3 gün içinde itiraz haklarını kullanmaları gerekir. Aksi halde verilen ceza kesinleşmektedir. Kararın kesinleşmesi üzerine disiplin mahkemesi başkanı tarafından kesinleşme ve infaz şerhi verilerek imzalanır. Bir yıllık ceza zamanaşımı süresinin başlangıcı, mahkeme başkanı tarafından şerhin imzalandığı tarih değil, mahkeme kararının tefhimi veya tebliğinden sonraki üç günlük süreden sonra gelen tarihtir. Eğer karara itiraz edilmişse, ceza zamanaşımı süresi, üst disiplin mahkemesinin itirazı reddettiği veya itirazı yerinde görerek davanın esasına hükmettiği tarihten itibaren başlar.

Yukarıda belirtildiği gibi 477 SK’nın 38. maddesine göre, seferberlik ve savaş halinde disiplin cezasının yerine getirilmesi ertelenmişse, erteleme süresi içinde ceza zamanaşımı işlemez (477 SK m.44/2).

Ceza zamanaşımı süresinin dolması halinde artık Devletin cezalandırma yetkisi sona ereceğinden, disiplin mahkemesi ve disiplin amirinin AsCK’ya göre verdiği disiplin cezaları infaz edilemeyecektir³⁷¹.

477 SK’nın 63. maddesinin 2. fıkrasındaki düzenleme nedeniyle TCK’da düzenlenen zamanaşımını kesen nedenler, disiplin mahkemelerince verilen cezaların infazında geçerli değildir.

³⁷⁰ DÖNMEZER/ERMAN, age, C.III, s.278.

³⁷¹ ÖZBAKAN, Disiplin, s.137; KOÇ, age, s.715.

Ceza zamanaşımı 657 SK'ya göre verilen cezalarda söz konusu değildir³⁷². 657 SK'da düzenlenen disiplin suçlarından dolayı verilen disiplin cezalarının infazı aşamasında herhangi bir sınırlama öngörülmediğinden cezaların sicilden silinme süresi içinde infaz edilebileceğini söyleyebiliriz.

3.6.2.3. TSK'dan ayrılmış olanlara ilişkin cezaların yerine getirilmesi

Disiplin cezaları belli statüde bulunanlara uygulandığından kural olarak statü dışına çıkanlar hakkında verilen cezaların infazı mümkün değildir. Bu nedenle AsCK'nın 187. maddesinde disiplin amiri tarafından cezalandırılan bir cezanın³⁷³ TSK'dan ayrılması halinde önceden verilen disiplin cezasının infazının yapılamayacağı düzenlenmiştir. Ancak cezanın infazına başlanmışsa tamamlanmasına kadar asker kişilerin terhisi ertelenir.

Disiplin mahkemelerince verilen disiplin cezaları, bir mahkeme hükmü niteliğinde görüldüklerinden³⁷⁴, hükümlünün emeklilik, istifa, ihraç, terhis vs. işlemler sonucu TSK ile ilişkisi kesilse dahi mutlaka infaz edilmektedir. Nitekim disiplin mahkemelerince haklarında oda hapsi cezası verilen ve fakat cezalarının infazına başlanmadan önce, her hangi bir nedenle TSK ile ilişkileri kesilen er ve erbaşların, askeri öğrencilerin ve Devlet memurlarının oda hapsi cezalarının infazının nasıl yapılacağı Disiplin Ceza ve Tutukevi Yönergesi'nin 28. maddesinde düzenlenmiştir.

657 SK'da düzenlenen suçlardan dolayı disiplin cezası verilen bir Devlet memurunun ceza verildikten sonra TSK'dan ayrılması halinde, verilen cezanın niteliğine göre uygulama imkânı varsa uygulanması, uygulanma imkânı yoksa disiplin cezası kararının ilgilinin sicil dosyasına konulması gerekir³⁷⁵. Bu kişinin, cezanın sicilden silinme süresi içinde tekrar Devlet memurluğuna girmesi durumunda ceza infaz edilir³⁷⁶.

3.6.2.4. Disiplin cezalarının geri alınamaması

İdari işlemlerin geri alınması, hukuka aykırı işlemlerin tesis edildikleri tarihten itibaren

³⁷² SAĞLAM, agt, s.180.

³⁷³ Disiplin amiri tarafından ceza verilen kişiler için “ceza”, disiplin mahkemesi tarafından ceza verilen kişiler için “hükümlü” tabiri kullanılmaktadır.

³⁷⁴ “Maddenin mütalaasından da anlaşılacağı veçhile, ordudan ayrılma halinde infaz veya ikmalî caiz olmayan ceza ‘disiplin cezası’dır. Maddede askeri mahkemelerce tahtı karara alınan kısa hapis cezalarının çektilirilmeyeceğine dair her hangi bir kayıt ve sarahat mevcut değildir. Disiplin cezaları için vaz edilmiş olan istisnâî bir hükmün iki nevi ceza arasında görülen her hangi bir müşabehet dolayısıyla mahkeme kararlarına teşmiline gerek ceza hukukunun genel esasları ve gerek Teşkilatı Esasiye Kanununun mahkemeler mukarreratı hakkındaki ahkâmı cevaz vermez. Bu nedenlere binaen AsCK’nun 187. maddesinin, askeri mahkemelerden sadır olan kısa hapis cezalarına şamil olup olmadığı hususunda tefsire ihtiyaç gösteren herhangi bir hükmü ihtiva etmemekte olduğuna karar verildi” (13.6.1941 tarih ve 1246 sayılı TBMM tefsir kararı, ÖZBAKAN, AsCK, s.433).

³⁷⁵ KAYA, agm, s.62; D10D, 2.12.1985, E.1635, K.1997, DÜNDAR, agm, s.44.

³⁷⁶ D3D, 27.1.1977, E.47, K.42, DD, S.28-29, 1978, s.116-120.

ortadan kaldırılması sonucunu doğuran idari bir tasarruftur³⁷⁷.

Disiplin cezaları da birer idari işlem olduklarından diğer idari işlemler gibi kararı veren idari makam tarafından geri alınması düşünülebilir. Ancak Birinci Bölümde açıkladığımız üzere, disiplin cezaları diğer idari yaptırımlar gibi birer idari işlem olmalarına karşılık, adli cezalara benzeyen özellikleri nedeniyle idari işlemlere göre farklı rejimlere tabi tutulabilmektedir³⁷⁸. Nitekim disiplin cezası vermeye yetkili kişi ve kurulların yetkilerinin belirlenmesi, disiplin soruşturma ve kovuşturma usulü, disiplin kararı verilmesi, disiplin cezalarına karşı itiraz gibi konularda öngörülen şekil şartlarına uyulması gerekmektedir. Bu özellikleri, disiplin cezasının yeni bir idari işlemle geri alınmasına engeldir. Nitelikleri gereği yetkili organlarca ancak bir defaya mahsus olarak kullanılabilecek yetkilere benzetilen³⁷⁹ disiplin cezaları, yetkili amir veya kurullar tarafından verildikten ve kesinleştikten sonra yeni bir idari işlemle geri alınamazlar³⁸⁰.

Disiplin kurulunun yetkisine giren bir cezayı gerektiren fiile, disiplin amiri kendi yetkisindeki bir cezayı vermiş olsa ve bu ceza da kesinleşmiş olsa, bu cezanın da geri alınması mümkün değildir³⁸¹. Disiplin cezası ancak itiraz üzerine kaldırılabilir³⁸².

³⁷⁷ TAN, age, s.5; ÇAĞLAYAN, agm, s.43.

³⁷⁸ SAĞLAM, agt, s.246.

³⁷⁹ DİNÇER, agm, s.88.

³⁸⁰ DİLEK, age, s.42; KIRMIZIGÜL, age, s.288; SAĞLAM, agt, s.246; KAYA, agm, s.69; “İlgili kanuni düzenlemeler çerçevesinde kesinleşen disiplin cezaları, doktrin ve uygulamada kabul edildiği üzere, disiplin cezalarını veren idari merciler yönünden de bağlayıcı ve kesin niteliktedir. İdari mercilerin, vermiş oldukları disiplin cezalarını geri almaları, verdikleri disiplin cezası yerine başka bir disiplin cezası verme yoluna gitmeleri kural olarak olanaksızdır” (D10D, 15.2.1990, E.1989/2490, K.1990/270, DD, S.80, 1991, s.432); Aynı yönde D10D, 4.4.1985, E.1984/2635, K.1985/700, KIRMIZIGÜL, age, s.288).

³⁸¹ Nitekim bir disiplin amiri, Devlet memurluğundan çıkarma cezası gerektiren hırsızlık suçuyla ilgili olarak bir memura uyarma cezası vermiştir. Daha sonra bu durum anlaşıncı yüksek disiplin kurulu, disiplin amirinin yetki gasbı yaparak verdiği söz konusu uyarma cezasını yok hükmünde sayarak Devlet memurluğundan çıkarma cezası vermiştir. Danıştay “Kanuni düzenlemeler çerçevesinde kesinleşen disiplin cezaları, disiplin cezalarını veren idari merciler yönünden bağlayıcı ve kesin nitelikte olup, idari mercilerin vermiş oldukları disiplin cezalarını geri almaları veya verdikleri disiplin cezası yerine başka bir disiplin cezası verme yoluna gitmeleri kural olarak olanaksızdır. Kamu hizmetinin beli bir düzen içerisinde yürütülmesi için gerekli önlemlerden olan disiplin cezası, niteliği gereği öteki idari işlemlerden farklı olup, disiplin cezası vermeye yetkili organlar, bu organların oluşumu, çalışma usulü, karar oluşturulması, bu kararlara itiraz ve bütün bu sürenin 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 yasama tasarrufu ile iptal edilebilir veya ancak disiplin cezasının ağırlığına göre belli süreler geçtikten sonra sicil dosyasından silinmesi atamaya yetkili amirden istenebilir” gerekçesiyle yüksek disiplin kurulu kararını iptal etmiştir (D12D, 26.3.2007, E.2006/3521, K.2007/1413, DBİM).

³⁸² “İlgililere verilen uyarı ve kınama cezalarının ancak 657 SK’da belirlenen süre içinde ceza verilen ilgililer tarafından itiraz edilmesi üzerine yetkili itiraz mercilerince kaldırılabilceği, itiraz edilmeyen kararlar ile itiraz üzerine verilen kararların da kesin olduğu açıktır. Buna rağmen davacıya verilen kınama cezasına davacı tarafından itiraz edilmemiş olduğu, bu haliyle anılan cezanın kesinleştiği görülmektedir. Bu durumda, ortada itiraz üzerine yetkili mercilerce cezanın kaldırılmasına dair bir karar bulunmaksızın, Müsteşar tarafından verilen ve itiraz edilmeyerek kesinleşen kınama cezasının yine Müsteşar tarafından idari bir tasarrufla kaldırılmasının mümkün olmadığı” (D12D, 11.4.2007, E.2004/848, K.2007/1765, DBİM).

Disiplin cezasının geri alınamaması nedeniyle AsCK'nın 190. maddesinde disiplin amirinin verdiği cezanın değiştirilmesi veya kaldırılması için üst disiplin amirine müracaat edebileceği düzenlenmiştir³⁸³.

Disiplin mahkemelerinin karar verdikten sonra yetkileri sona erdiğinden verilen ceza kesinleşmeden önce üst disiplin mahkemesince itiraz üzerine veya kesinleştikten sonra yazılı emir yoluyla Askeri Yargıtay tarafından kaldırılabilir ya da değiştirilebilir.

3.6.2.5. Disiplin cezalarının sicilden silinmesi

657 SK'ya göre verilen ve kesinleşen disiplin cezaları, bazı durumlarda ilgilinin disiplin sicilinden silinir. Bu silinme, ilgili kişinin disiplin cezasının uygulanmasından sonra, disiplin kurallarına uygun davranmasının ödüllendirilmesi olarak değerlendirilebilir³⁸⁴. Disiplin cezalarının adli sicilden silinmesi şartları 657 SK'nın 133. maddesinde; “(1) Disiplin cezaları memurun siciline işlenir. Devlet memurluğundan çıkarma cezasından başka bir disiplin cezasına çarptırılmış olan memur uyarma ve kınama cezalarının uygulanmasından 5 sene, diğer cezaların uygulanmasından 10 sene sonra atamaya yetkili amire başvurarak, verilmiş olan cezalarının sicil dosyasından silinmesini isteyebilir. (2) Memurun, yukarıda yazılan süreler içerisindeki davranışları, bu isteğini haklı kılacak nitelikte görülürse, isteğinin yerine getirilmesine karar verilerek bu karar sicil dosyasına işlenir. (3) Kademe ilerlemesinin durdurulması cezasının sicilden silinmesinde disiplin kurulunun mütalaası alındıktan sonra yukarıdaki fıkra hükmü uygulanır” şeklinde düzenlenmiştir.

Disiplin cezalarının sicilden silinebilmesi için, disiplin cezasına çarptırılan kişinin başvuruda bulunması gerekmektedir³⁸⁵. Ancak, kişinin böyle bir başvuruda bulunabilmesi için de, 657 SK'nın 133. maddesinde belirtilen sürelerin geçmiş olması gerekir. Ayrıca, ilgilinin bu süre içerisinde disiplin kurallarına uymuş olması gerekir.

Disiplin cezalarını sicilden silme kararını ancak atamaya yetkili amir verebilir³⁸⁶. Kademe ilerlemesinin durdurulması cezasının silinmesi için disiplin kurulunun mütalaası

³⁸³ “AsCK'nın 162/2. maddesine göre, bir disiplin amiri, disiplin suçu işleyen bir askeri şahsı, disiplin cezası ile cezalandırdıktan sonra ayrıca mahkemeye sevk edemeyeceği gibi, bir askeri şahsı disiplin cezası ile cezalandıran bir disiplin amiri, ceza infaz edilirken bu cezanın infazından vazgeçerek cezalıya hapis yerini terk etmesi hususunda da emir veremez. AsCK'nın 181. maddesine göre, cezalıya tebliğ ve kesinleşen ve infazına da geçilen bir disiplin cezasının kaldırılması veya değiştirilmesi ancak şikayet yolu ile veya ceza veren amirin cezalî lehine yapacağı müracaat üzerine kaldırılması ile mümkündür” (As.Yrgt.Drl.Krl. 19.6.1964, E.60, K.78, **ÖZBAKAN**, AsCK, s.405).

³⁸⁴ **YILDIRIM**, Disiplin, s.217.

³⁸⁵ **YILDIRIM**, Disiplin, s.217; **KAYA**, agm, s.75.

³⁸⁶ Danıştay, disiplin cezası verme yetkisinde olduğu gibi sicilden silme yetkisi konusunda da yetki devrinin mümkün olmadığını, bu yetkinin atamaya yetkili amir tarafından bizzat kullanılması gerektiğini kabul etmektedir (D1D, 5.7.1984, E.72, K.155, DBİM).

da alınmalıdır³⁸⁷.

Cezaların sicilden silinmesi, memurun belirtilen süreler içindeki davranışlarının bu talebini haklı kılması şartına bağlı tutulduğundan, bu konuda atamaya yetkili amire takdir yetkisi tanınmıştır³⁸⁸. Şüphesiz, bu konuda verilecek kararlar idari işlem niteliği taşıyacağından yargı denetimine tabi olacaktır.

657 SK'da düzenlenen disiplin cezaları, affa uğramış olması, itiraz makamlarının verdiği kaldırma kararları ya da idari yargı mercilerinin verdiği iptal kararları uyarınca zorunlu olarak sicilden silinecektir.

AsCK ve 477 SK'da düzenlenen disiplin suçlarından dolayı verilecek disiplin cezalarının sicilden silinmesine ilişkin bir düzenleme bulunmamaktadır. Bu cezalar af kanunlarında da kapsam dışı bırakıldığından asker kişilerin sicil kayıtları TSK'dan ayrılırlar bile sicil dosyalarında kalmaya devam edecektir.

3.7. DİSİPLİN CEZALARININ ETKİLERİ

Kesinleşen disiplin cezalarının infazının tamamlanması, ilgili üzerindeki etkisini sona erdirmemektedir. Kamusal nitelikli adli cezalar da olduğu gibi disiplin cezalarında da cezaya bağlı bir kısım hak mahrumiyetleri söz konusu olmaktadır³⁸⁹. Bunlardan bazıları doğrudan, bazıları ise dolaylıdır. Şimdi disiplin cezalarının etkilerini inceleyelim.

3.7.1. Doğrudan Etkileri

Disiplin cezalarının ilgili üzerindeki doğrudan etkileri statüsüne göre farklılıklar göstermektedir.

3.7.1.1. Askerlik Süresinin Uzaması

477 SK'nın "Disiplin cezalarının etkisi"³⁹⁰ başlıklı 62. maddesinin 1. fıkrasında; "Yedek subay³⁹¹, (uzman erbaşlar hariç) erbaş ve erler hakkında disiplin mahkemeleri tarafından

³⁸⁷ SAĞLAM, agt, s.248.

³⁸⁸ TAŞKIN, age, s.164.

³⁸⁹ SAĞLAM, agt, s.262.

³⁹⁰ "477 SK'nın 62. maddesinde 'Muvazzaf subay, astsubaylar, sivil personel ile uzman çavuşlar hakkında verilen ve yerine getirilen oda ve göz hapsi cezaları bunların yükselmelerinde nazara alınmak üzere sicillerine işlenir' hükmüne yer verilmiştir. 477 SK'da bu açık hüküm mevcut iken, disiplin mahkemesinin vermiş olduğu disiplin cezasının AsCK'daki hükümlerle yorumlanması mümkün bulunmamaktadır. Zira 477 SK'nın 63. maddesine göre, AsCK bu Kanunda aksine hüküm bulunmayan hallerde uygulanabilir. Disiplin mahkemesinin verdiği disiplin cezasını sadece 477 SK kapsamı içinde değerlendirip, hukuk âlemindeki değer ve neticeleri bakımından da bu kanunun hükümleri dışına çıkmamak gerekir. Bu durumda, 647 sayılı Cezaların İnfazı Hakkındaki Kanunun 4/2. maddesinde yer alan 'hürriyeti bağlayıcı ceza' kavramının,

verilen ve yerine getirilen oda hapsi cezaları askerlik hizmeti sürelerinden indirilir ve bu kişiler o kadar süre geç terhis edilir” şeklinde düzenleme bulunmaktadır.

1111 sayılı Askerlik Kanunu’nun³⁹² 80. maddesinin 2. fıkrasında; “Her hangi bir mahkemenin hükmettiği hapis cezaları muvazzaf ve yedek hizmetlerinden sayılmaz. Disiplin cezaları hizmetten sayılır” şeklinde düzenleme bulunmaktadır³⁹³.

Yukarıda belirtilen düzenlemeler karşısında disiplin mahkemesi tarafından verilen oda hapsi cezaları disiplin cezası oldukları halde “bir mahkeme tarafından hükmedildiği” gerekçesiyle askerlik hizmetinden sayılmadığı halde, aynı cezayı disiplin amiri verdiğinde askerlik hizmetinden sayılmaktadır.

Disiplin amiri tarafından verilen hapis niteliğindeki disiplin cezaları 1111 SK’nın 80. maddesi uyarınca askerlik süresini uzatmaz. Fakat AsCK’nın 187. maddesi gereğince disiplin cezasının infazına başlanmışsa, cezanın infazı bitene kadar terhisi geriye bırakılabilir. Burada disiplin amirine takdir yetkisi tanınmıştır. İnfaza başlanmış olsa bile infazı durdurup terhis edebilir³⁹⁴.

askeri mahkemelerce verilen oda hapsi cezalarını da kapsamına aldığı kabul edilebilir ise de, disiplin mahkemelerinin uygulaması içinde kalan oda hapsi cezalarının aynı nitelikte değerlendirilmesi, bu cezaların mahiyetine, infaz şekillerine ve özellikle Kanunun bu cezalar için kabul ettiği sonuçlara uygun düşmemektedir. Kanun koyucu, 477 SK’nın 62. maddesiyle bu cezaların hukuk âleminde yaratacağı neticeleri bizzat sınırlandırmış bulunmaktadır. Bu sınırlamanın dışına çıkılarak, bu cezalara kanunkoyucunun amacını aşacak nitelikte değer atfedilmesi uygun bulunmamaktadır” (As.Yrgt.Drl.Krl.5.12.1996, E.186, K.176, **KARDAŞ/ÇINGİ**, Disiplin, s.343-345).

³⁹¹ “477 SK’nın ‘Disiplin cezalarının etkisi’ başlıklı 62. maddesinde sadece yedek subaylarla erbaşlar ve erler hakkında hüküm ihtiva eylemekte olup, söz konusu maddede yedek subay öğrencileri hakkında her hangi bir kayıt bulunmadığından, işlediği kısa süreli kaçma suçundan dolayı 477 SK’nın 50/A maddesine tevfiğe oda hapsine mahkûm edilen yedek subay öğrencisinin ceza süresinin askerlik hizmetinden sayılmaması ve o müddet kadar geç terhis edilmesine karar verilmesinde kanuni isabet görülmüştür” (As.Yrgt. 3.D. 13.6.1972, E.233, K.224, **ÖZBAKAN**, Disiplin, s.192).

³⁹² RG, 17.7.1927, S.635.

³⁹³ “477 SK’nın 62. maddesinde ‘Muvazzaf subay, astsubaylar, sivil personel ile uzman çavuşlar hakkında verilen ve yerine getirilen oda ve göz hapsi cezaları bunların yükselmelerinde nazara alınmak üzere sicillerine işlenir’ hükmüne yer verilmiştir. 477 SK’da bu açık hüküm mevcut iken, disiplin mahkemesinin vermiş olduğu disiplin cezasının askeri ceza kanunundaki hükümlerle yorumlanması mümkün bulunmamaktadır. Zira 477 SK’nın 63. maddesine göre, askeri ceza kanunu bu kanunda aksine hüküm bulunmayan hallerde uygulanabilir. Şu halde askeri ceza kanununun tatbikinde söz konusu edilebilecek olan kısa hapis cezasının AsCK’nın 21 ve 23. maddelerindeki tanımının, askeri mahkemece verilen kısa hapis cezaları için bir anlamı bulunmakta olup, disiplin mahkemelerinin vermiş olduğu disiplin cezaları için geçerliliği bulunmamaktadır. Disiplin mahkemesinin verdiği disiplin cezasını sadece 477 SK kapsamı içinde değerlendirip, hukuk âlemindeki değer ve neticeleri bakımından da bu kanunun hükümleri dışına çıkmamak gerekir. Bu durumda, 647 sayılı cezaların infazı hakkındaki kanunun 4/2.maddesinde yer alan ‘hürriyeti bağlayıcı ceza’ kavramının, askeri mahkemelerce verilen oda hapsi cezalarını da kapsamına aldığı kabul edilebilir ise de, disiplin mahkemelerinin uygulaması içinde kalan oda hapsi cezalarının aynı nitelikte değerlendirilmesi, bu cezaların mahiyetine, infaz şekillerine ve özellikle kanunun bu cezalar için kabul ettiği sonuçlara uygun düşmemektedir. Kanun koyucu, 477 SK’nın 62. maddesiyle bu cezaların hukuk âleminde yaratacağı neticeleri bizzat sınırlandırmış bulunmaktadır. Bu sınırlamanın dışına çıkılarak, bu cezalara kanun koyucunun amacını aşacak nitelikte değer atfedilmesi uygun bulunmamaktadır” (As.Yrgt.Drl.Krl.5.12.1996, E.186, K.176, **KARDAŞ/ÇINGİ**, Disiplin, s.343-345).

³⁹⁴ **KOÇYİĞİT**, agt, s.188.

477 SK'nın 62. maddesinde sadece oda hapsi cezasının terhisi geciktirdiği düzenlendiğinden, disiplin mahkemelerince verilen göz hapsi cezaları askerlik hizmetinden sayılacaktır.

3.7.1.2. Üst düzey yönetici olmaya engel olması³⁹⁵

“Kendilerine disiplin cezası olarak aylıktan kesme veya kademe ilerlemesinin durdurulması cezası verilenler, valilik, büyükelçilik, müsteşar, müsteşar yardımcılığı, genel müdürlük, genel müdür yardımcılığı ve daire başkanlığı görevlerine atanamazlar” (657 SK m.132/4).

657 SK'nın 132/4. maddesindeki düzenleme nedeniyle aylıktan kesme veya daha üst disiplin cezası almamak bazı üst düzey yöneticilik görevlerine atanmada bir nitelik şartı olarak öngörülmüştür. İdare, söz konusu cezaları alan memurları belirtilen üst düzey yönetim görevlerine atamama konusunda bağlı yetki içerisinde³⁹⁶. Üst yöneticiliğe engel oluşturan disiplin cezası ancak kesinleştikten sonra hüküm ifade etmektedir³⁹⁷.

3.7.1.3. Disiplin kurullarında görev almaya engel olması

Daha önce de açıkladığımız gibi, haklarında aylıktan kesme veya daha ağır disiplin cezası uygulanmış olanlar, bu cezalar 657 SK'nın 133. maddesine göre sicilden silinmiş olsa bile disiplin ve yüksek disiplin kurullarında görev alamayacaklardır.

3.7.1.4. Akademik yükselmeye engel olması

2955 sayılı Gülhane Askeri Tıp Akademisi Kanunu'nun³⁹⁸ 19, 21 ve 22. maddelerinde yardımcı doçentliğe, doçentliğe ve profesörlüğe yükselme ve atanabilme şartları arasında *“Disiplin mahkemeleri veya birden fazla disiplin amirince toplam olarak yirmibir gün ve daha fazla hapis veya oda hapsi cezası ile hükümlü olmamak veya cezalandırılmamak”* şartına yer verilmiştir.

3.7.1.5. Askeri hâkimler için birinci sınıfa geçirilmeye engel olması

357 SK'nın 15. maddesinde birinci sınıf hâkimliğe geçirilme şartları arasında *“ikiden*

³⁹⁵ TSK'da görevli Devlet memurların, TSK'da görev yaptıkları süre içinde üst yönetici olmaları mümkün değilse de, başka bir kuruma geçtiklerinde TSK'da görev yaptıkları dönemde aldıkları disiplin cezaları üst yönetici olmalarına engel olabilecektir.

³⁹⁶ SAĞLAM, agt, s.264.

³⁹⁷ “Öte yandan, davalı idarece temyize cevap dilekçesinde davacıya ayrıca 3 yıl kademe ilerlemesinin durdurulması cezası verildiği öne sürülmekte ise de, bu cezanın ancak kesinleştiği tarihten sonra etkisini doğuracağı açık bulunduğundan” (D5D, 5.2.1998, E.1995/2754, K.1998/242, DBİM).

³⁹⁸ RG, 19.11.1983, S.18226.

fazla disiplin cezası almamış olmak” şartı öngörülmüştür. Buradaki şart, tüm meslek hayatı değil, askeri hâkimlik sınıfında görev yaptığı dönemde verilen cezalar esas alınarak belirlenecektir³⁹⁹.

357 SK’nın 15. maddesinde birinci sınıfa ayrılma işlemindeki değerlendirmenin, binbaşı, yarbay ve albaylığın müteakip yıllarında da yapılacağı düzenlenmiştir. Dolayısıyla belirtilen disiplin cezalarını alanlar birinci sınıflıktan çıkarılacaklardır. Birinci sınıfa ayrılma, askeri hâkimlerin özlük haklarını etkilediği gibi, Askeri Yargıtay ve AYİM üyeliğine seçilme şartları arasında da bulunmaktadır.

3.7.1.6. Sözleşmenin feshine neden olması

3269 sayılı Uzman Erbaş Kanunu’nun 12. maddesinin 2. fıkrasının (d) bendinde; *“Disiplin mahkemeleri veya en az iki disiplin amirinden disiplin cezası aldığı tarihten geriye doğru son bir yıl içerisinde toplam otuz günden daha fazla hürriyeti bağlayıcı disiplin cezası alanların”* sözleşmelerinin feshedilmek suretiyle TSK ile ilişkilerinin kesileceği düzenlenmiştir⁴⁰⁰.

Sözleşmenin feshinin, fesih yetkisi bulunan makam tarafından yapılması gerekir⁴⁰¹. Burada dikkat edilmesi gereken husus, alınan 30 günden fazla hapis cezasının, son disiplin cezasının alındığı tarihten geriye doğru bir yıl içinde alınmış olmasıdır. Yoksa bir sözleşme yılı veya takvim yılı içinde alınıp alınmadığına bakılmaz⁴⁰². Ayrıca tek disiplin amirinin sübjektif nedenlerle 30 günden fazla disiplin cezası verebileceği düşünülerek, Kanun sözleşmenin feshi için 2 ayrı disiplin amirinin cezalandırması şartını da aramıştır.

4678 sayılı Türk Silahlı Kuvvetlerinde İstihdam Edilecek Sözleşmeli Subay ve Astsubaylar Hakkında Kanunun 13. maddesinde; *“Disiplin mahkemeleri tarafından, sözleşme tarihinden itibaren bir takvim yılı içinde verilen cezaların toplamı otuz günden fazla olanların”*

³⁹⁹ “Askeri hâkimlerin birinci sınıf hâkimliğe ayrılmalarında, ancak askeri hâkim statüsünde iken, 357 SK hükümleri gereğince aldıkları disiplin cezalarının dikkate alınması, askeri hâkim sınıfına geçirilmeden önce tamamen farklı bir statüde iken ve farklı kanun ve dolayısıyla farklı usul ve esaslara göre aldıkları disiplin cezalarının dikkate alınmaması gerektiği sonucuna varılmaktadır. Esasen, bu kabul, idare hukukunun bir “statüler hukuku” olmasının gereği ve zorunlu bir sonucudur” (AYİM, 3.D.17.3.2005, E.2004/1469, K.513, AYİMD, S.21, 2006, s.544-550).

⁴⁰⁰ “Disiplin mahkemesince 30 gün oda hapsi cezası ile cezalandırılan davacının uzman erbaşlık sözleşmesinin feshi hukuka uygundur” (AYİM, 1.D.9.1.1996, E.1995/747, K.1996/9, AYİMD, S.11, 1997, s.384-385; “Bir yıl içinde disiplin amirlerinden toplam 30 günden fazla disiplin cezası alan uzman erbaşın sözleşmesinin feshedilmesi işlemi hukuka uygundur” (AYİM, 1.D.12.4.1994, E.837, K.516, S.9, 1995, s.209-210).

⁴⁰¹ “3269 SK’nın 12. maddesine göre sözleşme feshine yetkili makamlar, en az bağımsız tugay komutanlığından itibaren başladığından, alay komutanlığına davacının sözleşmesinin feshedilmesi işlemi yetki unsuru yönünden hukuka aykırıdır” (AYİM, 1.D.6.6.1995, E.1994/1302, K.1995/607, AYİMD, S.10, 1996, s.390-391).

⁴⁰² POLAT, Şahin; “3269 Sayılı Uzman Erbaş Kanunu Kapsamında Uzman Erbaş Sözleşmesinin Fesih Halleri”, AYİMD, S.23, 2008, s.92.

sözleşmesinin feshedileceği düzenlenmiştir. 3628 SK'dan farklı olarak burada disiplin amirlerince verilen cezalar nedeniyle sözleşme feshi kabul edilmemiştir.

3.7.1.7. Okuldan çıkarılmaya neden olması

4566 sayılı Harp Okulları Kanunu'nun 8. maddesinde Harp Okulunun organları arasında, yüksek disiplin kurulu sayılmış, 16. maddesinde kuruluşu ve görevleri belirtilmiş, 38. maddesinde ise Harp Okulu öğrencilerinin disiplin ve diğer nedenlerle hangi durumlarda okuldan çıkarılacakları düzenlenmiştir. Harp Okulları Kanunu'nun 16. maddesine göre, Yüksek Disiplin Kurulu, Harp Okulu Komutanı'nın başkanlığında; Dekan, Öğrenci Alay Komutanı, Kurmay Başkanı ve Disiplin Subayından oluşur. Yüksek Disiplin Kurulu; Kurula sevk edilen öğrencilerin disiplin ile ilgili safahatını ve yapılan işlemlerin ilgili mevzuata uygunluğunu inceleyerek, okuldan ilişkilerinin kesilmesine veya kesilmemesine karar verir. Okulla ilişkilerin kesilmesi hakkındaki karar, ilgili kuvvet komutanının onayı ile yürürlüğe girer. Kanunun “*Disiplin ve okuldan çıkarılma*” başlıklı 38. maddesine göre, Harp Okullarına alınan her öğrenciye disiplin notu verilir. Hangi cezalar için disiplin notundan ne miktarda düşüleceği Yönetmelikte belirtilir. Yönetmelik gereğince her öğrenciye verilen disiplin notunu kaybedenler okuldan çıkarılırlar. Yüksek Disiplin Kurulu disiplin puanının bitmesi sebebiyle okuldan çıkarma kararı verebildiği gibi, ağır disiplinsizliklerde doğrudan okuldan çıkarma kararı da verebilmektedir.

2955 sayılı Gülhane Askeri Tıp Akademisi Kanunu ve 4752 sayılı Astsubay Meslek Yüksek Okulları Kanunu⁴⁰³ da benzer şekilde okuldan çıkarma mümkündür. Benzer düzenleme Uzman Jandarma Okulunda öğrenim görenler için de öngörülmüştür.

Harp Akademileri Kanunu'nun⁴⁰⁴ “*Kuvvet Harp Akademilerinden çıkarılma*” başlıklı 13. maddesine göre, Kuvvet Harp Akademileri öğrencilerinin öğrenimleri sırasında, disiplin mahkemeleri veya disiplin amirlerince toplam 7 gün ve daha fazla hapis cezası ile mahkûm olmaları veya cezalandırılmaları halinde Akademi Kurulunun kararı ile Akademiden çıkarılacakları düzenlenmiştir.

3.7.1.8. Yedek subaylık statüsünü kaybettirmesi

1076 sayılı Kanunun 8. maddesi; “*Yedek subay yetiştirilmekte iken, aşağıdaki engel hali olduğu anlaşılanlar askerlik hizmetini durumlarına göre er veya erbaş olarak tamamlarlar.....b) Yönetmelikte belirlenecek usul ve esaslar çerçevesinde; 1. Disiplinsizlik ve*

⁴⁰³ RG, 24.4.2002, S.24735.

⁴⁰⁴ RG, 31.5.1989, S.20181.

ahlaki durumları sebebiyle yedek subay çıkarılmaları uygun görülmeyenler...Okul disiplin kurullarının vereceği 'subay olamaz' kararı üzerine er olurlar” hükmünü düzenlemektedir.

Yedek Subay Aday Adaylarından veya Yedek Subay Adaylarından Erbaş ve Er Çıkarılacaklara İlişkin Yönetmeliğin⁴⁰⁵ 5. maddesi; “*Yedek subay yetiştirilmekte iken aşağıda belirtilen engel halleri belge ile anlaşılanlar, okul disiplin kurullarının vereceği 'subay olamaz' kararı ve Kuvvet Komutanının onayı ile er çıkarılırlar. Disiplin kurulu kararının Kuvvet Komutanı tarafından onaylanmasına kadar okulda kalması sakıncalı görülenlerin disiplin kurulu kararı ile birlikte okuldan ilişkileri kesilebilir. Er çıkarılmayı gerektiren engel haller şunlardır: 5) Tavrı ve hareketlerini, ikazlara rağmen hizmetin gerektirdiği şekilde düzeltmemek, 6) Menfaatine, içkiye, kumara, borçlanmaya aşırı derecede düşkün olmak, 7) Silahlı Kuvvetlerin itibarını sarsacak ahlak dışı davranışlarda bulunmak*” hükmünü düzenlemekte; 7. maddesi; “*Yedek subay adaylarından, bu Yönetmeliğin 5. maddesi gereğince er çıkarılacakların işlemlerinde, bölük ve tabur komutanlarının kanaat raporları ile alay komutanının/yoksa okul komutanının disiplin kuruluna sevk önerisi ve disiplin kurulu kararı yeterli belge olarak kabul edilir*” hükmünü içermektedir.

KKY 164-7 (A) Sınıf Okulları Yönergesinde disiplin esasları, ilişik kesme, çıkma ve çıkarılmaya ilişkin düzenlemelerin yer aldığı, Yönergenin 25. vd. maddelerde öğrencilere katılışları ile birlikte 40 disiplin notu verileceği, izinsizlik cezasında her bir gün için 2 disiplin puanı, oda hapsinde her bir gün için 4 disiplin puanı, mahkemece verilmiş hapis cezaları için her bir gün için 5 disiplin puanının kesileceği, disiplin puanının sıfıra düşmesi halinde öğrencilikle ilişkisinin kesileceği düzenlenmiştir. Dolayısıyla disiplin notunu kaybeden yedek subay adayları okuldan çıkarılacaklarından er olarak askerlik hizmeti yapacaklardır⁴⁰⁶.

3.7.1.9. Öğrenim kıdemi verilmesine ve bazı statülere geçmeye engel olması

Disiplin cezalarının niteliğine bağlı olarak birçok mahrumiyetler bulunmaktadır. Genellikle disiplin mahkemeleri veya disiplin amirlerince toplam olarak 21 gün ve daha fazla hapis veya oda hapsi cezası ile mahkûm veya cezalandırılmış olmak birçok konuda engel oluşturmaktadır. Örneğin bu nitelikte ve miktarda disiplin cezası olanlara yüksek lisans ve doktora öğrenimi nedeniyle kıdem verilmemesi (926 SK m.36), astsubaylıktan subaylığa geçirilmeme (926 SK

⁴⁰⁵ RG, 17.3.1984, S.18344.

⁴⁰⁶ “Yedek subay sınıf okulundaki eğitimi sırasında disiplin notunun tamamını kaybeden davacının okuldan çıkarılarak er statüsünde askere sevk işlemi hukuka uyarlıdır” (AYİM, 2.D.9.11.2005, E.2004/786, K.2005/788, AYİMD, S.21, 2006, s.715-718); Benzer kararlar, AYİM, 2.D.20.10.1999, E.29, K.667, AYİMD, S.14, 2000, s.1050-1052; AYİM, 18.2.1998, E.1997/531, K.1998/205, AYİMD, S.13, 2000, s.973-977.

m.109)⁴⁰⁷; uzman jandarma ve uzman erbaşlıktan astsubaylığa geçirilmeme (3466 SK. m.18; 3269 SK. m.15)⁴⁰⁸, harp akademilerine alınmama (3563 SK m.10) gibi.

3.7.1.10. İdarenin takdir hakkını ilgili aleyhine kullanmasına neden olması

Disiplin cezası bulunması idarenin takdir hakkının bulunduğu durumlarda takdir hakkının ilgili aleyhine kullanılabilmesi etkisi de gösterebilmektedir. Örneğin disiplin cezası olduğu için üstün başarı kıdemi verilmemesi gibi⁴⁰⁹.

TSK mensuplarının atanmasında dikkate alınacak hususlar 926 SK'nın 118. maddesinde düzenlenmiştir. Bunlar arasında “İdari, asayiş ve zaruri nedenler” de bulunmaktadır. Bu nedenlerle kişiler bölge ve garnizonlardaki hizmet sürelerini tamamlamadan atanabilmektedirler. Disiplin cezaları ve disiplin durumu garnizon süresi dolmadan atama sebebi olabilmektedir⁴¹⁰.

3.7.1.11. Albay rütbesine yükselmeye engel olması

357 SK'nın Ek-5 ve Ek-6. maddelerinde Askeri Yargıtay ve AYİM üyesi yarbayların albay rütbesine yükselebilmeleri için “hâkimlik veya askerlik vakar ve onuruna dokunan şahsi haysiyet ve itibarını kıran veya görev gereklerine uymayan davranışlardan dolayı” disiplin cezası almamış olmaları gerekmektedir. Dolayısıyla disiplin cezası alan yarbaylar, albay rütbesine yükselememektedir.

⁴⁰⁷ “926 SK'nın 111. maddesine uygun şekilde çıkarılan Subay Sicil Yönetmeliği'nin 113. maddesine göre, adli sicil kaydından çıkarılmış 7 gün hapis cezasına ilişkin mahkûmiyeti ve disiplin amirince verilmiş 19 gün oda hapsi cezası bulunan ve cezalarının toplamı 21 günden fazla olan davacının astsubaylıktan subaylığa geçme sınavına giriş için yaptığı başvurunun kabul edilmemesinde hukuka aykırılık yoktur” (AYİM, 2.D.8.3.1995, E.1187, K.145, AYİMD, S.10, 1996, s.514-516).

⁴⁰⁸ “Uzman Jandarma Kanunu'na uygun şekilde hazırlanmış bulunan Jandarma Genel Komutanlığı Mensubu Uzman Jandarmaların Astsubaylığa Geçme Yönergesine göre; 21 gün ve daha fazla hapis veya oda hapsi cezası almanın astsubaylığa başvuruya engel olduğu, davacının ise astsubay adayı olmadan evvel disiplin amiri ve disiplin mahkemesince toplam 26 gün oda hapsi cezası almış olduğu, okula kabul edilmesine engel olan bu cezaların idarece baştan fark edilmeyip davacının okula kabulünden sonra fark edilerek davacı hakkında okuldan çıkarılma işlemi tesis edilmesinde hukuka aykırılık bulunmadığı” (AYİM, 2.D.27.3.1996, E.1995/715, K.1996/232, AYİMD, S.11, 1997, s.463-465).

⁴⁰⁹ “Üstün başarı kıdeminden yararlanma şartlarını taşıyan 69 kişi içinde sicil notu itibarıyla 8. sırada bulunmasına rağmen daha önce 3 adet şiddetli tevbih cezası ile cezalandırılmış olması sebebiyle üstün başarı kıdeminden yararlandırılmaması işlemi hukuka uygundur” (AYİM, 3.D.23.6.2004, S.2003/340, K.2004/1095, AYİMD, S.20, 2005, s.807-810).

⁴¹⁰ “Disiplin cezalarından da anlaşılacağı üzere; davacının karakolun sevk ve idaresi görevinde verimli olmadığı dikkate alındığında davacının atanma işleminde takdir hakkının idarece objektif kriterlere uygun kullanıldığı sonuç ve kanaatine varılmıştır” (AYİM, 1.D.7.12.2004, E.788, K.1235, AYİMD, S.20, 2005, s.241-244); “Davacının uyarı ve disiplin cezalarına rağmen hizmetin yürütülmesinde aksaklıklara sebebiyet vermeye devam ettiği bu nedenle hizmetin aksatılmadan yürütülmesi için yapılan il içi atama işlemi hukuka uygundur” (AYİM, 1.D.7.10.2004, E.781, K.1232, AYİMD, S.20, 2005, s.252-255).

3.7.2. Dolaylı Etkileri

Yukarıda disiplin cezalarının doğrudan etkilerini gördük. Disiplin cezaları dolaylı olarak da bazı etkiler gösterebilmektedir.

3.7.2.1. Sicile etkisi

Disiplin amirleri tarafından subaylara, astsubaylara ve Devlet memurlarına verilen cezalar, 2 gün içinde bir derece üst amirine yazı ile bildirilmekle beraber sicil esas kayıt defterine geçirilir ve ilgilinin şahsi dosyasına konulur (İçHizY m.55/1). Muvazzaf subay, astsubay, Devlet memuru, uzman jandarma ve uzman erbaşlar hakkında verilen ve yerine getirilen oda ve göz hapsi cezaları bunların yükselmelerinde nazara alınmak üzere sicillerine işlenir (477 SK m.62).

Sicil amirleri ilgiliye sicil notu takdir ederken haklarında verilen disiplin cezalarını dikkate alırlar ve not değerlendirmelerini ona göre yaparlar⁴¹¹. TSK'da yurtdışı görevlerine⁴¹² ve bazı kurslara⁴¹³ gönderilme, TUS sınavına⁴¹⁴ ve harp akademisine⁴¹⁵ girebilme, uzman jandarmalıktan astsubaylığa geçebilme⁴¹⁶, müfettişlik sertifikası⁴¹⁷ ve üstün başarı kıdemi⁴¹⁸

⁴¹¹ “Sicil üstleri davacıya sicil tam notunun % 60’ı altında not takdir etmişlerdir. Uzman Jandarma Atama ve Sicil Yönetmeliğinin 34/6. maddesi gereğince bu durumda belge ekleme zorunluluğu bulunmaktadır. Davacının 1992 yılı sicil döneminde almış olduğu disiplin cezaları (toplam 12 gün oda hapsi) düşük sicil verilmesini haklı kılacak nitelik ve niceliktedir. Çünkü davacının tutum ve davranışlarını yeterince ortaya koymaktadır. Dolayısıyla bu belgelere dayalı olarak düşük not takdir edilmesinde bir hukuka aykırılık bulunmamaktadır” (AYİM, 1.D.12.3.1996, E.27, K.196, AYİMD, S.11, 1997, s.363-365); “Adaylık süresi içerisinde yedi ayrı disiplin cezası alan, sözlü uyarılara rağmen disiplinsiz hareketlerine devam eden davacının, adaylık süresi sonunda olumlu sicil alamaması sebebiyle, aday memurluğuna son verilmesinde, hukuka aykırılık bulunmamaktadır” (AYİM, 3.D.13.11.2003, E.183, K.215, AYİMD, S.19, 2004, s.577-582).

⁴¹² “Sicil belgesindeki menfi kanaatler sebebiyle davacının yurtdışı sürekli görevine seçilmemesi işleminde hukuka aykırılık yoktur” (AYİM, 3.D.19.7.2005, E.450, K.996, AYİMD, S.21, 2006, s.376-380).

⁴¹³ “İlgili Yönergesine göre lisan okulunda dil kursuna katılacak personelin seçiminde yalnızca meslek bilgi sınavı sonucuna göre değil, sicil, ceza-mükâfat gibi bazı kriterler de değerlendirmeye alındığından söz konusu bu değerlendirmede kontenjana giremeyen davacının kursa çağırılmaması hukuka uygundur” (AYİM, 2.D.17.11.1993, E.191, K.506, AYİMD, S.8, 1994, s.409-411); “Sicil notu ortalaması % 90’ın altında olan davacının Komutanlık Karargâh Subaylığı Öğrenimi Kursuna gidebilmek için sınava alınmamasında hukuka aykırılık bulunmamaktadır” (AYİM, 3.D.19.7.2005, E.219, K.1001, AYİMD, S.21, 2006, s.362-364).

⁴¹⁴ “GATA Yönetmeliği’nin 131. maddesi uyarınca aranan sicil notu ortalaması şartını sağlayamayan davacının TUS sınavına giriş izni verilmemesi hukuka uygundur” (AYİM, 2.D.2.3.2005, E.223, K.220, AYİMD, S.21, 2006, s.454-456).

⁴¹⁵ “Harp Akademisi Sınavına başvurduğu tarihe kadar aldığı tüm sicil notlarının ortalaması % 90’ın altında olan davacının Harp Akademisi Giriş Sınavı için yaptığı başvurunun idarece kabul edilmemesi işlemi mevzuata uygundur” (AYİM, Drl.Krl.7.10.2005, E.6, K.72, AYİMD, S.321, 2006, s.459-463).

⁴¹⁶ “Sicil ortalaması itibariyle emsallerinden geride olan davacı uzman jandarma çavuşun astsubaylığa geçiş başvurusunun kabul edilmemesinde hukuka aykırı bir yön yoktur” (AYİM, 1.D.27.9.1994, E.921, K.1069, AYİMD, S.9, 1995, s.291-292).

⁴¹⁷ “Geçmiş yıllara ilişkin sicilinde menfi kanaatler bulunan ve disiplin amirlerince birçok kez cezalandırılan davacıya mesleğinde temayüz etmek koşulunu sağlamaması sebebiyle müfettişlik sertifikası verilmemesi işleminde hukuka uygundur” (AYİM, 3.D.14.4.2005, E.131, K.537, AYİMD, S.21, 2006, s.560-562).

⁴¹⁸ “Davacının % 90 sicil şartını sağlamaması sebebiyle Komutanlık Karargâh Subaylığı Öğrenimi kıdemi verilmemesi hukuka uygundur” (AYİM, Drl.Krl.15.4.2005, E.72, K.37, AYİMD, S.21, 2006, s.482-486);

alabilme, Alay Komutanlığı ve Tabur Komutanlığı gibi bazı önemli makamlara seçilebilme vb. konularda sicil notu sıralamasına bakılmaktadır. Dolayısıyla disiplin cezaları asker kişilerin tüm meslek hayatını olumsuz etkileyebilmektedir. TSK’da disiplin cezalarının sicilden silinmesi de mümkün olmadığından ve disiplin af kanunlarında kapsam dışında bırakıldıklarından bir asker kişinin meslek hayatının başında aldığı bir disiplin cezası ve buna bağlı düşük sicil TSK’dan ayrıldığı ana kadar etkilerini gösterebilmektedir. Bu cezaların yargı denetimine kapalı olduğu da göz önüne alındığında sivil bir memur için önemsiz değerde olan bir uyarı cezası bile asker kişilerin mesleki kariyerini çok fazla etkileyebilmektedir.

3.7.2.2. Görevde yükselmeye etkisi

Devlet memurlarının kadro ve unvan bakımından bir üst göreve yükselmeleri, Devlet Memurlarının Görevde Yükselme Esaslarına Dair Genel Yönetmelik⁴¹⁹ hükümleriyle çeşitli esaslara bağlanmıştır. Yönetmeliğin 5. maddesinde, müdür, şube müdürü, apk uzmanı gibi görevde yükselme esaslarına tabi olduğu ifade edilen görev unvanları sayılmıştır. Söz konusu Yönetmelikte “*öğrenim şartı*” gibi kurum ve kuruluşları bağlayıcı hükümlere yer verilmesinin yanında bazı hususların düzenlenmesinde hizmetlerin özelliğine göre ilgili kurum ve kuruluşlara takdir yetkisi tanınmıştır. Yönetmeliğin sicil ve disiplin başlığını taşıyan 7/1. maddesinde yer alan; “*Kurumlar, atama yapacakları kadrolar için başvurularında aranacak sicil ve disiplin şartlarını çıkaracakları özel yönetmeliklerinde belirler*” şeklindeki kuralla, görevde yükselmede aranacak disiplin şartlarını belirleme yetkisi, kurumların takdirine bırakılmıştır.

TSK’da çalışan Devlet memurları yönünden MSB’lığı, Genelkurmay Başkanlığı ve Kuvvet Komutanlıklarında Görevli Devlet Memurlarının Görevde Yükselme ve Unvan Değişikliği Yönetmeliği⁴²⁰, Jandarma Genel Komutanlığında Görevli Devlet Memurlarının Görevde Yükselme ve Unvan Değişikliği Yönetmeliği⁴²¹, Sahil Güvenlik Komutanlığında Görevli Devlet Memurlarının Görevde Yükselme ve Unvan Değişikliği Yönetmeliği⁴²² çıkarılmıştır. Bu Yönetmeliklerde müdür, yazı işleri müdürü, apk uzmanı, uzman gibi üst görevler düzenlenmiştir. Bu görevlere yükselmek için gerekli şartları taşıyan Devlet memurları arasında disiplin ve sicil durumuna göre sıralama yapılacağından, disiplin cezası alanların yükselmeleri zorlaşmaktadır.

“Davacının lisans üstü kıdemi verilmesi için başvurduğu tarihte sicil notları ortalaması sicil tam notunun % 90’ının altında olduğundan yüksek lisans kıdemi verilmemesi hukuka uygundur” (AYİM, Drl.Krl.8.4.2005, E.76, K.34, AYİMD, S.21, 2006, s.490-496).

⁴¹⁹ RG, 18.04.1999, S.23670

⁴²⁰ RG, 13.12.2005, S.26022.

⁴²¹ RG, 23.08.2006, S.26268.

⁴²² RG, 20.05.2006, S.26173.

3.7.2.3. Sözleşmenin feshine etkisi

Disiplin cezalarına bağlı olarak doğrudan sözleşmenin feshi mümkündür. Ayrıca sözleşmenin feshini gerektirecek nitelikte olmayan disiplin cezalarının sicile yansması neticesinde de sözleşme feshi mümkündür⁴²³. 3269 sayılı Uzman Erbaş Kanunu'nun 12. maddesinin 2. fıkrasının (a) bendinde; “*Almış oldukları sicile göre kademe ilerlemesi yapamayanların*” sözleşmelerinin feshedilmek suretiyle TSK ile ilişkilerinin kesileceği düzenlenmiştir. Kademe ilerlemesi için sicil notu % 60'ın üstünde olması gerektiğinden, almış olduğu son sicil notu % 60'ın altındaysa sözleşme feshedilmektedir⁴²⁴.

3.7.2.4. TSK'dan ayırmaya etkisi

TSK'da çalışan Devlet memurları dışındaki asker kişiler hakkında disiplin cezası olarak TSK'dan ayırma cezası bulunmamaktadır. Ancak asker kişilere verilen disiplin cezaları disiplinsizlik sebebiyle sicilen ayırma işlemine esas alınmaktadır. Böylece disiplin cezaları dolaylı olarak TSK'dan ayırma etkisi doğurabilmektedir.

3.7.2.4.1. Disiplinsizlik sebebiyle TSK'dan ayırmanın düzenleniş şekli

“*Ayırma*” işlemi, 926 sayılı TSK Personel Kanunu'nda subay ve astsubayların istekleri dışında, bulundukları statü dışına çıkarılmaları (statülerine son verilme) sonucu doğuran, tek taraflı bir idari tasarruf (işlem) anlamında kullanılmış ve ana esasları düzenlenmiştir⁴²⁵. 926

⁴²³ “*Son sicil döneminde işlemiş olduğu disiplin suçları sebebiyle çeşitli disiplin cezalarına çarptırılan davacı uzman erbaş hakkında olumsuz sicil düzenlenerek buna dayanılmak suretiyle sözleşmenin feshi işleminde hukuka aykırılık yoktur*” (AYİM, 1.D.11.6.1996, E.1995/1212, K.1996/577, AYİMD, S.11, 1997, s.381-383); “*Disiplin cezalarına rağmen sözleşmesi uzatıldıktan sonra 7 gün oda hapsi cezası verildiği, bu cezanın davacıya sicil tam notunun % 60'ından aşağı bir düzeyde sicil notu verilmesini gerektirecek bir disiplin zafiyeti olmadığı, yetersiz seviyede sicil notu takdirini gerektirecek şekilde disiplin zafiyeti ya da performans düşüklüğü bulunmadığından sübjektif verilen sicilin ve bu sicil işlemine bağlı olarak tesis edilen sözleşme feshi işleminin iptali gerekmektedir*” (AYİM, 1.D.25.10.2005, E.2004/922, K.2005/1093, AYİMD, S.21, 2006, s.256-257); “*Almış olduğu disiplin cezaları ile uğradığı icra takipleri neticesinde artık kendisinden istifade edilemeyeceği anlaşılan davacı uzman erbaş hakkında bu sebebe dayanılarak tesis edilen sözleşme feshi işleminde hukuka aykırılık yoktur*” (AYİM, 16.3.2004, E.2002/1160, K.2004/354, AYİMD, S.20, 2005, s.310-312); “*Her olumsuz sicilin dayanağı olması gerekir. Aksi halde uzman erbaşlar hakkında tanzim edilen tüm olumsuz sicillerin hukuki denetimi imkânsız hale gelir ki, buna hukuken cevap verilmez. Davacı hakkında olumsuz sicil verilmesini haklı gösteren, disiplinsizliğini ortaya koyan yazılı tebligat ya da ceza kararları sicil belgesine eklenmemiştir. Bu durum karşısında verilen olumsuz sicilin objektif ölçüler içerisinde düzenlenip düzenlenmediği hususu aydınlanamamış olmaktadır. Verilen olumsuz sicilin dayanağı belgeler ortaya konulmadan davacı hakkında bu olumsuz sicile bağlı olarak tesis edilen sözleşmenin feshi işlemi hukuka aykırıdır*” (AYİM, 1.D.21.3.1995, E.1994/1105, K.1995/321, AYİMD, S.10, 1996, s.392-393).

⁴²⁴ “*Olumsuz sicil alarak kademe ilerlemesi yapamayan uzman erbaşın sözleşmesinin feshedilmesi hukuka uygundur*” (AYİM, 1.D.25.11.1994, E.823, K.170, S.9, 1995, s.199-200); “*Son sicil döneminde işlemiş olduğu disiplin suçları sebebiyle çeşitli disiplin cezalarına çarptırılan davacı uzman erbaş hakkında olumsuz sicil düzenlenerek buna dayanılmak suretiyle sözleşmenin feshi işleminde hukuka aykırılık yoktur*” (AYİM, 1.D.11.6.1996, E.1995/1212, K.1996/577, AYİMD, S.11, 1997, s.381-383).

⁴²⁵ ÇUBUKLU, Hıfzı; “*Atama, Ayırma ve Sicil İşlemleri Konusunda Askeri Yüksek İdare Mahkemesince Yapılan Yargısal Denetim ve Uygulamada Görülen Aksaklıklar*”, AYİMD, S.19, 2004, s.77.

SK'nın 50. maddesinde; *“Disiplinsizlik veya ahlaki durumları sebebiyle Silahlı Kuvvetlerde kalmaları uygun görülmeyen subayların hizmet sürelerine bakılmaksızın haklarında T.C. Emekli Sandığı Kanunu hükümleri uygulanır. Bu nedenlerin neler olduğu ve bunlar hakkında sicil belgelerinin nasıl ve ne zaman tanzim edileceği, nerelere gönderileceği, inceleme ve sonuçlandırma ile gerekli diğer işlemlerin nasıl ve kimler tarafından yapılacağı Subay Sicil Yönetmeliğinde gösterilir. Bu gibi subaylardan durumlarının YAŞ tarafından incelenmesi Genelkurmay Başkanlığınca gerekli görülenlerin Silahlı Kuvvetlerden ayırma işlemi, YAŞ kararı ile yapılır”* şeklinde düzenleme yapılmıştır. Kanunun 94. maddesinde de astsubaylar hakkında aynı şekilde düzenleme bulunmaktadır.

357 SK'nın 21. maddesinde; *“Son rütbelerine ait bir veya birkaç belgeye dayanılarak, disiplin bozucu hareketlerde bulunması, ikaz ve cezalara rağmen ıslah olmaması”* halinde disiplinsizlik durumları icabı Silahlı Kuvvetlerde kalmaları uygun görülmeyen askeri hâkimlerin hizmet sürelerine bakılmaksızın haklarında T.C.Emekli Sandığı Kanunu hükümleri uygulanacağı; disiplinsizlik ve ahlaki durumları nedeniyle Silahlı Kuvvetlerden ayırma işleminin, idari sicil üstlerinin süre söz konusu olmaksızın her zaman düzenleyebilecekleri sicillere dayanılarak yapılacağı, bu sicil üzerine diğer subaylar hakkında uygulanan usule göre kesin işlem yapılacağı düzenlenmiştir⁴²⁶.

3466 sayılı Uzman Jandarma Kanunu'nun *“Ayırma”* başlıklı 15. maddesinde; *“Disiplinsizlik ve ahlaki durumları sebebiyle ‘Silahlı Kuvvetlerde kalması uygun değildir’* şeklinde sicil düzenlenen Uzman Jandarmalar meslekten hemen çıkarılırlar ve haklarında Türkiye Cumhuriyeti Emekli Sandığı Kanunu hükümleri uygulanır” hükmü düzenlenmiştir

4678 sayılı Sözleşmeli Subay ve Astsubaylar Kanunun 13. maddesinde; *“Haklarında disiplinsizlik ve ahlaki durumları sebebiyle ‘Türk Silahlı Kuvvetlerinde kalması uygun değildir’* şeklinde sicil düzenlenenlerin” sözleşmesinin feshedileceği düzenlenmiştir.

926 SK'nın 50. maddesinde yer alan *“Bu nedenlerin neler olduğu ve bunlar hakkında sicil belgelerinin nasıl ve ne zaman tanzim edileceği, nerelere gönderileceği, inceleme ve sonuçlandırma ile gerekli diğer işlemlerin nasıl ve kimler tarafından yapılacağı subay sicil yönetmeliğinde gösterilir”* şeklindeki düzenleme doğrultusunda subaylar hakkında TSK'dan

⁴²⁶ 1600 SK'nın 40. maddesinde, *“Askeri Yargıtay Başkanı, Başsavcı, İkinci Başkanı ve Daire Başkanları ile üyelerinden kadrosuzluk, yetersizlik, disiplinsizlik ve ahlaki durumları sebebiyle emekliye sevk edilecek veya Silahlı Kuvvetlerden ilişkisi kesilecek olanlar hakkında 357 SK hükümleri uygulanır”* hükmüne yer verilmiş, 1602 SK'nın 80. maddesinde de 1600 SK'nın bu düzenlemesine atıf yapılmıştır.

disiplinsizlik nedeniyle ilişik kesme konusunda Subay Sicil Yönetmeliği'nde⁴²⁷ ayrıntılı düzenlemeler yapılmıştır.

SSY'nin 91. maddesine göre, *“Disiplin bozucu hareketlerde bulunması, ikaz veya cezalara rağmen ıslah olmaması, hizmetin gerektirdiği şekilde tavır ve hareketlerini, ikazlara rağmen düzenleyememesi, aşırı derecede menfaatine, içkiye, kumara düşkün olması, zorunluluk halleri hariç olmak üzere, TSK'nin itibarını zedeleyecek şekilde aşırı derecede borçlanmaya düşkün olması ve bu borçlarını ödememeyi alışkanlık haline getirmesi”* halinde disiplinsizlik ve ahlaki durumları gereği TSK'da kalmaları, bulunduğu rütbeye veya bir önceki rütbesine ait bir veya birkaç belge ile anlaşılıp uygun görülmeyenler hakkında, hizmet sürelerine bakılmaksızın emeklilik işlemi yapılır. Bu düzenleme nedeniyle bir disiplin amiri birlikte hiç görev yapmadığı birisi hakkında daha önce verilmiş cezalar sebebiyle ayırma sicil belgesi düzenleyebilmektedir.

SSY'nin 92. maddesine göre, disiplinsizlik nedeniyle ayırma sicil üstlerince veya doğrudan Kuvvet Personel Başkanlığınca başlatılabilir. Sicil üstleri, sicil belgelerinin son bölümündeki kendilerine ait olan kanaat hanelerine disiplinsizlik durumlardan hangisine göre kesin kanaate vardıklarını belirttikten sonra *“Silahlı Kuvvetlerde Kalması Uygun Değildir”* kanaatini yazarak imzalar ve gerekli belgeleri ekleyerek, bekletmeden sıralı sicil üstlerinin tümünün kanaatlerinin yazılmasını sağladıktan sonra Kuvvet Komutanlıkları Personel Başkanlıklarına gönderirler.

Kuvvet Komutanlıkları Personel Başkanlığına gelen bu siciller, ilgili şubelerce karargâhta bulunan dosya ve diğer belgelerle karşılaştırılarak incelenir. Daha sonra Kuvvet Komutanlığı Karargâhında; Kurmay Başkanının başkanlığında personel, istihbarat, harekât başkanları, personel ve tayin dairesi başkanları ve gerekli gördükleri şube müdürleri ile kıdem, personel yönetim şube müdürleri, adli müşavir veya hukuk işleri müdürlerinden oluşan komisyona sevk edilir. Bu komisyon tarafından, düzenlenen sicilin Kanun ve Yönetmeliklere uygunluğu, ekli belgelerin yeterliliği ve geçerliliği yönünden incelendikten sonra bir değerlendirme yapılır. Gerekirse sicil üstlerinin şifahi veya yazılı görüşleri alınır; bilgi, belge isteğinde bulunulabilir. Komisyon, yapmış olduğu inceleme ve değerlendirme sonucunda almış olduğu kararı, bir tutanak ile Kuvvet Komutanı, Jandarma Genel Komutanı veya Sahil Güvenlik Komutanının onayına sunar ve alınacak onaya göre işlem yapılır. Komutan tarafından emekliliği uygun görülmeyenlerin sicilleri şahsi dosyalarına konur ve bunların görev yerleri değiştirilir. Emekliliği, Komutan tarafından onaylanan personelin dosyaları, Genelkurmay Başkanlığına gönderilir. Genelkurmay Başkanlığına gelen bu emeklilik istemleri, personel başkanlığınca adli müşavirlikle koordine edilerek, YAŞ kararına sunulup sunulmaması

⁴²⁷ RG, 27.12.1998, S.23566.

yönünden incelenir ve Genelkurmay Başkanının onayına sunulur. Genelkurmay Başkanı tarafından durumları YAŞ'da görüşülmesi gerekli görülenlerin hakkındaki istemler, ilk YAŞ toplantısında gündeme alınarak, hakkında kesin karara varılır ve işlemleri tamamlanır. Genelkurmay Başkanının, durumlarını YAŞ'da görüşülmesine gerek görmediği subayların dosyaları, Kuvvet Komutanlıklarına iade edilir. Kuvvet Komutanı, Jandarma Genel Komutanı veya Sahil Güvenlik Komutanının daha önce verdiği karara göre işlem yapılır.

Askeri hâkimler, Askeri Yargıtay ve AYİM başkan ve üyeleri ile astsubaylar hakkında ilişik kesme işlemi de aynı usulle yapılmaktadır. Uzman jandarmalar hakkında Jandarma Genel Komutanının onayı ile ilişik kesme işlemi tamamlanır.

926 SK'nın 50. maddesinde; *“Rütbe bekleme süresi sonunda veya sonraki yıllarda sicil notu ortalaması sicil tam notunun % 50'nden aşağı düşen yüzbaşı ve binbaşılar ile % 60'ın altına düşen yarbay ve albaylar”* hakkında; 94. maddesinde *“Rütbe bekleme süresi sonunda veya sonraki yıllarda yapılan yeterlik sıralamasında sicil notu ortalaması sicil tam notunun % 50'nden az olan üstçavuş - başçavuşlar; Kıdemli başçavuşlardan iki defa kademe ilerlemesi yapamayanlar ile rütbesinin son kademesine geldiği halde almış bulunduğu sicil notu kademe ilerlemesi için yeterli olmıyanlar”* hakkında⁴²⁸, 3466 SK'nın 13. maddesi uyarınca aynı rütbede 2 yıl kademe ilerlemesi yapılmaması hali yetersizlik nedeniyle ayırma işlemini gerektirmektedir⁴²⁹.

3.7.2.4.2. TSK'dan ayırmanın yargısal denetimi

Disiplinsizlik veya kademe ilerlemesinin yapılamaması nedeniyle TSK'dan ayırma işlemi, bir disiplin cezası olmadığından kural olarak yargı denetimine tabidir. Ayırma işlemlerinden, yalnız YAŞ kararına dayalı olanlar, Anayasa'nın 125. maddesi uyarınca yargı denetimi dışında tutulmuştur⁴³⁰. YAŞ kararı dışındaki tüm ayırma işlemleri açılan davalar münasebetiyle AYİM'ce hukuka uygunluk denetimine tabi tutulmaktadır. AYİM bu tür işlemleri incelerken ayırma sicili düzenlenmesine esas alınan disiplin cezalarının yok hükmünde olup olmadığını da incelemektedir.

⁴²⁸ “Kıdemli başçavuş rütbesinde 2 kez kademe ilerlemesi yapamayan davacının yetersizlik sebebiyle ayırma işlemine tabi tutulması yerindedir” (AYİM, 1.D.21.12.1993, E.1229, K.1144, S.9, 1995, s.194-196).

⁴²⁹ “Bulunduğu rütbeye ait sicilleri ortalaması sicil tam notunun %60'ına ulaşamayan davacı uzman jandarma çavuşun yetersizlik sebebiyle ayırma işlemine tabi tutulmasında hukuka aykılık yoktur” (AYİM, 1.D.12.3.1996, E.27, K.196, AYİMD, S.11, 1997, s.363-365).

⁴³⁰ “Gerek resen emekliye sevk işlemi, gerekse bu işlemin sebep unsurunu teşkil ve sonuç işlemin ayrılmaz bir rüknü durumunda olan, onu tamamlayan ‘Silahlı Kuvvetlerde kalması uygun değildir’ kanaatini içeren olumsuz sicilın ayrı ayrı ya da birlikte yargı denetimine tabi tutulmalarını ve iptal edilmelerini istemek, istemi uygun bulup iptallerine karar vermek, Anayasa'nın 125 ve 1602 SK'nın 21. maddelerinin mahkemeleri bağlayıcı nitelikteki amir hükümleri karşısında hukuken mümkün değildir”. (AYİM, 1.D.3.1.1989, E.218, K.9, AYİMD, S.7, 1993, s.1115-1117).

AYİM, disiplinsizliğin vahamet arzemesi⁴³¹, disiplin cezalarına rağmen düzelmemesi⁴³² ve aşırı borçlanmanın alışkanlık haline getirilmesi⁴³³ durumlarında TSK'dan ayırma işlemini hukuka uygun bulmaktadır.

TSK'dan ayırma konusunda yargı denetimi yapan AYİM'in gözettiği en önemli kriter, ayırmaya tabi tutulan kişinin genel safahatının, sicil ve disiplin durumunun, hakkındaki ayırma işlemini haklı kılacak nicelik ve yeterlilikte olmasıdır⁴³⁴. Diğer bir deyişle, gerek sayı ve gerek yoğunluk itibarıyla disiplinsizlikler ayırma işlemini zorunlu kılacak ve gerektirecek yeterlilikte olmalıdır. Örneğin 8-10 disiplin cezası bulunan, ancak disiplinsizlikleri içerik yönünden ayırmayı gerektirecek vahamette bulunmayan bir kişi hakkında disiplinsizlik sebebiyle ayırma işlemi tesis edilemeyeceği gibi; önceden hiçbir disiplinsizliği bulunmayan, sicil durumu da çok iyi bir kişinin büyük disiplinsizlik teşkil eden tek bir fiilinin varlığı halinde ayırma işlemi yapılabilmesi mümkündür⁴³⁵.

⁴³¹ “Uluslararası boyutta uyuşturucu kaçakçılığı yapmaktan tutuklu bir şahsın duruşmaya sevk sırasında sevk talimatına uygun davranmamak suretiyle kaçmasına sebebiyet veren uzman jandarma çavuş hakkında disiplinsizlik sebebiyle tesis edilen ayırma işlemi hukuka uygundur” (AYİM, 1.D.14.11.1995, E.487, K.1054, AYİMD, S.11, 1997, s.361-363); “Meslek hayatının başında çok sayıda disiplin bozucu hareketlerde bulunduğu, ikaz ve cezalara rağmen ıslah olmadığı, tavır ve hareketlerini cezalara rağmen düzenleyemediği, fiillerinin disiplin bakımından artık TSK'da görev yapmasını engelleyici vahamet derecesine ulaştığı görülmekle tesis edilen ayırma işleminde hukuka aykırılık bulunmadığı sonucuna varılmıştır” (AYİM, 1.D.15.3.2005, E.2004/760, 2005/347, AYİMD, S.20, 2005, s.275-280).

⁴³² “Astsubaylık safahatı boyunca disiplin ihlalleri sebebiyle amirlerince cezalandırılan, almış olduğu uyarı ve cezalara rağmen hizmetin gerektirdiği şekilde tavır ve hareketlerini düzeltmeyen davacı hakkında tesis edilen disiplinsizlik sebebiyle ayırma işlemi hukuka uygundur” (AYİM, 1.D.23.11.1993, E.1038, K.988, AYİMD, S.8, 1994, s.247-251).

⁴³³ “Bir önceki rütbesinde ve son rütbesinde beş kez uyarılmasına rağmen disiplin bozucu hareketlerde bulunmaya, aşırı derecede borçlanmaya ve borçlarını ödememeye devam eden, dolayısıyla ikaz ve cezalara rağmen ıslah olmayan davacının tutum ve davranışları sebebiyle kamu hizmetinde bulunmasının ve kamu gücünü kullanmasının sakınca teşkil ettiğinden tesis edilen işlemde hukuka uygundur” (AYİM, 1.D.2.10.2007, E.2006/975, K.2007/928, AYİMD, S.23, 2008, s.311-317); Benzer yönde AYİM, 1.D.25.10.1994, E.205, K.1231, AYİMD, S.9, 1995, s.175-177.

⁴³⁴ “Özlük dosyasındaki safahata göre tesis edilen işlemi haklı gösterecek ve TSK'da kalmayı imkânsız kılacak vahamet ve ağırlıkta disiplinsizlikleri olmayan davacı hakkında tesis edilen ayırma işlemi hukuka aykırıdır” (AYİM.1.D.2.4.1992, E.1991/2101, K.1992/631, AYİMD, S.7, 1993, s.222-225); “Hakkında verilen yedi günlük oda hapsi cezası dışında hiçbir disiplin cezası ve uyarı cezası bulunmayan davacının, daha sonra beraatle sonuçlanan hizmetten savuşmak için yapılan emre itaatsizlikte ısrar suçu mesnet gösterilerek disiplinsizlik sebebiyle ayırma işlemine tabi tutulmasında; mevcut durumunun ayırma işlemini haklı kılacak nitelik ve nicelikte olmaması karşısında işlem hukuka aykırılıkla sakatlanmıştır” (AYİM, 1.D.2.4.1996, 1995/233, K.1996/268, AYİMD, S.11, 1997, s.350-352); “Davacının son rütbesinde almış olduğu disiplin cezaları ayırma işlemi tesisi için yeterli olmamakla birlikte 11 aylık bir süreçte çeşitli kişi ve kurumlara aşırı derecede boçlanıp, icra takibine uğramasının, mensubu olduğu Jandarma teşkilatına olan güven ve itibarı sarsacak boyuta gelmesi sebebiyle tesis edilen ayırma işlemi hukuka uygundur” (AYİM, 1.D.6.4.2004, E.2003/622, K.2004/469, AYİMD, S.20, 2005, s.265-268).

⁴³⁵ ÇUBUKLU, agm, s.87-88.

AYİM, bazen ayırma⁴³⁶, memurluktan çıkarma⁴³⁷ ve sözleşmenin feshi⁴³⁸ gibi işlemlerde işlemin sebep unsurunun hukuka aykırı olduğuna karar vermekte, ancak sebep ikamesi yaparak iptal istemini reddedebilmektedir.

3.7.2.5. Mali Haklara Etkisi

Aylıktan kesme cezası, ilgilinin maaşından kesinti yapılmasına yol açar. Ancak kademe ilerlemesinin durdurulması, üst yönetici olamama, askeri hâkim ve savcılara verilen cezanın birinci sınıfa geçirilmelerine engel olması gibi durumlarda bu kişilerin özlük haklarında iyileşmeye engel olabildiği gibi TSK'dan ayırma durumunda özlük haklarının tamamen kaybına da dolaylı olarak yol açabilmektedir.

3.8. DİSİPLİN CEZALARININ AFFI

Disiplin cezalarının affı konusunu açıklamadan önce kısaca af müessesesini açıklamak uygun olacaktır.

3.8.1. Genel Olarak Af

Siyasi, hukuki veya sosyal alandaki gelişmeler bazı suç normlarının kaldırılmasını, bazı cezalardan vazgeçilmesini veya hafifletilmesini gerektirebilir. Yine yargılamalarda çeşitli nedenlerle adli hatalar yapılabilmesi, hükümlünün ağır hastalığı veya sakatlığı gibi durumlar suç ve cezaların affını gerektirebilir. Ancak af müessesesi, hukuk güvenliğini zedelediğinden ve kanunların kesinliği kanaatini zayıflatığından eleştirilmektedir⁴³⁹. Buna rağmen bazı yararlarının bulunması nedeniyle bütün hukuk düzenlerinde varlığını

⁴³⁶ “Üst üste 2 kez yetersiz sicil alması sebebiyle davacı hakkında tesis edilen ayırma işlemi, bu yönüyle Uzman Jandarma. Atama ve Sicil Yönetmeliği’nin 68. maddesi uyarınca hukuka aykırı görülmekle beraber, disiplinsiz davranışlarının ulaştığı vahamet derecesi karşısında sebep ikamesiyle sonuç olarak ayırma işlemi hukuka uygundur” (AYİM, 1.D.27.4.2003, E.1154, K.602, AYİMD, S.20, 2005, s.296-301).

⁴³⁷ “Davacı hakkında tesis edilen memuriyete son verme işleminde, işlemin hukuki sebebi olarak ‘adaylık süresi içinde olumsuz sicil alma’ olgusu gösterilmekteyse de; gerçekte, işlemin hukuki sebebi, davacının adaylık süresi içinde ‘hal ve hareketlerinde memuriyetle bağdaşmayacak durumunun saptanması’ halidir. Bu bakımdan Mahkememizin sahip olduğu ‘sebeb ikamesi’ yetkisiyle, işlemin bu hukuki nedenle, sonucu itibariyle hukuka uyarlı olduğu kanaatine varılmıştır” (AYİM, 1.D.17.10.2000, E.1999/344, K.2000/932, AYİMD, S.15, 2001, s.468-470).

⁴³⁸ “Davacı hakkında düzenlenen olumsuz sicil hukuka aykırı olması sebebiyle sözleşmenin yenilenmemesi işlemi hukuken geçersiz olmakla birlikte, davacının safahatındaki mevcut disiplin cezalarının çokluğu ve mahiyetleri göz önüne alındığında davacının görevinde başarısız olduğu ve kendisinden istifade edilemeyeceği anlaşıldığından, ‘sebeb ikamesi’ yoluyla tesis edilen işlemin sonucu itibariyle hukuka uygun olduğu kanaatine varılmıştır” (AYİM, 1.D.18.2.2003, E.400, K.255, AYİMD, S.18, 2003, s.266-270).

⁴³⁹ Ülkemizde sosyal, siyasal ve hukuksal şartların varlığına fazla bakılmadan sık sık af kanunlarının çıkarılması kanunların caydırıcılık özelliğini törpülemekte, bu durumun özellikle mağdur tarafta yarattığı tepkiler nedeniyle kişisel öç ve cezalandırma eğilimi yükselmektedir (SAĞLAM, agt, s.269, dn.258). Af yetkisinin sık ve gereksiz kullanımına bağlı ortaya çıkan sosyal tepkinin farkına varan Anayasa koyucu, 3.10.2001 tarihli 4709 sayılı Kanunun 28. maddesiyle Anayasa’nın 87. maddesini değiştirmiş ve af ilanına TBMM üye tamsayısının beşte üç çoğunluğuyla karar verilebileceği kuralını getirerek af kanunu çıkarılmasını zorlaştırmıştır.

sürdüregelen bir ceza hukuku müessesesidir⁴⁴⁰.

Ceza hukukunda genel ve özel af olmak üzere iki farklı af türü bulunmaktadır (TCK m.65). Genel afta, kamu davası düşer ve hükmolunan cezalar bütün neticeleri ile birlikte ortadan kalkar. Özel afta ise, hapis cezasının infaz kurumunda çektirilmesine son verilebilir veya infaz kurumunda çektirilecek süresi kısaltılabilir ya da adli para cezasına çevrilebilir. Genel afta fiilin suç olma niteliği de ortadan kalktığı halde, özel afta sadece ceza ortadan kalkmakta, azalmakta veya değişmektedir⁴⁴¹.

Ülkemizde adli cezalarda olduğu disiplin cezaları için de sık sık af kanunları çıkarılmaktadır. Hatta disiplin aflarının gerekçeleri arasında genel af kanunlarının varlığı gösterilmekte, toplum vicdanını rahatsız eden suçları işleyenler dahi affedilirken, daha hafif nitelikli disiplin suçlarını işleyenlerin affedilmemesi adalete aykırı görülerek, af kanunlarıyla birlikte disiplin affi gündeme getirilmektedir. Disiplin affi kanunlarının önemli bir gerekçesi de, siyasi iktidarların disiplin cezalarının verilmesindeki etkileridir⁴⁴².

Disiplin cezalarının affi, bu konuda özel olarak çıkarılan disiplin affi kanunlarıyla veya genel af kanunlarına bağlı olarak ortaya çıkabilmektedir. Her iki durumu ayrı ayrı görelim.

3.8.2. Genel Af Kanunlarının Disiplin Cezalarına Etkisi

Genel af kanunlarında genellikle affin disiplin cezalarına etki etmeyeceği açıkça düzenlenmektedir. Örneğin, 14.7.1950 tarihli 5677 sayılı Af Kanunu'nda, bütün disiplin suçları af kapsamı dışında bırakılmıştır. Bu nedenle af kural olarak disiplin cezalarını her hangi bir şekilde etkilememiştir. Ancak disiplin cezası bir mahkûmiyete bağlı olarak verilmişse, af kanunu disiplin cezasını etkileyecektir. Çünkü genel af mahkûmiyetin tüm neticelerini ortadan kaldırmaktadır. Dolayısıyla genel af kanunu ceza mahkûmiyetine bağlı olarak verilmiş disiplin cezalarını da ortadan kaldıracaktır⁴⁴³.

Bazı af kanunlarında ise, affin disiplin cezalarını da kapsayacağı düzenlenmektedir. Örneğin 9.8.1966 tarihli 780 sayılı Af Kanununda memurlara ilişkin disiplin cezalarının af kapsamı dışında olduğu belirtilirken “*taksirli suçlar hariç*” ibaresine yer verilmiştir.

⁴⁴⁰ YÜCE, age, s.188; SAĞLAM, agt, s.269.

⁴⁴¹ “Genel affa uğrayan bir suçtan dolayı ne kamu, ne de şahıs adına ceza kovuşturmasına başlanmayacağı gibi başlanmış olan da olduğu yerde düşer. Mahkeme bitmiş ve hüküm kesinleşmiş ise ceza infaz olunamaz. Infaza başlananlar da derhal durdurulur ve cezanın bütün neticeleri silinir. Bu nitelikleri taşıyan bir af kanunu, bir tek şahıs hakkında da olsa genel af kanunu olmaktan kurtulamaz. Özel af ise suçluluğu kaldırmayıp ilgililerin mahkûm oldukları cezaları ya tamamen ortadan kaldırır veya azaltır veya değiştirir. Cezaların neticelerini silemez” (Ay. Mah. 19.12.1966, E.7, K.46, AYMKD, S.5, 1972, s.26).

⁴⁴² YILDIRIM, Af, s.443.

⁴⁴³ KEYMAN, Selahattin; Türk Hukukunda Af (Genel Af-Özel Af), Ankara 1965, s.121; GÜNAL, agm, s.207; SAĞLAM, agt, s.271; GÖZLER, age, s.648.

15.5.1974 tarihli 1803 sayılı Af Kanunu gibi bazı genel af kanunlarında ise affin disiplin cezalarına etkisi konusunda hiçbir düzenleme yapılmamıştır. Bu durumda affin disiplin cezalarına her hangi bir etkisinin olmayacağı kabul edilmektedir⁴⁴⁴.

Genel affin etkisi, sadece fiilin suç niteliğini ortadan kaldırmasıdır. Yoksa maddi vaka olarak fiil varlığını sürdürmektedir. Bir fiilin ceza hukuku bakımından sonuçlarını ve suç vasfını ortadan kaldıran af kanunu, aynı fiile disiplin mevzuatıyla bağlanmış olan sonuçları ortadan kaldırmayacaktır⁴⁴⁵.

3.8.3. Disiplin Cezalarının Affı

Disiplin cezalarının affı konusunda genel af kanunlarında düzenlemelere yer verildiği gibi 7 yıl arayla münhasıran disiplin affı kanunları (25.12.1985 tarihli 3249 SK⁴⁴⁶, 18.6.1992 tarihli 3817 SK⁴⁴⁷, 28.8.1999 tarihli 4455 SK⁴⁴⁸ ve 22.6.2006 tarihli 5525 SK⁴⁴⁹) da çıkarılmaktadır⁴⁵⁰. Disiplin affı kanunları genelde benzer hükümler içermektedir.

“Devletin şahsiyetine karşı işlenen suçlarla basit veya nitelikli zimmet.....suçları sebebiyle görevleriyle sürekli olarak ilişik kesilmesi sonucunu doğuran disiplin cezaları ile 2802 sayılı Hakimler ve Savcılar Kanununun cezaları ile emniyet hizmetleri sınıfına dahil personel hakkında verilen meslekten çıkarma cezaları hariç olmak üzere⁴⁵¹; kanun, tüzük ve yönetmelikler gereğince memurlar ve diğer kamu görevlileri ile bu görevlerde bulunmuş olanlar hakkında 23/4/1999 tarihinden 14/2/2005 tarihine kadar işlenmiş fiillerden dolayı verilmiş disiplin cezaları bütün sonuçları ile affedilmiştir” (5525 SK m.1)

5525 SK’nın 1. maddesinin 3. fıkrasında, cezaları affedilenlerin sicil dosyalarındaki bu disiplin cezalarına dair kayıtların, ilgililerin müracaatı aranmaksızın hükümsüz kalacağı ve dosyalarından çıkarılacağı düzenlenmiştir.

5525 SK’nın 3. maddesiyle, bu Kanun hükümlerinin, 926 SK, 3466 SK, 3269 SK ile 357 SK’ya tabi personel hakkında uygulanmayacağı düzenlenerek TSK’da çalışan Devlet memurları haricindeki asker kişilere verilen disiplin cezaları af kapsamı dışında tutulmuştur.

⁴⁴⁴ GAND, Maurice (Çev. Hakkı DEMİREL); “Umumi Af ve Disiplin Cezaları”, AÜHFD, C.XI, S.3-4, s.112; SAĞLAM, agt, s.272.

⁴⁴⁵ DEMİREL, Hakkı; “Genel Affin Disiplin Cezalarına Etkisi”, AD, S.2, 1952, s.207; ASLAN, age, s.38; SAĞLAM, agt, s.273; D10D, 26.12.1985, E.2119, K.2269, DBİM.

⁴⁴⁶ RG, 3.1.1986, S.18977.

⁴⁴⁷ RG, 7.7.1992, S.21277.

⁴⁴⁸ RG, 3.9.1999, S.23805.

⁴⁴⁹ RG, 4.7.2006, S. 26218.

⁴⁵⁰ Disiplin affı kanunları konusunda bkz. SAĞLAM, agt, s.273-276.

⁴⁵¹ Af kanunlarıyla kimi disiplin cezalarının kapsam dışında bırakılması, uygulamada eşitsizlik yarattığı gerekçesiyle eleştirilmekte, bu tür ayrımların haklı ve inandırıcı bir sebebe dayanmadığı ifade edilmektedir (NOMER, Sezgin; “Disiplin Cezalarının Affındaki Eşitsizlik”, YAD, S.30, 1994, s.27).

3.8.4. Disiplin Affı Kanunlarının Niteliği ve Sonuçları

Disiplin affı kanunları genel af niteliği taşımaktadır. Çünkü disiplin affı kanunlarında, cezaların bütün sonuçlarıyla birlikte affedildiği, ilgililerin sicil dosyalarındaki kayıtların geçersiz kalacağı ve bir başvuruya gerek kalmadan sicilden çıkarılacağı; ayrıca, disiplin cezasını gerektiren fiillere ilişkin soruşturma yapılamayacağı, başlanan soruşturmanın işleminden kaldırılacağı ve kesinleşen cezaların yerine getirilmeyeceği hükme bağlanmaktadır.

Disiplin affı neticesinde, ilgiliye verilen kademe ilerlemesinin durdurulması cezası nedeniyle yapılmamış olan kademe ilerlemesinin yapılması⁴⁵², affa uğramış olan cezaların tekerrür uygulamasında dikkate alınmaması⁴⁵³, disiplin cezalarına bağlı olarak ortaya çıkan mahrumiyetlerin (üst göreve atanamama ve görevde yükselememe gibi etkilerin) sona ermesi gerekir⁴⁵⁴.

TSK'da çalışan Devlet memuru, doğrudan disiplin cezası olarak değil de, disiplin cezalarının dolaylı etkisiyle olumsuz sicil yoluyla Devlet memurluğundan çıkarılmışsa disiplin affından yararlanamaz. Çünkü disiplin affı, disiplin suç ve cezalarının affı ile ilgili olup, sicil affını kapsamaz. Bu nedenle sicilen TSK'dan çıkarılan bir Devlet memurunun af kanununa dayanarak yeniden memuriyete dönmesi mümkün değildir⁴⁵⁵.

⁴⁵² D12D, 31.10.1997, E.1413, K.2514, DD, S.95, 1998, s.736.

⁴⁵³ AYİM, 2.D.21.3.2007, E.83, K.272, AYİMD, S.23, 2008, s.474-482.

⁴⁵⁴ SAĞLAM, agt, s.277.

⁴⁵⁵ AYİM, 1.D. 14.9.1993, E.210, K.717, AYİMD, S.8, 1994, s.380-381.

SONUÇ

Disiplin, örgütlenmiş bir toplulukta, gerek hizmetlerin iyi bir şekilde görülmesi, gerekse fertlerin davranışlarını kontrol etmesi bakımından, kuralların hâkim kılınmasıdır. Askerlik hizmetinin kendine özgü yapısı nedeniyle disiplin anlayışı daha katıdır.

Çok çeşitli nitelikte insanların bulunduğu TSK'da, disiplinin sağlanması için bazı yaptırımların uygulanmasına ihtiyaç vardır. Ancak bu yaptırımların hukuk devleti olmanın bir gereği olarak hukuki düzenlemelerle önceden belirlenmesi gerekmektedir.

TSK'da çalışan Devlet memurları, TSK'nın hizmet özelliği dikkate alınarak, diğer kamu kurum ve kuruluşlarında çalışan memurlara göre farklı bir statüye tabi tutulmuşlardır. Ancak bu statüleri askerlerin tabi olduğu kurallarla da aynı değildir. Bu kişiler askeri amirlerine karşı da her zaman ast olarak kabul edilmemiş, bu sıfat özellikle askeri amirleri ile olan hizmet ilişkileri ile sınırlı tutulmuştur. Ancak bu düzenleme uygulamada sorunlara yol açabilmektedir. Aynı fiil, bir disiplin amiri tarafından AsCK'ya göre yargı denetimi dışı bir cezayla cezalandırılabilmekte, diğer disiplin amiri ise 657 SK'ya göre yargı denetimine tabi bir cezayla cezalandırılabilir. Bu belirsizliğin ortadan kaldırılabilmesi için TSK'da görevli Devlet memurlarının sadece 657 SK'da düzenlenen disiplin sistemine tabi kılınması uygun olacaktır.

Kural olarak onbaşıdan itibaren bütün amirler emri altındaki kişilere disiplin cezası vermeye yetkilidir. Disiplin amirlerinin ceza verme yetkileri AsCK'nın 171. maddesine bağlı cetvelde gösterilmiştir. AsCK'da disiplin cezası verme konusunda 3 tür sınırlama bulunmaktadır. Bunlar; Asker kişilere ancak AsCK'nın 165. maddesinde belirtilen disiplin cezalarından birisi verilebilir; Disiplin amiri rütbesine uygun cezalardan birini verebilir; Disiplin cezası verilecek kişinin statüsüne uygun ceza verilebilir. AsCK'nın 171. maddesine bağlı cetveldeki bu karmaşık yapının uygulama kolaylığı için daha sade bir şekilde düzenlenmesi uygun olacaktır.

AsCK'nın 171. maddesine bağlı cetvele göre, albaylar, yarbaylara; Tuğgeneral ve Tümgeneral, albaylara; MSB, Orgeneral ile Korgeneral; Tuğgeneral ile daha üst rütbelilere disiplin cezası verememektedir. Ayrıca disiplin mahkemesi oluşturulamayacağı için orgeneral seviyesindeki asker kişilerin disipline aykırı davranışları da yaptırımsız kalmaktadır. Bu konularda kanuni düzenleme yapılması gerekmektedir.

Ceza hukukunda kanunilik, suç adı verilen yasak hareketlerin (suçta kanunilik) ve bu yasak hareketlerin işlenmesi halinde uygulanacak cezaların (cezada kanunilik) kanun tarafından açık, kesin ve belirli bir şekilde tespit edilmiş olmasını ifade eder.

Disiplin cezaları yönünden kanunilik ilkesine uyulmakla birlikte, disiplin suçları yönünden, kanunilik ilkesine uyulduğunu söyleme imkânı yoktur. Disiplin suçlarında daha çok genel ibareler kullanılmakta ve kıyasa imkân veren düzenlemeler yapılmaktadır. Ayrıca disiplin suçlarının belirlenmesi konusunda mevzuatımızda bir yeknesaklık da bulunmamaktadır. Bu düzenleme şekli, kişileri güvencesiz bırakmaktadır.

Disiplin suçlarının kanun dışında tüzük ve yönetmelik gibi normlarla düzenlenmesi kanunla düzenlenme ilkesine aykırı olsa bile, bu tür düzenlemelerle en azından açıklık ilkesine uyumun sağlanması mümkündür. Ancak kıyasa izin veren kanun hükümleri, söz konusu kanunu uygulayacak olan amir veya kurul sayısı kadar kişi ya da organa yeni suç yaratma yetkisi tanımış olmaktadır. Bu nedenle kıyasa imkan tanıyan hükümlerin pozitif hukukumuzdan çıkarılması gerekir.

AsCK'nın 162. maddesinde, disiplin tecavüzü; *“askeri terbiyeyi bozan ve hiçbir ceza kanununun maddelerine uymayan fiiller ve tekasüller”* şeklinde tanımlanmıştır. Bu tanım dışında disiplin tecavüzlerinin ne olduğu konusunda bir düzenleme bulunmamaktadır. *“Disiplin tecavüzü”* adı altında sınırları ve unsurları belli olmayan bir disiplin suç kategorisi yaratılmıştır. Disiplin amirleri, mahiyetinin herhangi bir hareketini askeri terbiyeyi ve disiplini bozduğu gerekçesiyle disiplin tecavüzü olarak nitelendirip cezalandırabilirler. Yargı denetiminin olmadığı, disiplin amirlerinin hürriyeti kısıtlayıcı ceza verebildikleri ve bu tür bir cezalandırmanın kişinin tüm mesleki geleceğini etkilediği hususları düşünüldüğünde asker kişilerin ne kadar güvencesiz bir konumda oldukları anlaşılabilecektir. Bu nedenlerle, kanunilik ilkesine uyularak disiplin tecavüzleri kanunlarda açıkça ya da en azından *“açık ceza (disiplin) normu”* şeklinde düzenlenmeli, bunların belirlenmesi konusundaki disiplin amirlerinin yetkisi kaldırılmalıdır.

AsCK'nın 18. maddesinde düzenlenen askeri kabahatlerin basit halleri disiplin kabahati oluşturmaktadır. Ancak uygulaması olmayan bir disiplin suçu kategorisi olması nedeniyle AsCK'da yapılacak bir değişiklik ile tamamen kaldırılması uygun olacaktır.

Kıyas yasağının bazı disiplinsizliklerin cezasız kalmasına ve dolayısıyla askeri disiplinde zafiyete yol açabileceği ileri sürülebilir. Ancak bu tür sakıncalar bazı düzenleme teknikleriyle giderilebilir. Örneğin, aynı tür suçlara farklı statüdeki askeri personele farklı cezalar öngörülmesi şeklinde seçenekli ceza uygulamasıyla hizmetlerin gösterdiği önem ve özelliğin gözetilmesi sağlanmış olur. Yine aralıklı ceza uygulaması yoluyla cezanın tespitinde hem bir ölçüde amire takdir hakkı tanınmış olur, hem de işlenen suçun mümkün olduğu kadar suçlunun kişiliğine uydurulması sağlanmış olur.

Disiplin cezaları hangi makam veya kurul tarafından verilirse verilsin, birer idari işlemdir. Disiplin cezalarının nitelik ve sonuçları itibariyle adli cezalara oldukça yakınlık gösteren bir yaptırım türü olması, Anayasal düzeyde birtakım düzenlemelere konu olması, bu cezaların verilmesinde yargısal usullere benzer usul kurallarına uyulması ve verilen cezalara karşı öngörülen başvuru yolları konusunda bazı farklılıklar bulunması hususları hukuksal niteliğini değiştirmez.

Disiplin cezalarının yargı işlemi sayılabilmesi için, hem yargı organı niteliğinde bir organdan çıkması (organik/şekli şart), hem de bir hukuki uyumsuzluğun çözümüne ilişkin olması (işlevsel/maddi şart) gerekir. Bu iki şartı birlikte gerçekleştiren işlemler yargı işlemi, bu şartları hiç gerçekleştirmeyen veya sadece birini gerçekleştirip diğerini gerçekleştiremeyen işlemler ise yargı işlemi değildir.

Mahkemelerin bağımsızlığı ilkesine dayanmayan, hâkimlik güvencesi olmayan ve hâkimlik niteliğini taşımayan sırf subaylardan oluşmuş, bir Komutanlığa bağlı, kararlarına karşı temyiz yolunun kapalı olduğu bir heyetin “*yargı organı (mahkeme)*” olarak kabulü mümkün değildir. Bu durumdaki bir kuruluşun adı “*mahkeme*” olsa da, niteliği “*disiplin kurulu*”dur. Bu nedenle disiplin mahkemelerinin kararları da, yargı kararı değildir.

Disiplin cezalarının verilmesinde savunma hakkının Anayasal güvenceye bağlanması uygulamada önemli sonuçlar doğurmaktadır. Savunma hakkının kullandırılmaması disiplin cezası işlemini şekil açısından ağır bir biçimde sakatlayacağından yargı yoluyla iptali mümkün olabilmektedir.

Her yaptığı işlem teorik olarak hukuka uygun sayılan idare üzerinde bazı denetim mekanizmalarının olması gerekli ve zorunludur. İdari işlem ve faaliyetlerin hukuka uygunluğunu sağlamak amacıyla çeşitli denetim yolları bulunmaktadır. Uygulamadan elde edilen deneyimler, idarenin yargı denetimi dışındaki yollarla denetlenmesinin bu etkinliği sağlamaktan uzak olduğunu göstermiştir. Anayasa’nın “*Yargı Yolu*” başlıklı 125. maddesinin ilk fıkrasında; “*İdarenin her türlü eylem ve işlemlerine karşı yargı yolu açıktır*” denilmiştir. Disiplin cezaları da, birer idari işlemdir. Bütün idari işlemler gibi, disiplin cezaları da yargı denetimine tâbidir. Disiplin cezalarının yargısal denetime tâbi olması, hukuk devleti ilkesinin doğal sonucudur.

Anayasa koyucu disiplin cezalarında, Anayasa’nın 125. maddesindeki düzenlemeyle yetinmemiş, daha özel bir güvence getirme ihtiyacını hissetmiş ve Anayasa’nın 129. maddesinin 3. fıkrasında; “*Uyarma ve kınama cezalarıyla ilgili olanlar hariç, disiplin kararları yargı denetimi dışında bırakılamaz*” şeklinde düzenleme yapmıştır.

1982 Anayasası'nın 129. maddenin 3. ve 4. fıkralarında, bazı disiplin cezaları ve bazı kamu görevlilerine verilecek disiplin cezaları ile ilgili istisna getirilmiştir. 129. maddede disiplin cezaları yönünden yargı yolu doğrudan kapatılmamış, bu konuda yasama organına takdir yetkisi tanınmıştır. Yasama organı ise, bu konudaki takdir yetkisini eşitliğe aykırı şekilde bazı kamu görevlileri için yargı yolunu kapatma yönünde kullanmıştır. 1602 SK'nın 21. maddesiyle, TSK mensupları hakkında disiplin amirlerince verilen tüm cezalar yargı denetimi dışına çıkarılmıştır. Bu düzenleme, hukuk devleti ilkesiyle bağdaşmamaktadır. Zira bu tür kısıtlamalar hem hukuka olan güveni zedeler, hem de idareyi keyfi, hukuk dışı davranmaya teşvik eder.

AYİM, doğrudan yetkili disiplin amiri tarafından ve yetkisi dâhilinde usulüne uygun olarak verilen disiplin cezasına karşı açılan davaları “*inceleme kabiliyeti bulunmadığı*” gerekçesiyle reddetmektedir. Ancak disiplin cezaları ister bir başka idari işlemin “*hukuki sebebi*” olsun, isterse tek başına bir idari işlem durumunda olsun, bu tür disiplin cezalarının “*yok hükmünde*” olup olmadığının belirlenmesi ile sınırlı olarak yargı denetimi yapmaktadır. Disiplin cezası verilmesi işleminde, savunmanın alınmaması, yetkisiz amirin ceza vermesi, zamanaşımı süresinden sonra ceza verilmesi, amirin ceza yetkisini aşması gibi durumlar kanuna açık ve net aykırılık teşkil ettiğinden bu hallerde verilen disiplin cezasını “*yok hükmünde*” saymaktadır.

AYİM, 1602 SK'nın 21/3. maddesindeki yargı denetim yasağının kapsamını dar tutma eğilimindedir. Bu yüzden TSK'da görevli Devlet memurlarına 657 SK'ya göre verilen uyarma ve kınama dışındaki cezaların denetimini yapmaktadır. AYİM yargı denetim yasağını aşma konusundaki bu uygulamasıyla, “*Hukuk Devleti*” ve “*Hak arama özgürlüğü*” ilkelerinin hayata geçirilmesi bakımından, diğer yüksek mahkemelerden bir adım daha öndedir.

Yargı denetimi dışında tutulan disiplin cezaları, uygulamada yargı denetimine açık işlemlere dayanak ve gerekçe yaratmak için kullanılabilir. Örneğin herhangi bir nedenle bir personelini tayin etmek isteyen disiplin amiri yasal gerekçe olmadan yapılacak tayin işleminin yargı denetiminde iptal edileceğini bildiğinden, söz konusu kişiye tayin olmadan önce yargı denetimi dışında bırakılan disiplin cezaları vererek atama işleminin iptal edilmesini engelleyecek gerekçeler oluşturabilmektedir.

Anayasa'nın 129. maddesinde kanun koyucuya bazı disiplin cezalarını yargı denetimi dışında bırakabilme konusunda takdir yetkisi tanınmıştır. Bu takdir yetkisini kanun koyucu eşitliğe aykırı şekilde kullanmıştır. Kamu personeli arasında eşitsizliğe yol açan bu farklı düzenlemeyi haklı kılacak hiç bir hukuki, fiili ya da mantıki neden bulunmamaktadır.

Bazı cezalara karşı yargı yolunun kapatılmasının kamu yararına herhangi bir katkısı bulunmamaktadır. Bu olumsuzlukları ortadan kaldırmak için yapılması gereken Anayasa'nın 129. maddesindeki istisnaların bir an önce kaldırılmasıdır. Ancak, Anayasal değişikliğin yapılmasının zorluğu karşısında, kanun koyucu Anayasa'nın 129. maddesiyle tanınan takdir yetkisine dayanarak 1602 SK ve 657 SK'da yargı yasağını ortadan kaldırabilir.

Anayasa'nın 129. maddesinde, disiplin cezalarının yargı denetimine açılmasına engel bir hüküm bulunmamaktadır. TSK'da terfi, kıdem, önemli görevlere atanma, yurtdışı göreve seçilme, kurslara seçilme, statüden çıkarılma, sözleşmenin feshi, astsubaylıktan subaylığa geçme, ihtisas görevlere seçilme, kurmay subay olma, öğrenim kıdemi alma gibi birçok konuda disiplin cezaları etkili olmaktadır. Disiplin affı kanunlarında TSK personeli kapsam dışı bırakılmakta, böylece mesleğin başında alınan bir disiplin cezası emekli olana kadar kişinin mesleki yaşamını etkilemektedir. Askerlik hizmetinin kendine özgü yapısı, disiplin cezalarının niteliği ve etkileri yönünden 657 SK'dan farklı düzenlemeler yapılmasını gerektirebilir. Ancak bu gereklilikler yargı denetimi yasağına gerekçe olamaz.

Disiplin cezalarının amaç ve işlevleri nedeniyle zamanaşımı süresi kısadır. Disiplin suçu işleyen kişiye en kısa sürede disiplin cezası verilmek suretiyle disiplinin korunması sağlanır. Disiplin cezalarının yargısal denetiminde, yargı kararının geç verilmesi ve kesinleşmesi, bu arada zamanaşımı süresinin dolması nedeniyle disiplin suçu işleyen kişinin cezasız kalması gibi sakıncalar da doğabilmektedir. Ayrıca disiplin cezaları konusunda idari yargı yerlerince yapılan denetim iptal davası yolu ile hukuka uygunluk denetimidir. Dolayısıyla, örneğin uygulanan yaptırımı orantılılık ilkesine aykırı bulan yargı organı iptal kararı vermek durumundadır. İptal kararının uygulanması doğrultusunda gereken işlemi yapmak idarenin görevidir. Bu yolla uyuşmazlığın kesin biçimde çözümlendiğini söylemek zordur. Bu tür sakıncaları önlemek için, kanuni değişiklikler yapılarak disiplin cezalarında yargısal denetimin iptal davası yerine tam yargı davası yoluyla yapılması sağlanabilir. Bu şekilde hâkim hukuka uygunluk denetimi ile yetinmeyip idarenin yerine geçerek kararı düzeltme yetkisine de sahip olabilecektir.

AIHS'nin 1. maddesi gereğince, taraf devletler kendi yetki alanları içindeki herkese Sözleşme'de yer alan hakları güvence altına almayı kabul etmekle, iç hukuk sistemlerini Sözleşme ile uyumlu hale getirme yükümlülüğü altına girmektedirler. Bu yükümlülüğün kapsamına; haklara ilişkin güvencelerin tanınması, bunların etkili kullanımlarının sağlanması için gerekli tedbirlerin alınması ve haklara müdahaleden kaçınılması hususları girer.

AIHS'nin Türk Hukukundaki yeri konusunda farklı görüşleri ortadan kaldırmak için, 5170 SK'la Anayasa'nın 90. maddesinin 5. fıkrasına, “*Usulüne göre yürürlüğe konulmuş temel hak ve özgürlüklere ilişkin uluslararası andlaşmalarla kanunların aynı konuda farklı hükümler içermesi nedeniyle çıkabilecek uyuşmazlıklarda uluslararası andlaşma hükümleri esas alınır*” şeklinde bir cümle eklenmiştir. Anayasa'nın 90. maddesinde yapılan değişiklikle Türk normlar hiyerarşisinde, Anayasa basamağı ile kanun basamağı arasında yeni bir basamak ilave edilmiştir. Bu basamak “*temel hak ve özgürlüklere ilişkin uluslararası andlaşmalar*” basamağıdır. Böylece kanunlarla uluslararası andlaşmalar arasında bir hiyerarşi yaratılmıştır.

5170 SK ile yapılan değişiklik neticesinde, iç hukukta AIHS hükümleri ile aynı konuda farklı hükümler içeren kanun hükümleri, uygulanamaz konuma gelmiştir. AIHS ile kanun hükümlerinin çatışması sorunu bu şekilde çözülmüş ise de, Anayasal normlar ile çatışması durumunda hangisinin esas alınacağı sorunu halen devam etmektedir. Anayasal düzenlemenin yapılış şekli esas alınırsa, Anayasa koyucunun, Anayasa'nın üstünlüğü ilkesinin gereği olarak AIHS'ye Anayasal değer veya Anayasa üstü konum vermek istemediği sonucu çıkmaktadır.

AIHS, nev'i şahsına münhasır (sui generis) bir sözleşmedir. Bu nedenle klasik yaklaşımlarla iç hukuktaki yerini belirlemek anlamsızdır. Sözleşme'nin bu özelliği 1. maddesindeki “*tanırlar*” yükümlülüğünden kaynaklanmaktadır. Devletler, AIHS'yi onaylamakla klasik uluslararası andlaşmalardan farklı olarak, karşılıklı prensibine dayanmayan, insan hakları ve hukukun üstünlüğüne dayalı Avrupa ortak kamu düzenini kurma amaçlı yeni bir hukuka dâhil olmuşlardır.

AIHM'nin, AIHS'yi ihlal eden ulusal hukukları geçersiz sayma, idari kararları iptal etme veya ulusal mahkeme kararlarını bozma yetkisi yoktur. Buna rağmen, verdiği kararlarla AIHS'ye taraf devletlerde yaşayanların günlük yaşamının gelişmesine katkı sağlamakta ve aynı zamanda tüm dünya için minimum adalet standartları koyma işlevi görmektedir.

Sözleşme'nin güvence altına aldığı hak ve hürriyetlerin içeriği Mahkeme kararlarında belirlenerek sürekli geliştirilmektedir. Sözleşme'yi “*yaşayan bir belge*” haline getiren bu uygulama, Sözleşme'de düzenlenen hak ve hürriyetleri Mahkeme içtihatlarıyla birlikte ele almayı gerektirmektedir.

Sözleşme'yi “*Avrupa İnsan Hakları Hukukunun Anayasası*” yapan, Mahkeme'nin kullandığı amaçsal ve gelişmeci yorum tekniğidir. Sözleşme hükümlerini yorumlarken, Mahkeme'nin göz önünde tuttuğu temel öge, AIHS'nin konusu, amacı ve özel nitelikleridir. Mahkeme, hak ve özgürlüğe sahip olmayı kural; bunlara müdahaleyi istisna görmektedir. İfade boşluklarından da yararlanarak lafza aykırı, fakat amaca uygun yoruma gidebilmektedir.

AİHM, kendisini ne Sözleşme'nin lafzı, ne de belli bir ülkedeki mevzuatın bu terimlere verdiği anlamla bağlı tutmamış, özerk biçimde anlam belirleme yoluna gitmiştir. Bunun sonucu olarak taraf devletin bir uyuşmazlığı iç hukukunda medeni veya ceza yargısı olarak belirlemesi, AİHM'yi bağlayıcı bir öneme sahip değildir. Mahkeme, özerk yorum yoluyla, AİHS ile güvenceye alınan hakların iç hukukta yapılan nitelendirmeyle Sözleşme dışına çıkarılmasını önlemektedir.

Şu anda TSK mensuplarına verilen disiplin cezaları arasında insanlık onuruyla bağdaşmayan nitelikte bir ceza bulunmadığını söyleyebiliriz. Ancak özellikle erbaş ve erlere 4 haftaya kadar verilebilen sıra harici hizmet cezasının infazında AİHS'nin 3 ve Anayasa'nın 17/3. maddesine aykırı durumların ortaya çıkabileceğini belirtmemiz gerekir. Bu nedenle Anayasa'nın 17/3 ve AİHS'nin 3. maddesine aykırı fiillerin ortaya çıkmaması için sıra harici hizmet cezasının infaz şekli konusunda sınırlayıcı düzenlemeler yapılması gerekmektedir.

AİHM, Sözleşme hükümlerinin yorumlanmasında, askeri yaşamın özelliklerini göz önünde tutmaktadır. Askeri disiplin sisteminin doğası gereği, sivil şahısların hak ve özgürlüklerine konulamayacak sınırlamaların, silahlı kuvvetler mensuplarına konulabileceğini kabul etmekte, ancak silahlı kuvvetlerin bünyesindeki yaşamın normal sınırlarını aşan kısıtlamaların kişi hürriyetini sınırlayan ceza olduğunu belirtmektedir.

Oda hapsi cezasının niteliği, etkileri ve uygulanma tarzı itibarıyla AİHM'nin içtihatlarına göre, TSK'nın bünyesindeki yaşamın normal sınırlarını aşan kısıtlamalar içermektedir. Bu nedenle AİHS'nin 5/1-a maddesi kapsamındadır. Dolayısıyla oda hapsi cezasının infazı ancak “yetkili mahkeme” tarafından karar verilmesi halinde Sözleşme'nin 5/1-a. maddesine aykırı olmayacaktır. Uygulamada ise oda hapsi cezası disiplin amiri tarafından verildiğinde ancak bir üst amire itiraz mümkündür. Askeri hiyerarşi içinde verilen ve denetlenen bu cezayla ilgili yargısal denetim yasağı vardır. Dolayısıyla disiplin amirinin verdiği oda hapsi cezasının infazı, yetkili mahkemenin mahkûmiyet kararına dayanmadığından Sözleşme'nin 5/1-a. maddesini ihlal etmektedir.

Anayasa'nın 90. maddesinin son fıkrası uyarınca iç hukukumuzda kanun düzeyinde olan AİHS ile kanunların çatışması halinde AİHS hükümlerinin esas alınması gerekmektedir. AİHS'de düzenlenen hak ve özgürlüklerin anlam ve içeriklerini belirleyen bir yargı organı olan AİHM'nin Sözleşme'nin 5. maddesiyle ilgili içtihatları karşısında Anayasa'nın 38/11. maddesine uygun olarak AsCK'da yer alan disiplin amirinin oda hapsi cezası verebilmesiyle ilgili düzenlemelerin hukuka aykırı hale geldiklerini söyleyebiliriz. Bu nedenle kanuni değişiklik gerekmektedir.

AİHS'nin 6. maddesindeki düzenlemeden adil yargılanma hakkının gerçekleşmesi için öncelikle, yargılama bir “mahkeme” tarafından yapılmalı; ikinci olarak, bu mahkeme “kanuni” olmalı, yani yürütme organının düzenleyici işlemleriyle değil, yasama organının çıkardığı bir kanunla kurulmalı; üçüncü olarak, bu mahkeme “bağımsız” olmalı, yani, başka bir kişi veya organdan emir almamalı ve tarafların ve özellikle yürütme organının etki alanının dışında olmalı; dördüncü olarak nezdinde hak aranılan mahkeme “tarafsız” olmalı, yani mahkeme üyelerinin davanın çözümünü etkileyecek bir ön yargılarının olmaması gerekmektedir.

Disiplin cezaları kural olarak 6. madde kapsamında “suç isnadı” olarak kabul edilmemektedir. AİHM’ne göre, taraf devletler 6. maddenin konu ve amacına ters düşmemek kaydıyla suç hukuku ile disiplin hukukunu birbirinden ayırma hakkına sahiptir. Mahkeme, özgürlükten mahrum bırakan cezaları, “suç isnadı” kapsamında görmektedir.

AİHM’nin içtihatlarına göre, disiplin mahkemelerinin AİHS’nin 5 ve 6. maddelerine uygun nitelikte karar verebilmeleri için, yasama organınca 477 SK’da gerekli değişiklikler yapılarak oda hapsi cezası verilmesi yetkisinin ortadan kaldırılması veya disiplin mahkemelerinin bağımsız ve tarafsız bir mahkeme konumuna getirilmesi veya verdikleri kararlarla ilgili itirazları inceleyecek mahkemenin bağımsız ve tarafsız olmasının sağlanması gerekmektedir.

AİHM’ne göre, etkili başvuru yolu, yargısal bir yol olmak zorunda değildir. Ancak etkili olmalıdır. Eğer idari itiraz durumunda itirazı inceleyen makam ilk cezayı kaldırabiliyorsa, ilk cezayı verenin denetimi ve etkisi altında değilse, yapılan idari başvuru etkili bir başvuru yoludur. Uyarma ve kınama cezalarıyla ilgili idari başvuru etkili bir başvuru yolu olmadığından Sözleşme’nin 13. maddesine aykırılık teşkil etmektedir.

Disiplin suçu oluşturan fiillerin aynı zamanda Ceza Kanunu yönünden de suç oluşturması nedeniyle her iki hukuk disiplini birbirinden etkilenmektedir. 657 SK ve 357 SK’da düzenlenen suçlarda disiplin kovuşturmasının bağımsızlığı geçerlidir. Bu ilkeye göre suç teşkil eden bir fiil hakkında ceza kovuşturmasına başlanması disiplin kovuşturması yapılmasına engel oluşturmamaktadır. Bunun sonucu olarak memura kusurlu fiilinden dolayı hem disiplin cezası hem de adli ceza verilebilmektedir. Ceza muhakemesinde maddi gerçeğin araştırılması ve verilen kararların kesin hüküm değerinde olması bazı ceza mahkemesi kararlarının disiplin makamlarını bağlaması sonucunu doğurmaktadır. Disiplin kovuşturmasının bağımsızlığı uygulamada bazı hakkaniyete aykırı sonuçlar doğurabildiğinden disiplin kovuşturma zamanaşımı süresinin uzatılması veya zamanaşımını durduran nedenlerin düzenlenmesi gerekmektedir.

Kural olarak disiplin cezası verilebilmesi için mutlaka bir disiplin soruşturması yapılması ve bu soruşturmanın da ceza vermeye yetkili makam ya da organların dışından bir kişi tarafından yapılması konusunda bir düzenleme yoktur. Ancak disiplin cezası verecek olan amire karşı disiplin suçu işlenmesi gibi durumlarda soruşturmacı atanması hukukun genel ilkelerine uygun olacaktır. Bu konuda kanuni düzenleme yapılması gerekmektedir.

Disiplin cezası verilmesi aşamasında, mevzuatta öngörülen ilkeler dışında, içtihatlar yoluyla özellikle ceza hukuku ve ceza muhakeme hukukundan aktarılan, kanunsuz suç ve ceza olmaması, şüpheden sanığın yararlanması, ceza vermeye yetkili makam veya organların yetkilerinin belirlenmiş olması, cezanın belirlenmesinde ölçülülük, eşitlik ve objektiflik, statü dışında işlenen fiillere ceza verilememesi, kararın gerekçeli olması, karara karşı başvurulabilecek kanuni yolların gösterilmesi ve aleyhe bozma yasağı gibi yargısal ilkeler disiplin cezalarının verilmesinde dikkate alınmalıdır.

Sonuç olarak, Türk Silahlı Kuvvetlerde uygulanan disiplin suç ve cezalarıyla ilgili mevzuatta önemli boşluklar bulunmaktadır. Ayrıca askeri disiplin suç ve cezalarıyla ilgili bazı mevzuat hükümleri AİHS'ne aykırı hususlar içermektedir. Bu eksiklik ve sorunların yargı organlarının içtihatlarıyla çözülmesi mümkün değildir. Bu nedenle askeri disiplin mevzuatında yasama organı tarafından en kısa sürede ve kapsamlı bir değişiklik yapılması gerekmektedir.

KAYNAKLAR

- ALPAR, Erol** : “*Türk Silahlı Kuvvetlerinde Görevli Sivil Memurların Statüsü*”, **SKD**, Y.113, S.340, Nisan 1994, s.39-60.
- AKILLIOĞLU, Tekin** : Yönetim Önünde Savunma Hakları, TODAİE Yayınları, Ankara 1983
- : “*Danıştay Kararlarına Göre Uygulamada Temel Haklar*”, **AİD**, C.16, S.3, Eylül 1983, s.32-47 (Temel Haklar).
- AKSOYLU, İlter** : “*Hukuk Devleti İlkesi ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Çerçevesinde Askeri Disiplin Hukukunun Değerlendirilmesi*”, **AYİMD**, S.22, 2007, s.3-58.
- : “*Milli Savunma Bakanlığı ile Türk Silahlı Kuvvetlerinde Görevli Devlet Memurlarının Disiplin Hukuku*”, **AYİMD**, S.19, 2004 s.101-135 (Devlet memuru).
- AKYILMAZ, Bahtiyar** : İdare Hukuku, Sayram Yayınları, Konya 2004.
- : “*Bir İdari Usul İlkesi Daha: Anayasa m.40/2, Başvuru Yollarının Gösterilmesi*”, **Yıldızhan YAYLA’ya Armağan**, İstanbul 2003, s.83-90.
- ALİKAŞİFOĞLU, Kemalettin** : Devlet Memurları Kanunu, Ankara 2002.
- ALTIPARMAK, Kerem/KARAHANOGULLARI, Onur** : “*Bölge İdare Mahkemesi Kararıyla Anayasanın ‘Zimnen İptali’*”, **İHY**, C.19-20, 1997-1998, s.216-233.
- ALACAKAPTAN, Uğur** : Suçun Unsurları, Sevinç Matbaası, Ankara 1973
- ALİEFENDİOĞLU, Yılmaz** : “*Avrupa İnsan Hakları Anayasası’na Doğru*”, **AÜSBFD**, Prof.Dr. Muammer AKSOY’a Armağan Özel Sayısı, C.46, S.1-2, Ocak-Haziran 1991, s.41-54.
- ARAL, Rüştü** : Temyiz Davaları, Yüzyıl Boyunca Danıştay, 2. Baskı, Danıştay Yayınları, Ankara 1986.
- ARICA, M. Nadir** : Memur Suçları ve Soruşturma, Ankara 1990.
- ARTUK, Mehmet Emin/GÖKCEN, Ahmet/YENİDÜNYA, A. Caner** : Ceza Hukuku, Genel Hükümler I, 3. Baskı, Seçkin Yayınları, Ankara 2002
- ARSLAN, Zühtü** : “*Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Türk Anayasa Yargısı: Uyum Sorunu Öneriler*”, **AY**, S.17, Ankara 2000, s.274-293.
- : “*Temel Hak ve Özgürlüklerin Sınırlanması: Anayasanın 13. Maddesi Üzerine Bazı Düşünceler*”, **AY**, S.19, Ankara 2002, s.216-231 (Temel Hak).
- : Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinde Din Özgürlüğü, Ankara 2005 (Din Özgürlüğü)
- ASLAN, Muzaffer Yasin** : Askeri Yargıda Savcılık, Adil Yayınevi, Ankara 1998

- ASLAN, Zehreddin** : 657 Sayılı Devlet Memurları Kanununa Göre Disiplin Suç ve Cezaları, Alfa Yayınları, İstanbul 2001.
- : “Kamu Personelinin Disiplin Hukukundan Kaynaklanan Sorunları”http://www.egm.gov.tr/egitim/dergi/eskisayi/36/web/idare_hukuku/prof_dr_zehreddin_aslan.htm 19.01.2009
- ATAR, Yavuz** : “Ulusal ve Uluslararası Düzeyde İnsan Haklarının Korunması Mekanizması”, **YT**, S.22, 1998, s.1290-1300.
- BALLENTINE, A. James** : Law Dictionary With Pronunciations, The Lowyears Cooperative Puplicing Company Cochester 1948.
- BASKIN, Yaşar** : “Ceza Kovuşturmasının Disiplin Kovuşturmasına Etkisi Var mıdır?” **MD**, S.75, 1985, (s.3-7)
- BATUM, Süheyl** : Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ve Türkiye, Kavram Yayınları, İstanbul 1996.
- : Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Türk Anayasal Sistemine Etkileri, İÜHF Yayını, İstanbul 1993 (Etkiler).
- BIÇAK, Vahit** : “Uluslararası İnsan Hakları Normlarını Yorum Organı Olarak Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ve Kararlarının Türk Hukukunun Gelişimine Katkısı”, **AY**, S.17, Ankara 2000, s.87-114.
- BİLGİN, Ahmet** : Birlik Komutanının Hukuk El Kitabı, Ankara, 2001.
- BODUR, Şükrü/OZULU, Osman** : Kamu Görevlileri Disiplin Cezaları, İstanbul 1976.
- BOZKURT, Enver** : Türkiye’nin Uluslararası Hukuk Mevzuatı, Genişletilmiş 2. Baskı, Nobel Yayınları, Ankara 1999.
- CEM, Cemil** : “Disiplin ve Disiplin Hukuku”, **AnkBD**, C.26, S.5, 1969, s.821-837.
- CENGİZ, Serkan** : “Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarının İcrası ve Sürecin Denetlenmesi”, http://www.turkhukuk sitesi.com/makale_106.htm, 25.05.2009
- CENTEL, Nur/ZAFER, Hamide** : Ceza Muhakemesi Hukuku, Beta Yayınları, İstanbul 2003.
- CHAPMAN, Brian** : İdare Mesleği, Avrupa’da Devlet Memurluğu, (Çev. Cahit TUTUM), Ankara 1970.
- CRAIG, P.P.** : Administrative Law, SweetMaxwell, London 2003
- COŞKUN, Sabri** : “Kamu Personeli Mevzuatının Uygulanmasından Doğan Yönetmelik Yargı Uyuşmazlıkları”, **AİD**, C.21, S.1, 1988, s.107-129.
- ÇAĞLAYAN, Ramazan** : “İdari İşlemin Geri Alınması Üzerine”, **EHFD**, C.IV, S.1-2, s.43-58.
- ÇAVUŞOĞLU, Naz** : İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Avrupa Topluluk Hukukunda Temel Hak ve Hürriyetler Üzerine, AÜSBF Yayını, Ankara 1994.

- ÇELEN, Orhan** : TSK İç Hizmet Kanunu ve Yönetmeliği, Askeri Ceza Kanunu, Disiplin Mahkemeleri Kanunu, TSK Personel Kanunu, Ankara 1996
- : En Son İçtihatlı, Notlu, Açıklamalı Askeri Ceza Kanunu, Ankara, 2001, (Askeri)
- ÇELİK, Edip F.** : “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin Türk Hukukundaki Yeri ve Uygulaması”, **İHİD**, Prof.Dr. Lütfi DURAN’a Armağan Özel Sayısı, S.1-3, Y.9, 1988, s.47-56.
- ÇİFTÇİ, Osman** : “Disiplin Suçları ve Soruşturma Yöntemi”, **MH**, S.28, s.25-54.
- ÇOKER, Fahri** : “Askerlikte Disiplin, Korunması Çareleri ve Mevzuat”, **AAD**, Y.2, S.5, 1956.
- ÇUBUKLU, Hıfzı** : “Atama, Ayırma ve Sicil İşlemleri Konusunda Askeri Yüksek İdare Mahkemesince Yapılan Yargısal Denetim ve Uygulamada Görülen Aksaklıklar”, **AYİMD**, S.19, 2004, s.67-100.
- ÇULHA, Cahit** ; Askerlikte Disiplin Kabahatleri, Cezaları ve Alay Askeri Mahkemelerinin Bakacağı Suçların Hukuki İzahı, İstanbul 1946.
- DEMİREL, Hakkı** : “Genel Affın Disiplin Cezalarına Etkisi”, **AD**, S.2, 1952, s.204-211.
- DİLEK, Muzaffer** : “Memur Disiplin Hukukunun ve Disiplin Soruşturmasının Temel Esasları”, **TİD**, S.424, Haziran 1999, s.27-64.
- DİNÇER, Yıldız** : “Devlet Memurlarının Disiplin Hukuku”, **AİD**, C.9, S.1, 1976, s.71-94.
- DOĞRU, Osman** : İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararları ve Avrupa Sözleşmesi, Kazancı Yayınları, İstanbul 1994.
- DOĞRUER, Süleyman** : Askerler İçin Hukuk Rehberi, Kara Harp Okulu Basımevi, Ankara 1999
- DÖNER, Ayhan** : İnsan Haklarının Uluslararası Alanda Korunması ve Avrupa Sistemi, Seçkin Yayınları, Ankara 2003.
- DÖNMEZER, Sulhi/ERMAN, Sahir** : Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku, 14. Bası, Beta Yayınları, İstanbul 1997.
- DÖNMEZ, Mustafa** : Devlet Memurları Kanunu ve Memurların Hukuki Durumu, Ankara 2000.
- DURAN, Lütfi** : İdare Hukuku Ders Notları, İÜHF Yayınları, İstanbul 1982.
- DÜNDAR, Erol** : “Emniyet Teşkilatı Mensuplarına İlişkin Disiplin Cezaları ve Yargı Denetimi”, **DD**, S.62-63, 1986, s.15-50.
- : “Milli Eğitim Teşkilatı Mensuplarına İlişkin Disiplin Cezaları ve Yargı Denetimi”, **DD**, S.68-69, 1988, s.3-46, (Milli).
- DÜNDAR, Nihat** : Disiplin Hukuku, Polis Akademisi Yayınları, Ankara 1986
- EGELEN, Andrew M.** : “Amerikan Askeri Yargı Sistemi”, Askeri Yargıtay’ın 85. Kuruluş Yıldönümü Sempozyumu, Genelkurmay Basımevi, Ankara 1999, s.82-105

- ERDOĞDU, Ahmet** : “Yeni Disiplin Cezaları”, **DD**, S.6-7, 1972, s.5-18.
- EREM, Faruk/DANIŞMAN, Ahmet/ARTUK, Mehmet Emin** : Ceza Hukuku Genel Hükümler, 14. Baskı, Ankara 1997.
- ERKUT, Celal** : İdari İşlemin Kimliği, Danıştay Yayınları, Ankara 1990.
- ERMAN, Sahir** : Askeri Ceza Hukuku, Umumi Kısım ve Usul, 7. Baskı, İstanbul 1983.
- EROĞLU, Erhan** : “Askeri Disiplin Hukuku”, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara 2001.
- ERYDING-BERG, Stefan** : “İsveç’te Askeri Yargı ve Asker Kişilerin İşledikleri Suçların Kimi Açılardan Ele Alınması”, (Çev.Ersin KARATEKİN), Askeri Yargıtay’ın 90. Kuruluş Yıldönümü Sempozyumu, Genelkurmay Basımevi, Ankara 2004, s.21-26
- FENDOĞLU, H.Tahsin** : “Uluslararası İnsan Hakları Belgelerinin Uygulanmasında Bağımsız Ölçü Norm veya Destek Ölçü Norm Sorunu”, **AY**, S.17, Ankara 2000, s.363-384.
- FEUERBACH, Paul Johann** : *Lehrbuch Des Gemeinen in Deutschland Geltenden Peinlichen Rechts*, 14. Ausgabe, GieBen, 1847, § 23
- FEYZİOĞLU, Metin** : “İşyeri Kapatma Cezası ve Anayasa Karşısındaki Konumu”, **TBBD**, 1993, S.I, s.5-22.
- FLAUSS, Jean François** : “Convention Europeenne 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.
- FROWEIN, Jochen A.** : “İnsan Haklarının Çağdaş Yorumu”, **AY**, S.9, Ankara 1993, s.111-115.
- GİLİSEN, John** : “Askeri Hukukun Bugünkü Evrimi Üzerine Genel Bildiri”, (Çev. Naim SUCU), II, **YD**, C.8, S.3, Temmuz 1982, s.313-318.
- HALL, Jerome** : General Principles of Criminal Law, New York 1960.
- HOFMANN, Hasso** : “Geschichtlichkeit und Universalitätsanspruch des Rechtsstaats”, *Der Stat*, B.34, Berlin 1995
- GAND, Maurice** : “Umumi Af ve Disiplin Cezaları”, (Çev. Hakkı DEMİREL), **AÜHFD**, C.XI, S.3-4, s.110-114.
- GELEGEN, Taner** : “Kamu Yönetiminde Disiplin ve Disiplin Cezaları”, **DD**, Cumhuriyetin 50. Yılı Özel Sayısı, s.219-251.
- GEMALMAZ, M.Semih** : Avrupa İnsan Hakları Komisyonu Önünde Türkiye -1- : Kabul Edilebilirlik Kararları, Beta Yayınları, İstanbul 1997.
- GEREK, Şahnaz- AYDIN, Ali Rıza** : “Anayasa’nın 90. Maddesi Değişikliği Karşısında Yasaların Geleceği ve Anayasal Denetim”, **TBBD**, S.55, Kasım-Aralık 2004, s.226-238.

- GÖÇER, Mahmut** : “Karşılaştırmalı Hukukta Savunma Hakkı”, **KÜHFD**, S.2, 1998-1999, s.397-403.
- GÖLCÜKLÜ, Feyyaz** : Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesine Göre Doğru Yargılama, AÜSBF İnsan Hakları Merkezi Yayınları, Ankara 1995.
- : “11 Nolu Protokol’den Sonra Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi”, **YT**, S.22, 1998, s.1272-1277 (11 Nolu Protokol).
- : “‘İdari Ceza Hukuku’ ve Anlamı; İdarenin Cezai Müeyyide Tatbiki”, **AÜSBFD**, C.18, 1963, s.115-182, (İdari).
- GÖZLER, Kemal** : İdare Hukuku Dersleri, 7. Baskı, Ekin Yayınları, Bursa 2008.
- : “Askeri Yargı Organlarının Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesine Uygunluğu Sorunu”, **İHY**, C.21-22, 1999-2000, s.77-93, (Askeri).
- : Milletlararası Andlaşmalara Kanun Üstü Değer Tanınabilir mi? (Anayasa Değişikliği Teklifi Hakkında Bir Eleştiri), www.anayasa.gen.tr/madde90.htm, 25.12.2008
- GÖZÜBÜYÜK, A.Şeref** : “Uluslararası Andlaşmaların İç Hukuktaki Yeri”, İnsan Hakları ve Kamu Görevlileri Sempozyum ve Açık Oturum Bildiriler ve Tartışmalar, TODAİE Yayın No: 243, Ankara 1992, s.11-24.
- GÖZÜBÜYÜK, A. Şeref-GÖLCÜKLÜ, A. Feyyaz** : Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İnceleme ve Yargılama Yöntemi, 5. Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara 2004.
- GÖZÜBÜYÜK, A.Şeref/TAN, Turgut** : İdare Hukuku, Genel Esaslar, Turhan Kitabevi, C.I, 3. Bası, Ankara 2004
- GÜL, Hulusi** : “Anayasa Mahkemesi Kararlarındaki ‘Mahkeme’ Kavramına Eleştirel Yaklaşım”, **AAD**, S.105, Mayıs 1999, Y.27, s.5-35.
- GÜNAL, Yılmaz** : “Disiplin Cezaları”, **AÜSBFD**, CXIII, No.2, 1958, s.190-211.
- GÜNAL, H. Yılmaz** : Yetkili Organın Emrini İfa, Sevinç Matbaası, Ankara 1967 (Yetkili)
- GÜNAY, Erhan** : Cezada Tekerrür Uygulaması, Seçkin Yayınevi, Ankara 1996.
- GÜNDAY, Metin** : İdare Hukuku, 9. Baskı, İmaj Yayınevi, Ankara 2004
- GÜRAN, Sait** : Memur Hukukunda Kayırma ve Liyakat Sistemleri, İÜHF Yayınları, İstanbul 1980
- : “Anayasa Mahkemesi’nin 1982 Anayasası Döneminde Personel Hukukuna Bakışı”, **AY**, S.6, 1989, s.39-66, (Bakış).
- GRABANWATER, Cristoph** : “Yargılama Güvenceleri-Adil Yargılanma Hakkı”, Adil Yargılanma Hakkı ve Ceza Hukuku, Ankara 2004
- GÜVENÇ, Celal** : “Devlet Memurları Açısından Mahalli İdarelerde Disiplin Suç ve Cezaları”, **ÇYYD**, C.4, S.5, Eylül 1995, s.25-36
- HAFIZOĞULLARI, Ali Rıza** : “Askeri İşçilerin Hukuki Durumları”, **AAD**, Y.12, S.46, 1970, s.39-50.

- HAFIZOĞULLARI, Zeki** : Ceza Normu, Seçkin Kitabevi, Ankara 1996
- : “Genel Çizgileriyle Savunma Hakkı”, **AnkBD**, 1994, S.1-4, s.20-40, (Savunma).
- IŞIKLAR, Celal** : “Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin Disiplin Hukukuna İlişkin Kararları”, **AYİMD**, S.21, Ankara 2006, s.3-21.
- : “AsCK’nun 169’ncu Maddesindeki Üstün Disiplin Temini İçin Astını Geçici Olarak Tutuklama Yetkisi”, **AAD**, S.101, 1998, s.51-79, (Tutuklama).
- : “Askeri Ceza Yargısında Nöbet ve Nöbetçilerle İlgili Suçlar”, **AAD**, S.111, Y.29, Mayıs 2001, s.51-134, (Nöbet).
- İÇEL, Kayıhan/ÜNVER, Yener** : Adil Yargılanma Hakkı ve Ceza Hukuku, Ankara 2004.
- İÇEL, Kayıhan/AKINCI, Füsun/ÖZGENÇ, İzzet/SÖZÜER, Adem/MAHMUTOĞLU, Fatih S./ÜNVER, Yener** : İçel Suç Teorisi, 2. Kitap, 2. Bası, İstanbul 2000, (Suç Teorisi).
- İÇEL, Kayıhan/DONAY, Süheyl** : Ceza Hukuku Genel Kısım, 3. Bası, Beta Yayınları, İstanbul 1999
- İZGÜ, R. Orhan** : “Orduda Disiplin”, **AAD**, S.57, 1971, s.19-28.
- JUDICIAL CONTROL OF ADMINISTRATIVE ACTS**; Multilateral Seminar, Madrid, 13-15 November 1996, Council of Europe Publishing, Printed in Germany 1997
- KANLIGÖZ, Cihan** : “1982 Anayasasına Göre Kamu Görevlisi Kavramının Anlam ve Kapsamı”, **AÜHFD**, C.43, S.1-54, 1993, s.170-197.
- KARAHANOĞULLARI, Onur** : “Memur Disiplin Hukukunun Niteliği ve İlkeleri”, **ÇYYD**, C.8, S.3, s.55-77.
- KARDAŞ, Ümit** : Hakim Bağımsızlığı Açısından Askeri Mahkemelerin Kuruluşu ve Yetkileri, İstanbul 1992
- KARDAŞ, Ümit/ÇINGİ, Mehmet** : Askeri Ceza ve Ceza Yargısı, Kazancı Yayınları, İstanbul 2001.
- : Açıklamalı, İçtihatlı, Disiplin Mahkemeleri Kuruluşu, Yargılama Usulü ve Disiplin Suç ve Cezaları Hakkında Kanun, Kazancı Yayınları, İstanbul 2005, (Disiplin).
- KAYA, Cemil** : “Memur Disiplin Suç ve Cezalarına ve Disiplin Soruşturmalarına Hakim Olan Temel İlkeler”, **AİD**, C.38, S.2, s.61-87.
- : “İdarenin Takdir Yetkisi ve Yargısal Denetimi”, **Prof. Dr. Nuri Çelik’e Armağan**, C.I, İstanbul 2001, s.251-284.
- KERSE, Ahmet** : Askeri Yargı Mevzuatı, C.II, İstanbul 1965.
- KEYMAN, Selahattin** : Türk Hukukunda Af (Genel Af-Özel Af), Ankara 1965.
- KILINÇ, Ahmet** : “Devlet Memurları Kanununda Düzenlenen Disiplin Suç ve Cezaları”, http://www.turkhukuk sitesi.com/makale_97.htm, 20.01.2009

- KIRMIZIGÜL, Hüsamettin** : Disiplin Suç ve Cezaları ve Denetim Yolları, Kazancı Hukuk Yayınları, İstanbul, 1988.
- KOÇ, Cihan** : Askeri Ceza Kanunu, Disiplin Mahkemeleri Kanunu ve İlgili Mevzuat, Kartal Basımevi, 4. Baskı, Ankara, 2006
- KOÇYİĞİT, Ali** : “*Disiplin Mahkemeleri Kanununa Göre Askeri Disiplin Suçları ve Cezaları*”, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Atatürk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Erzincan 2007.
- KÖPRÜ, Orhan** : “*Mukayeseli Hukukta Askeri Yargı*”, **AAD**, S.93, Mayıs 1995, Y.23, s.3-20.
- KUNTER, Nurullah – YENİSEY, Feridun** : Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku, II. Kitap, 12.Bası, Beta Yayınları, İstanbul 2003.
- KUTLU, Muammer** : “*Disiplin Suç ve Cezaları ve Danıştay’ın Tutumu*”, **TİD**, S.385, Y.61, Ankara 1989, s.64
- KUZU, Burhan** : Türk Anayasa Metinleri ve İlgili Mevzuat, İstanbul 1997.
- LANGROD, G.** : “*Procedure administrative*”, RISA 1956.
- LAUBADERE, André de** : Droit Administratif, Paris 1963.
- LİVANELİOĞLU, Ö. Asım** : Memur Disiplin Hukuku, Adil Yayınevi, Ankara 1997.
- LÜLECİ, Turgut/ÖZBAKAN, Hulusi** : Askeri Yargı ile İlgili Kanunlar ve İçtihatlar, MSB’lığı Yayını, Ankara 1973.
- MAHMUTOĞLU, Fatih Selami** : Kabahatleri Suç Olmaktan Çıkarma Eğilimi ve İdari Para Cezası, İstanbul 1995.
- MAUER, Hartmut** : Allgemeines Verwaltungsrecht, München 1990.
- MEMİŞ, Emin** : “*İnsan Hakları Avrupa Standardı ve İç Hukuk Etkileşimi Analizleri*”, **AY**, S.17, Ankara 2000, s.130-173.
- MEMİŞ, Halil** : “*657 sayılı Kanunda Yer Alan Disiplin Suçlarına İtiraz, Yargı Denetimi ve Bir Öneri*”, **YYDD**, C.4, S.1, Ocak 1999, (Öneri), s.18-24.
- NEDJATI, M. Zaim** : Administrative Law, Cyprus 1974.
- NOMER, Sezgin** : “*Disiplin Cezalarının Affındaki Eşitsizlik*”, **YAD**, S.30, 1994, s.26-28
- NOLTE, Georg** : European Military Law Systems, De Gruyter Rechtswissenschaften Verlags, Berlin 2003
- ODENT, R.** : “*Les Droits De La Defense*”, **EDCE** 1953.
- ODYAKMAZ, Zehra** : Türk İdari Yargılama Usulünde Kararlara Karşı Başvuru Yolları, İstanbul 1993.

- OĞURLU, Yücel** : İdari Yaptırımlar Karşısında Yargısal Korunma, Seçkin Yayınevi, Ankara 2000.
- : “İngiliz ve Türk İdare Hukuklarında İdari Faaliyetlerin Denetlenmesinde Ölçülülük İlkesinin Rolü Hakkında Bir Değerlendirme”, **EHFD**, C.IV, S.1-2, s.147-180, (Ölçülülük).
- ONAR, Sıddık Sami** : İdare Hukukunun Umumi Esasları, C.II, İstanbul 1966.
- ORHUN, Hayri** : Türkiye’de Devlet Memurlarının Hukuki Rejimimi Hatlarıyla Tarihi Gelişimi ve Bugünkü Durum, İstanbul 1946
- ÖNDER, Ayhan** : Ceza Hukuku Genel Hükümler, C.I, İstanbul 1991.
- ÖRÜCÜ, Esin** : “Disiplin Cezaları ve 657 Sayılı Devlet Memurları Kanunu Sistemi”, **İÜHFD**, C.32, S.2-4, 1967, s.782-823.
- ÖZANALP, Şevket** : “Kamu Hizmetlerinde Disiplin”, **TİD**, S.182, 1946, s.64-78.
- ÖZAY, İl Han** : İdari Yaptırımlar, İÜHF Yayınları, İstanbul 1985.
- ÖZBAKAN, Hulusi** : Disiplin Mahkemeleri ve Disiplin Suç ve Cezaları Kanunu, Ankara 1986, (Disiplin),
- : TSK İç Hizmet Kanunu, Ankara 1987, (İçHiz)
- : Askeri Ceza Kanunu, Ankara 1990, (AsCK)
- : Askeri Mahkemeler Kuruluşu ve Yargılama Usulü Kanunu, C.II, Ankara, 1989 (AsYUK)
- : Silahlı Kuvvetler Hukuk Rehberi, Ankara 1989, (Rehber).
- ÖZBUDUN, Ergun** : Türk Anayasa Hukuku, 7. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara 2002.
- ÖZDEMİRBAĞ, Gökhan** : “Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları Işığında Savunma Hakkı”, **AAD**, S.121, Ocak 2005, Y.33, s.71-97.
- ÖZGENÇ, İzzet** : Türk Ceza Kanunu Gazi Şerhi, 3. Bası, Ankara 2006.
- ÖZKAN, Gürsel** : Hukuk Devleti ve Yargı Denetimi, Ankara 1995.
- ÖZTÜRK, Bahri/ERDEM, Mustafa Ruhan;** Uygulamalı Ceza Hukuku ve Emniyet Tedbirleri Hukuku, 8. Bası, Ankara 2005.
- PAZARCI, Hüseyin** : Uluslararası Hukuk Dersleri, 1.Kitap, 2.Bası, Turhan Kitabevi, Ankara 1989.
- PINAR, İbrahim** : Devlet Memurları Kanunu Şerhi ve İlgili Mevzuat, 7. Baskı, Ankara 1999.
- PİRLER, Orhan** : Açıklamalı ve Uygulamalı Devlet Memurları Kanunu, İstanbul 1980
- POLAT, Şahin** : “3269 Sayılı Uzman Erbaş Kanunu Kapsamında Uzman Erbaş Sözleşmesinin Fesih Halleri”, **AYİMD**, S.23, 2008, s.79-96.
- POLATCAN, İsmet** : Notlu-Açıklamalı-İçtihatlı TSK İç Hizmet Kanunu ve Yönetmeliği, Askeri Ceza Kanunu, Disiplin Mahkemeleri Kanunu, TSK Personel Kanunu, İstanbul 2002.

- PORETSCHKIN, Alexander** : “*Almanya’da Askeri Yargılama*”, Askeri Yargıtay’ın 85. Kuruluş Yıldönümü Sempozyumu, Genelkurmay Basımevi, Ankara 1999, s.158-168
- RANT, James W.** : “*İngiltere Askeri Yargı Sistemi*”, Askeri Yargıtay’ın 85. Kuruluş Yıldönümü Sempozyumu, Genelkurmay Basımevi, Ankara 1999, s.106-126
- RUMPF, Christian** : “*Ölçülülük İlkesi ve Anayasa Yargısındaki İşlevi ve Niteliği*”, (Çev. Zeynep DAVRAN), **AY**, S.10, Ankara 1993, s.25-48.
- SAĞLAM, Mehmet** : “*Disiplin Suç ve Cezalarına İlişkin Esaslar ve Uygulaması*”, Doktora Tezi, Selçuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Konya 2003.
- SANCAKDAR, Oğuz** : Disiplin Yaptırımı Olarak Devlet Memuriyetinden Çıkarma ve Yargısal Denetimi, Yetkin Yayınevi, Ankara 2001.
- SERİM, Bülent** : “*Uluslararası Adlaşmaların Onaylanması ve Denetlenmesi*”, **AİD**, C.26, S.2, Haziran 1993, s.19-43.
- SEVİĞ, Vasfi Raşid** : “*Askeri Adalet*”, Ankara 1955.
- SOYASLAN, Doğan** : Yürütme Organının Suç ve Ceza Koyma Yetkisi, İstanbul 1990.
- SÖNMEZ, Musa** : Askeri Ceza Hukukunda Disiplin Cezaları ve Tatbikatı, Ankara, 1976.
- SÖNMEZ, Turgut** : “*Türk Silahlı Kuvvetlerinde Görevli Devlet Memurlarının Hukuki Statüleri*”, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Çanakkale 18 Mart Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Çanakkale 1999, (TSK).
- SUNAY, Reyhan** : “*Avrupa Sözleşmesi Çerçevesinde Oluşan ‘Avrupa Kamu Düzeni’ Kavramının Kapsamı ve Fonksiyonel Değeri*”, **SÜHFD**, C.7, S.1-2, 1999, s.309-330.
- SÜRBEHAN, Sadrettin** : Disiplin Cezaları ve Uygulaması, Ankara 1976.
- STERN, Klaus** : Der Rechtsstaat, Krefeld 1971.
- ŞAFAK, Ali** : Hukuk Terimleri Sözlüğü, Rehber Yayıncılık, Ankara 1992.
- ŞAHİN, İ.Volkan** : “*Asker Kişiler Hakkında Şikâyet ve İhbar Usulleri*”, **AAD**, S.117, Mayıs 2003, Y. 31, s. 91-111.
- ŞANLI, Cemal** : “*Evrensel Bir Hak Olarak ‘Savunma Hakkı’*”, İstanbul Büyükşehir Belediyesi İnsan Hakları Sempozyumu, İstanbul 1995, s.111-135.
- ŞEN, Ersan** : Anayasa Mahkemesi Kararlarında Ceza Hukuku, Ceza Özel Hukuku, Ceza Yargılaması Hukuku, Ceza İnfaz Hukuku, İstanbul 1998.
- TAN, Turgut** : İdari İşlemin Geri Alınması, Ankara 1970.
- TAŞKIN, Rifat** : Askeri Ceza Kanunu Şerh, Cihan Matbaası, Ankara 1930, (Askeri)
- TAŞKIN, Ahmet** : Kamu Görevlileri Disiplin Hukuku, Seçkin Yayınevi, Ankara 2006

- TEZCAN, Durmuş** : İdari Cezalar Reformu, Yargı Reformu (Özel Sayısı), S.10, Temmuz-Ağustos 1996, s.149-180.
- : “*Türk İdari Yargı Sisteminin Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Açısından Değerlendirilmesi*”, 2000 Yılında İdari Yargı Sempozyumu, Ankara 2000, s.149-180, (Değerlendirme)
- TEZCAN, Durmuş-ERDEM, Mustafa Ruhan-SANCAKDAR, Oğuz** : Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Işığında Türkiye’nin İnsan Hakları Sorunu, 2. Baskı, Seçkin Yayınları, Ankara 2004.
- TİFTİK, Levent** : “*Türk Askeri Ceza Hukukunda Emre İtaatsizlik Suçları*”, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Atatürk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Erzurum 2004.
- TOROSLU, Nevzat** : Ceza Hukuku, Savaş Yayınları, Ankara 2001.
- : Ceza Hukukunda Zaruret Hali, Ankara 1968, (Zaruret).
- : Ceza Muhakemesi Hukuku, Savaş Yayınevi, Ankara 2003, (Ceza Muhakemesi).
- TORTOP, Nuri** : Personel Yönetimi, TODAİE Yayınları, Ankara 1992.
- TUNÇ, Hasan** : “*Uluslararası Hukukta Gerçek Kişinin Sijeliği Sorunu Çerçevesinde Bireysel Başvuru Hakkı*”, http://www.egm.gov.tr/apk/dergi/36/web/anayasa_hukuku_insan_haklari/prof_dr_hasan_tunc.htm.20.01.2009.
- TUNÇ, Rıza/ÇAPANOĞLU, Şefik/AKMANER, İbrahim** : Askeri Ceza Kanunu ve İlgili Mevzuat, Ankara 1953
- TURHAN, Mehmet** : “*Anayasamız ve Demokratik Toplum Düzeninin Gerekleri*”, AY, S.8, Ankara 1991, s.401-420 (Demokratik Toplum).
- TUTUM, Cahit** : Türkiye’de Memur Güvenliği, TODAİE Yayınları, Ankara 1972.
- : Personel Yönetimi, TODAİE Yayınları, Ankara 1976 (Personel).
- TÜRMEN, Rıza** : “*Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Açısından Temel Hak ve Özgürlüklerin Kapsamı ve Sınırlamaları*”, YD, C.28, 2002, s.192-213.
- ÜLUKANLIGİL, Metin** : “*Askeri Yargıda İtaatsizlik Suçları*”, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul 2001.
- UYAR, Talih** : “*Disiplin Mahkemelerinin Tutuklama Yetkisi Var mıdır?*”, AAD, S.8, Ağustos 1970, s.547-552.
- ÜNAL, Şeref** : Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi - İnsan Haklarının Uluslararası İlkeleri, TBMM Yayınları, Ankara 2001, (AİHS).
- ÜNLÜ, Ahmet Hamdi** : İçtihatlı Devlet Memurları Kanunu, Töre Yayıncılık, Ankara 1998.
- WALINE, Marcel** : “*Le principe 'Audi Alteram Partem'*”, Conseil d'Etat, Livre Jubilaire, Luxembourg 1957

- WEBSTER DİCTIONARY** : Webster's New Twentieth Century Dictionary of The English Language Unabridged, The World Puplicing Company, Second Edition, New York 1959.
- WILDHABER, Luzius** : Anayasa Mahkemesi'nin 38. Kuruluş Yıldönümü Nedeniyle Düzenlenen Sempozyum Konuşması, (Çev. Mehmet Turhan), **AY**, S.17, Ankara 2000, s.25-31.
- YILDIRIM, Kadir** : “Sözleşme'nin ve Divan Kararlarının Uygulanma Niteliği”, **AY**, S.17, Ankara 2000, s.295-325, (Sözleşme).
- YILDIRIM, Ramazan** : İdare Hukuku Dersleri I, Mimoza Yayınları, Konya 2005.
- : “Türk Askeri Disiplin Hukukuna Kısa Bir Bakış”, **AYİMD**, S.14, 2000, s.81-126.
- : “Disiplin Hukukunda Temel Hak ve Özgürlüklerin Korunma Yöntemleri”, Polis Dergisi, Y.9, S.36, 2003, (Disiplin).
- YILDIRIM, Turan** : “Kamu Yararı ve Disiplin Cezalarının Affı”, **AY**, S.18, 2001, s.438-449, (Af).
- YILMAZ, Ejder** : Hukuk Sözlüğü, 4. Baskı, Yetkin Kitabevi, Ankara, 1992.
- YILMAZ, Yunus** : “İdare Hukukunda Sebep Unsuru ve Sebep İkamesi”, **AYİMD**, S.21, 2006, s.83-106.
- YURTCAN, Erdener** : Ceza Yargılaması Hukuku, 6. Bası, Alfa Yayınları, İstanbul 1996.
- YÜCE, Turhan Tufan** : Ceza Hukukunun Temel Kavramları, Ankara 1985.
- : “Ceza Hukuku İlkelerinin Disiplin Ceza Hukukunda Geçerliliği Sorunu ve Danıştay Kararlarının Bu Açıdan Tahlili”, **DD**, S.88, 1994, s.5-13, (Tahlil).
- YÜCEER, Bilal** : Askerlikte Emir Müessesesi, Nüve Matbaası, Ankara 1986.
- YÜZBAŞIOĞLU, Necmi** : Türk Anayasa Yargısında Anayasallık Bloku, İÜHF Yayını, İstanbul 1993.
- ZANOBİNİ, Guido** : İdari Müeyyideler, (Çev.Yılmaz GÜNAL), Ankara 1964.

ÖZGEÇMİŞ

Muharrem KÖSE, 1970 yılında Amasya'nın Merzifon ilçesinde doğmuştur. İlk ve orta öğrenimini Merzifon'da tamamladıktan sonra 1984-1988 yılları arasında Bursa Işıklar Askeri Lisesi'nde öğrenim görmüştür. 1988-1992 yılları arasında Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesinde TürK Silahlı Kuvvetleri adına askeri öğrenci olarak öğrenim gördükten sonra Milli Savunma Bakanlığı Askeri Adalet İşleri Başkanlığına bağlı olarak askeri hâkimlik stajı yapmıştır.

Staj sonrası 1994-2002 yıllarında Sivas 5. Piyade Eğitim Komutanlığı Askeri Savcılığında ve 2002-2007 yıllarında Erzincan 3. Ordu Komutanlığı Askeri Savcılığında Askeri Savcı olarak görev yapmıştır. Halen Jandarma Genel Komutanlığı Adli Müşavirliğinde Adli ve İdari Davalar Şube Müdürü olarak görev yapmaktadır.

1996-1999 yıllarında Sivas Cumhuriyet Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsünde İş Hukuku alanında ve 2003-2005 yıllarında Atatürk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsünde Kamu Hukuku alanında yüksek lisans öğrenimi görmüştür.

Evli ve iki çocuk babası olan Muharrem KÖSE, Fransızca bilmektedir.