

“Davacı ...tarafından; Malatya İl Jandarma Komutanlığı, Doğanşehir İlçe Jandarma Komutanlığı emrinde Merkez Jandarma Karakol Komutanı olarak Jandarma Astsubay Kıdemli Başçavuş rütbesiyle görev yapan davacının, verilen emrin yerine getirilmesinde müsamaha ve savsaklama gösterdiğinden bahisle kınama cezası ile tecziye edilmesine ilişkin 24/04/2018 tarih ve 2018/9 sayılı İl Jandarma Komutanlığı işlemi ile bu işleme karşı yaptığı itirazın reddine dair 13/06/2018 tarih ve 47175166-1500-2122630 sayılı Malatya Valiliği işleminin iptali istemiyle Malatya Valiliği’ne karşı açılan davada gereği görüldü.

Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının 1 inç maddesinin ikinci fıkrasında kanunların Anayasa’ya aykırı olamayacağı belirtilmiş; 152’nci maddesinde de “Bir davaya bakmakta olan mahkeme, uygulanacak bir kanun veya Cumhurbaşkanlığı kararnamesinin hükümlerini Anayasaya aykırı görürse veya taraflardan birinin ileri sürdüğü aykırılık iddiasının ciddi olduğu kanısına varırsa, Anayasa Mahkemesinin bu konuda vereceği karara kadar davayı geri bırakır. Mahkeme, Anayasaya aykırılık iddiasını ciddi görmezse bu iddia, temyiz merciince esas hükümle birlikte karara bağlanır. Anayasa Mahkemesi, işin kendisine gelişinden başlamak üzere beş ay içinde kararını verir ve açıklar. Bu süre içinde karar verilmezse mahkeme davayı yürürlükteki kanun hükümlerine göre sonuçlandırır. Ancak, Anayasa Mahkemesinin kararı, esas hakkındaki karar kesinleşinceye kadar gelirse, mahkeme buna uymak zorundadır. Anayasa Mahkemesinin işin esasına girerek verdiği red kararının Resmî Gazete’de yayımlanmasından sonra on yıl geçmedikçe aynı kanun hükmünün Anayasaya aykırılığı iddiasıyla tekrar başvuruda bulunulamaz. “ hükmüne yer verilmiştir.

Dava dosyasının incelenmesinden; davacının 12/04/2018 tarihinde derhal karakola dönme emri verilmesine rağmen denetleme heyetinden sonra karakola ulaşması olayıyla ilgili olarak savunmasının istendiği ve akabinde savunması yeterli görülmemekle kınama cezası ile tecziye edildiği, 02/11/2018 tarihli ara kararımızla davacı hakkında bağımsız bir soruşturmacı atanarak soruşturma açılıp açılmadığının sorulduğu, verilen ara karar cevabında 7068 sayılı Kanun’un 14. maddesinin 1. fıkrası uyarınca soruşturma açıp açmama konusunda idarenin takdir yetkisi bulunduğundan bahisle soruşturma açılmaksızın disiplin cezası verildiğinin belirtildiği anlaşılmaktadır.

7068 sayılı Genel Kolluk Disiplin Hükümleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararnamenin Kabul Edilmesine Dair Kanun’un ‘Disiplin amirlerinin soruşturmaya ilişkin yetkileri’ başlıklı 14. maddesinin 1. fıkrasında yer alan “Maiyetinden birinin disiplinsizlik teşkil eden bir fiilini veya mesleğe aykırı tutum ve davranışını herhangi bir şekilde öğrenen disiplin amirleri, olayın araştırılmasının gerektiğine kanaat getirirse bizzat ya da yazılı olarak görevlendireceği soruşturmacılar vasıtasıyla disiplin soruşturması yapar A hükmünün dava konusu olayda uygulanması gerektiği ve disiplin amirlerine soruşturma açıp açmama konusunda takdir yetkisi tanıyan anılan fıkra da yer alan olayın araştırılmasının gerektiğine kanaat getirirse ibarelerinin Anayasa aykırı olduğu kanaatine varılarak, iptali istemiyle Anayasa Mahkemesi’ne gidilmesi gerektiği sonucuna ulaşılmıştır.

2709 sayılı Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının ‘Kanun önünde eşitlik’ başlıklı 10. maddesinde “Herkes, dil, ırk, renk, cinsiyet, siyasi düşünce, felsefi inanç, din, mezhep ve benzeri sebeplerle ayırım gözetilmeksizin kanun önünde eşittir. (Ek fıkra: 7/5/2004-5170/1 md.) Kadınlar ve erkekler eşit haklara sahiptir. Devlet, bu eşitliğin yaşama geçmesini sağlamakla yükümlüdür. (Ek cümle: 7/5/2010-5982/1 md.) Bu maksatla alınacak tedbirler eşitlik ilkesine aykırı olarak yorumlanamaz. (Ek fıkra: 7/5/2010-5982/1 md.) Çocuklar,

yaşlılar, özürlüler, harp ve vazife şehitlerinin dul ve yetimleri ile malul ve gaziler için alınacak tedbirler eşitlik ilkesine aykırı sayılmaz. Hiçbir kişiye, aileye, zümreye veya sınıfa imtiyaz tanınmaz. Devlet organları ve idare makamları bütün işlemlerinde kanun önünde eşitlik ilkesine uygun olarak hareket etmek zorundadırlar.” hükmü; ‘ Görev ve sorumlulukları, disiplin kovuşturulmasında güvence’ başlıklı 129. maddesinde “Memurlar ve diğer kamu görevlileri Anayasa ve kanunlara sadık kalarak faaliyette bulunmakla yükümlüdürler. Memurlar ve diğer kamu görevlileri ile kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşları ve bunların üst kuruluşları mensuplarına savunma hakkı tanınmadıkça disiplin cezası verilemez. (Değişik üçüncü fıkra: 7/5/2010-5982/13 md.) Disiplin kararları yargı denetimi dışında bırakılamaz. Silahlı Kuvvetler mensupları ile hakimler ve savcılar hakkındaki hükümler saklıdır. Memurlar ve diğer kamu görevlilerinin yetkilerini kullanırken işledikleri kusurlardan doğan tazminat davaları, kendilerine rücu edilmek kaydıyla ve kanunun gösterdiği şekil ve şartlara uygun olarak, ancak idare aleyhine açılabilir. Memurlar ve diğer kamu görevlileri hakkında işledikleri iddia edilen suçlardan ötürü ceza kovuşturması açılması, kanunla belirlenen istisnalar dışında, kanunun gösterdiği idari merciin iznine bağlıdır.” hükmü düzenlenmiştir.

657 sayılı Devlet Memurları Kanunu’nun 128. maddesinde “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.” hükmü düzenlenmiştir.

2547 sayılı Yükseköğretim Kanunu’nun ‘Disiplin soruşturması ve savunma hakkı’ başlıklı 53/A maddesinde “(Ek: 2/12/2016 - 6764/27 md.) Disiplin soruşturmasında uyulacak esaslar şunlardır: a) Disiplin cezası verilmesini gerektiren bir fiilin işlendiğini öğrenen disiplin amiri yazılı olarak disiplin soruşturması başlatır. (...) c) Disiplin amiri soruşturmayı kendisi yapabileceği gibi soruşturmayı yapmak üzere birim içerisinden soruşturmacı veya komisyon görevlendirebilir, d) Soruşturmacının görev ve unvanı, soruşturulanın görev ve unvanının üstünde veya onunla aynı düzeyde olmalıdır. (...) g) Soruşturmacı, disiplin soruşturmasıyla ilgili bilgi ve belgeleri toplama, ifade alma, tanık dinleme, bilirkişiye başvurma, keşif yapma, inceleme yapma ve ilgili makamlarla yazışma yetkisini haizdir. (...)” hükmü düzenlenmiştir.

Danıştay 5. Dairesi’nin 14/11/2016 tarih ve E:2016/10084, K:2016/5985 sayılı kararında “Disiplin hukukunun gereği olarak, kamu görevlilerinin disiplin cezasıyla cezalandırılabilmesi için, disipline aykırı eylem veya işlemlerin sübut bulup bulmadığının, usulüne uygun olarak yapılacak soruşturma ile ortaya konulması, soruşturmanın soruşturulan olayla ilgili bulunmayan tarafsız bir muhakkik veya soruşturmacı tarafından yapılarak, disiplin cezasının da yine tarafsız bir disiplin amiri tarafından verilmesi, soruşturma aşamasında kamu görevlisinin lehinde ve aleyhinde olan her türlü bilgi ve belgenin toplanması, bilahare disipline aykırı davranış olarak tespit edilen eylem nedeniyle, eylemine uygun olan disiplin cezası ile idari tedbirin tayini ve uygulanması gerekmektedir.” gerekçelerine yer verilmiştir.

Aile hekimine verilen ihtar puanının iptali istemiyle açılan bir davada Danıştay 2. Dairesi 22/06/2017 tarih ve E:2016/4738, K: 2017/5402 sayılı kararında “Aile hekimlerine verilen ihtar puanlarının anılan Yönetmelik ile belirlenen fiillere karşılık gelen yaptırımlar olması ve sözleşmenin feshine neden olduğu gözönüne alındığında, bunun disiplin yaptırımı niteliğinde bir işlem olması ve bu işlemin de Anayasal ve yasal düzenlemelerde disiplin yaptırımları için belirlenen ilke ve usullere uygun olarak tesis edilmesi gerekmektedir. Bu işe, adil yargılanma hakkının bir gereği olarak, tarafsız bir soruşturmacı tarafından yürütülecek, nesnel sonuçlara varılması için lehte ve aleyhte tüm delillerin toplanacağı, bunlar esas alınarak varılacak hukuki sonucun bildirilerek ilgili kamu personeline kendini savunması için olanak sağlanacağı bir soruşturma ile mümkün olabilecektir. (...) Bu durumda, usulüne uygun şekilde soruşturmacı tayini yoluyla davacının ihtarını gerektirecek bir eylemde bulunup bulunmadığı araştırılarak düzenlenecek soruşturma raporunda getirilecek teklife göre işlemin tamamlanması gerekirken, bu usule uyulmaksızın davacının yazılı olarak ihtar edilmesi yolundaki dava konusu işlemde hukuka uygunluk (...) görülmemiştir.” gerekçelerine yer vererek soruşturma açılmaksızın verilen ihtar puanında hukuka uyarlık bulunmadığına hükmetmiştir.

Prof. Dr. Ramazan ÇAĞLAYAN İdare Hukuku Dersleri adlı kitabının (3. Bası, Adalet Yayınevi, Ankara, 2015) 360. sayfasında “Soruşturmaya yetkili amirin, soruşturma açmadan doğrudan ceza verme yetkisi bulunmamaktadır. Usulüne göre soruşturma açıp, soruşturma tamamlandıktan sonra disiplin cezası konusunda karar vermesi gerekir. (...) mutlaka soruşturma açılması gerekmektedir. Soruşturma açılmadan disiplin cezası verilmesi hukuka aykırı olacaktır.” ifadelerine yer vermiştir.

Disiplin cezaları, kamu hizmetinin gereği gibi yürütülebilmesi bakımından kamu görevlilerinin mevzuat uyarınca yerine getirmek zorunda oldukları ödev ve sorumlulukları ifa etmemeleri veya mevzuatta yasaklanan fiillerde bulunmaları durumunda uygulanan yaptırımlar olup, memurların özlük hakları üzerinde doğrudan ve önemli sonuçlar doğurmaları sebebiyle subjektif ve bireysel etkileri bulunduğu gibi kamu görevinin gereği gibi sürdürülmesi ve kamu düzeninin sağlanması bakımından objektif ve kamusal öneme sahiptirler.

Bu bakımdan disiplin soruşturmalarının yapılmasında izlenecek yöntem, ceza verilecek fiiller ve ceza vermeye yetkili makam ve kurullar pozitif olarak mevzuatla belirlenmekte, doktrin ve yargısal içtihatlarla da konu ile ilgili disiplin hukuku ilkeleri oluşturulmaktadır. Buna göre, disiplin cezası verilebilmesi için kusurlu halin tespitinden sonra belli süreler içinde ilgili memur hakkında soruşturma emri verilmesi ve tarafsız bir soruşturmacı görevlendirilerek disiplin soruşturması açılması gerekmektedir.

İtiraza konu Kanun hükmü, Emniyet Genel Müdürlüğü, Jandarma Genel Komutanlığı ve Sahil Güvenlik Komutanlığı personeline yönelik olarak uygulanmaktadır. İtiraz konusu hükmün uygulanmaya devam edilmesi durumunda jandarma, sahil güvenlik veya polis memuruna yönelik verilecek disiplin cezasında soruşturma açıp açmamak disiplin âmirinin takdirinde olacaktır. Yerleşik Danıştay içtihatları ve doktrin görüşleri gereğince 657 sayılı Kanuna tabi memurlara disiplin cezası verilebilmesi için soruşturma açılması gerekmektedir. 2547 sayılı Kanuna tabi yükseköğretim personeline disiplin cezası verilebilmesi için soruşturma açılması kanuni bir zorunluluktur. 2547 sayılı Kanuna göre soruşturma açılmaksızın disiplin cezası verilemeyecektir. Hatta soruşturmacının objektif olarak görevini yerine getirmesini sağlayıcı hükümlere de (örneğin ‘Soruşturmacının görev ve

unvanı, soruşturulanın görev ve unvanının üstünde veya onunla aynı düzeyde olmalıdır' hükmü) yer verilmiştir.

Örneğin bir polis memurunun (veya sahil güvenlik ya da jandarmanın) meslekten çıkarma cezasını gerektiren bir fiili nedeniyle soruşturma açılmaksızın ceza verilebilecek iken 2547 sayılı Kanuna tabi bir personelin uyarma cezasını gerektiren fiilleri nedeniyle soruşturma açılmaksızın ceza verilemeyecektir. Polis memurunun meslekten çıkarılmasını gerektiren fiili nedeniyle soruşturma açılması amirin takdirinde olacaktır. İstenilirse fiil sabit görüldüğü takdirde soruşturma açılmaksızın 7 günlük savunma ve son sözlü/yazılı savunması alınarak polis memuru hakkında meslekten çıkarma cezası verilebilecektir. Fakat 2547 sayılı Kanuna tabi personelin en küçük bir disiplinsiz hareketi nedeniyle uyarma cezası verilebilmesi için soruşturma açılması gerekecektir. Soruşturma açılmaksızın verilen disiplin cezaları Mahkemelerce iptal edilecektir. Bu durum Anayasada yer alan eşitlik ilkesine aykırılık teşkil etmektedir.

Disiplin soruşturması açılmasının amacı, bağımsız bir soruşturmacı tarafından delillerin toplanması, tanık ifadelerinin alınması, kişinin ifadesinin alınması böylece eylemin sübuta erip ermediğinin tarafsız bir kişi tarafından saptanmasıdır. Disiplin soruşturması ile kişinin lehine ve aleyhine tüm deliller toplanmaktadır. Disiplin soruşturması açılmaması durumunda kişinin lehine olan deliller toplanmaksızın yalnızca savunması alınarak ceza verilmesi ihtimali ortaya çıkacaktır.

Nitekim Mahkememizde açılan davalarda; soruşturma açılmadan, tanık ifadeleri dinlenmeden, başkaca bir ispat aracına başvurulmaksızın yalnızca savunmanın yetersiz olduğu gerekçe gösterilerek eylemin sübuta erdiğinden bahisle disiplin cezaları verildiği görülmektedir. Hatta emri veren amirle aralarında husumet bulunan kişiye, soruşturma açılmaksızın bizzat emri veren amiri tarafından disiplin cezasının verildiği görülmektedir.

Olayımızda disiplin cezası konusu emir sözlü olarak verilmiştir. Mahkememizce bu sözlü emrin veriliş ve verilmemesinin ve davacının bu emre itaat edip etmediğinin denetlenmesi gerekmektedir. Diğer Devlet memurlarında sözlü emrin hukuka aykırı olduğu düşünülüyor ise amirinden bu emri yazılı olarak talep etme hakkı tanınmıştır. Oysa kolluk kuvvetlerinde sözlü emir asıldır. Konusu suç teşkil etmedikçe verilen emir hukuka aykırı olsa bile kolluk kuvvetlerince (polis, jandarma) bazı durumlarda amirleri tarafından emrin yerine getirilmesi istenebilecektir. Sözlü olarak bir emir veriliş ve verilmemesi, kişinin bunu yerine getirip getirmediği genel olarak tanık ifadeleriyle, kamera kayıtlarıyla vs. kanıtlanabilir. Diğer Devlet memurlarında yazılı emir asıl iken, itiraz konusu yasa hükmünün kapsadığı kolluk kuvvetlerinde sözlü emir asıl olduğundan, emrin yerine getiriliş ve getirilmediği hususunun ortaya konulması açısından soruşturma açılması daha da önem kazanmaktadır. Hal böyle iken itiraz konusu hüküm ile kolluk kuvveti olarak görev yapan personele disiplin cezası verilirken soruşturma açılmasına gerek görülmemeyebilecektir. Bu durum eşitlik ilkesine aykırıdır.

Soruşturma açılmasına gerek görülmemesi ve yalnızca savunma alınarak disiplin cezası verilmesi durumunda verilen disiplin cezasının hukuki denetimi zorlaşmaktadır. Bağımsız bir soruşturmacı tarafından alınan ifadeler olmaksızın ve eylemin sübuta erip ermediği konusunda lehe ve aleyhe olan tüm deliller toplanmaksızın verilen disiplin cezalarının hukuka uygun olup olmadığının Mahkemelerce tespiti çok zor olacaktır. Böyle olunca Anayasa'nın 129. maddesinde ifade edilen "Disiplin kararları yargı denetimi dışında bırakılmaz" hükmü etkisiz hale getirilmiş olacaktır.

Yukarıda yapılan açıklamalar, soruşturma açılmasının zorunlu olduğu yönündeki doktrin görüşleri ve yerleşmiş Danıştay içtihatları uyarınca, soruşturma açılmadan disiplin cezası verilmesinin yolunu açan itiraz konusu hüküm, 7068 sayılı Kanun'a tabi personel (polis, jandarma, sahil güvenlik) ile diğer memurlar (657 sayılı Kanuna ve 2547 sayılı Kanuna tabi personel) arasında eşitsizliğe neden olması ve Anayasanın 'Disiplin kararları yargı denetimi dışında bırakılmaz' hükmünü etkisiz hale getirebilecek nitelikte olması nedeniyle Anayasa'nın 10. ve 129. maddelerine aykırı olduğu kanaatine varılmıştır.

Açıklanan nedenlerle; 7068 sayılı Genel Kolluk Disiplin Hükümleri Hakkında Kanun Hükümünde Kararnamenin Kabul Edilmesine Dair Kanun'un 14. maddesinin 1. fıkrasında yer alan "olayın araştırılmasının gerektiğine kanaat getirirse" ibaresinin Anayasanın 10. ve 129. maddelerine aykırılık teşkil ettiği kanaatine varıldığından, iptali istemiyle Anayasa Mahkemesi'ne başvurulmasına, Anayasa Mahkemesi'nin konu hakkında vereceği karara kadar davanın geri bırakılmasına, beş ay içinde bir karar verilmezse davanın yürürlükteki kanun hükümlerine göre sonuçlandırılmasına, kararın birer örneğinin taraflara tebliğine, işbu kararla birlikte dava dosyası ve içeriği evrakın çıkarılacak birer onaylı örneğinin Anayasa Mahkemesi'ne gönderilmesine, 14/01/2019 tarihinde oybirliğiyle karar verildi."