

T.C.  
DOKUZ EYLÜL ÜNİVERSİTESİ  
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ  
KAMU YÖNETİMİ ANABİLİM DALI  
KAMU YÖNETİMİ PROGRAMI  
YÜKSEK LİSANS TEZİ

**TÜRK HUKUKUNDA YASAMA KISINTILARI**

**Gökhan DÖNMEZ**

Danışman  
**Yrd. Doç. Dr. Faruk MUTLUSU**

2008



T.C.  
DOKUZ EYLÜL ÜNİVERSİTESİ  
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ  
KAMU YÖNETİMİ ANABİLİM DALI  
KAMU YÖNETİMİ PROGRAMI  
YÜKSEK LİSANS TEZİ

**TÜRK HUKUKUNDA YASAMA KISINTILARI**

**Gökhan DÖNMEZ**

Danışman  
**Yrd. Doç. Dr. Faruk MUTLUSU**

2008

Yüksek Lisans Tezi olarak sunduğum “**Türk Hukukunda Yasama Kısıntıları**” adlı çalışmanın, tarafımdan, bilimsel ahlak ve geleneklere aykırı dūřecek bir yardıma başvurmaksızın yazıldığını ve yararlandığım eserlerin kaynakçada gōsterilenlerden oluştuğunu, bunlara atıf yapılarak yararlanılmış olduğunu belirtir ve bunu onurumla doğrularım.

Tarih

.../.../.....

Gōkhan DōNMEZ

## YÜKSEK LİSANS TEZ SINAV TUTANAĞI

### Öğrencinin

**Adı ve Soyadı** : Gökhan Dönmez  
**Anabilim Dalı** : Kamu Yönetimi  
**Programı** : Kamu Yönetimi  
**Tez Konusu** : Türk Hukukunda Yasama Kısıntıları  
**Sınav Tarihi ve Saati** : ..... /...../2008 ..... : .....

Yukarıda kimlik bilgileri belirtilen öğrenci Sosyal Bilimler Enstitüsü'nün ..... tarih ve ..... sayılı toplantısında oluşturulan jürimiz tarafından Lisansüstü Yönetmeliği'nin 18. maddesi gereğince yüksek lisans tez sınavına alınmıştır.

Adayın kişisel çalışmaya dayanan tezini ..... dakikalık süre içinde savunmasından sonra jüri üyelerince gerek tez konusu gerekse tezin dayanağı olan Anabilim dallarından sorulan sorulara verdiği cevaplar değerlendirilerek tezin,

BAŞARILI OLDUĞUNA	<input type="radio"/>	OY BİRLİĞİ	<input type="radio"/>
DÜZELTİLMESİNE	<input type="radio"/>	OY ÇOKLUĞU	<input type="radio"/>
REDDİNE	<input type="radio"/>		

ile karar verilmiştir.

Jüri teşkil edilmediği için sınav yapılamamıştır. \*\*\*  
Öğrenci sınava gelmemiştir. \*\*

- \* Bu halde adaya 3 ay süre verilir.  
\*\* Bu halde adayın kaydı silinir.  
\*\*\* Bu halde sınav için yeni bir tarih belirlenir.

Tez burs, ödül veya teşvik programlarına (Tüba, Fulbright vb.) aday olabilir.	Evet
Tez mevcut hali ile basılabilir.	<input type="radio"/>
Tez gözden geçirildikten sonra basılabilir.	<input type="radio"/>
Tezin basımı gerekliliği yoktur.	<input type="radio"/>

### JÜRİ ÜYELERİ

### İMZA

..... <input type="checkbox"/> Başarılı	<input type="checkbox"/> Düzeltme	<input type="checkbox"/> Red	.....
..... <input type="checkbox"/> Başarılı	<input type="checkbox"/> Düzeltme	<input type="checkbox"/> Red	.....
..... <input type="checkbox"/> Başarılı	<input type="checkbox"/> Düzeltme	<input type="checkbox"/> Red	.....

**ÖZET**  
**Yüksek Lisans Tezi**  
**Türk Hukukunda Yasama Kısıntıları**  
**Gökhan Dönmez**

**Dokuz Eylül Üniversitesi**  
**Sosyal Bilimler Enstitüsü**  
**Kamu Yönetimi Anabilim Dalı**  
**Yüksek Lisans Programı**

İdarenin yargısal denetimi hukuk devletinin temel unsurlarından biridir ve çağdaş demokrasilerde idari işlemlerin yargı denetimine tabi olması kuraldır.

Türk hukukunda yasama kısıntıları başlıklı bu çalışmanın ilk bölümünde hukuk devleti kavramı ve kavramın Türkiye de gelişimiyle paralel olarak yargı denetimi dışında bırakılan işlemler konusu tarihi süreç içinde ele alınmış ve anayasalarımızdaki durum incelenmiştir.

İkinci bölümde öncelikle Türk kamu hukuku doktrinde idarenin yargısal denetimine dair ilkeler ele alınmış, yasama kısıntılarının nasıl ele alındığı ve hangi işlemlerin bu kapsamda kabul edildiği irdelenmiştir.

Bunlar sırasıyla, cumhurbaşkanının tek başına yapacağı işlemler, yüksek askerî şura kararları, hâkimler ve savcılar yüksek kurulu kararları, uyarma ve kınama disiplin cezaları, askeri disiplin hukukuna ilişkin olarak disiplin suç ve tecavüzlerinden ötürü disiplin üstlerince verilen cezalar, sıkıyönetim komutanının ve olağanüstü hal bölge valisi işlemleri, organik bakımdan yürütme işlemi niteliğindeki olağanüstü hal ve sıkıyönetim kanun hükmünde kararnameleri, Sayıştay kararları, 298 sayılı seçimlerin temel hükümleri ve seçmen kütükleri hakkında kanunun 111-131 ve 132 nci maddeleri, 2822 sayılı toplu iş sözleşmesi, grev ve lokavt kanunu'nun 55 nci maddesi yüksek hakem kurulu kararları ve yürütmenin durdurulmasına ilişkin sınırlamalardır.

Daha sonra bu kısıntıların yargı kararlarında nasıl yorumlandığı üzerinde durularak uygulamadan örneklerle mevcut tablo ortaya konulmaya çalışılmıştır.

Yine son dönemlerde yapılan yasal ve Anayasal değişikliklerin konumuzla ilgili olanlar üzerinde durulmuştur.

Üçüncü ve son bölümde ise pozitif hukuktaki kısıtlamalara rağmen hukuk devleti ilkesiyle çelişen bazı kısıntıların yargı kararları ile aşılmasına yönelik örnekler ele alınmıştır. Anayasanın 90 ncı maddesinin son fıkrasına 2004 yılında eklenen hükümlerle insan haklarıyla ilgili uluslararası antlaşmaların iç hukuktaki etkisi yeniden tanımlandığı için Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi başta olmak üzere diğer uluslararası insan hakları belgeleri karşısında yasama kısıntılarının durumu ele alınmıştır.

Son olarak bu kararları Türk yargı içtihatları üzerinde mevcut ve olası etkisine işaret edilmiş, örnek ulusal ve uluslararası yargı kararlarına yer verilmiştir.

**Anahtar Kelimeler: Hukuk Devleti, Yasama Kısıntıları, Yargı Denetimi.**

**ABSTRACT**  
**Master of Science Thesis**  
**Legal Limitations on Judicial Review of Administrative Procedures in Turkish**  
**Law**  
**Gökhan Dönmez**

**Dokuz Eylül University**  
**Institute of Social Sciences**  
**Department of Public Administration**  
**Master of Science Program**

The adjudicatory control of the administration is the basic element in a state which is governed by the rule of law. The subjection of the administrative operations to adjudicatory control is a regulation in contemporary democracies.

The first part of this study titled as “Legal Limitations on Judicial Review of Administrative Procedures in Turkish Law” examines the state governed by the rule of law concept and the development of this concept in Turkey. Parallel to this development, the adjudicatory control subject is considered in historical perspective and the constitutional condition is studied.

The second part of the study deals with the principles of adjudicatory control in Turkish civil law, how Legal Limitations on Judicial Review of Administrative Procedures are considered and which operations are accepted in this extent.

These are the operations that the president does, great military council decisions, high council of judges and public prosecutors decisions, warning and condemnation sentences. The others include the sentences given by the chief related to the high military administrative court, the martial law commander’s and state of emergency region governor’s operations, organic martial law executive operations and state of emergency executive orders, court of auditors decisions, the law’s 111-131 numbered and 132 numbered

sections, the elections's main decisions and registered sections numbered as 2822, strike and lockout law's 55th section which is great jury decisions and executive endurance is also included in this operations.

Later on the topics of how the cutbacks are interpreted in law decisions is mentioned by the examples.

Also recently related topics about legal and constitutional decisions are emphasized.

The third and last part shows examples of overcoming the cutbacks that contradict with the law of government concept by the adjudication decisions, although there are restrictions in the positive law. By the addition of the judgement to the last paragraph of the 90th section of the constitution in year 2004 the civil law effects of the international agreements on human right is defined over again. According to this new definition the legislation cutbacks are studied in the European Human Rights Agreement and other international human rights documents.

Finally, the present and probable effects of these decisions on Turkish adjudication convictions is studied, also national and international adjudication decisions are given as an example.

**Key Words:** Rule of Law, Legal Limitations on Judicial Review of Administrative Procedures, Judicial Review.

## TÜRK HUKUKUNDA YASAMA KISINTILARI

YEMİN METNİ.....	IV
TUTANAK.....	V
ÖZET.....	VI
ABSTRACT.....	VIII
İÇİNDEKİLER.....	X
KISALTMALAR.....	XXI
GİRİŞ.....	1

## BİRİNCİ BÖLÜM

### HUKUK DEVLETİ İLKESİ VE YÜRÜTMENİN YARGISAL DENETİMİ

I. HUKUK DEVLETİ .....	3
A. Kavram.....	4
1. Normlar Hiyerarşisi, Anayasanın Üstünlüğü ve Bağlayıcılığı.....	9
2. Erklar (Kuvvetler) Ayrılığı.....	11
3. Yargı Denetimi.....	12
4. Yargı Bağımsızlığı.....	12
B. Türkiye’de Hukuk Devletinin Tarihi Gelişimi.....	14
1. Sened-i İttifak (1808).....	15
2. Tanzimat Fermanı ve Dönemi(1839 Gülhane Hattı Hümayun).....	21
3. Kanun-i Esasi (1876 Anayasası).....	25
4. Teşkilatı Esasiye Kanunu(1921 Anayasası).....	28
5. Teşkilatı Esasiye Kanunu(1924 Anayasası).....	29
6.1961 Anayasası.....	33
7.1982 Anayasası.....	37
II. HUKUK DEVLETİNİN UNSURLARI.....	41
A- Genel Olarak.....	41
B- Devlet Organlarının Hukuka Bağlı Olması.....	46
1.Yasama, Yürütme Ve Yargı Organlarının Hukukla Bağlı Olması.....	46

a) Yasama Organının Hukuka Bağlılığı.....	46
b) Yürütme Organının Hukuka Bağlılığı.....	46
c) Yargı Organının Hukuka Bağlılığı .....	47
2. Devlet Organlarının Bağlı Olacağı Hukukun Niteliği ve Kapsamı.....	47
C- Birey Hak ve Özgürlüklerinin Tanınması ve Korunması.....	48
1. Hak ve Özgürlüklerin Tanınması.....	48
2. Hakların Korunması.....	48
3. Hak Arama Özgürlüğü.....	49
D- Bireylerin Hukukî Güvenlik İçinde Olması.....	49
1. Hukuk Kurallarının Belirliliği .....	49
2. Hukuki İstikrar .....	50
3. Kazanılmış Haklara Saygı.....	50
4. Kanuni Hâkim Güvencesi.....	51
5. Ceza Sorumluluğu İlkeleri.....	53
III. ANAYASA MAHKEMESİ KARARLARINA GÖRE HUKUK	
DEVLETİNİN NİTELİKLERİ.....	54
A- Temel Hak ve Özgürlüklerin Güvence Altına Alınması.....	54
B- Yürütmenin (idarenin) Tüm Eylem ve İşlemlerinin Yargı	
Denetimine Tabi Olması.....	56
C- Bağımsız Yargı ve Hâkimlik Teminatı.....	57
D- Kanunların Genelliği ve Kanun Önünde Eşitlik.....	58
E- Kanunların Anayasal Denetimi.....	59
F- Kuvvetler Ayrılığı.....	60
IV. HUKUK DEVLETİNİN MEKANİZMALARI.....	62
A- 1982 Anayasasında Yasama ve Yürütme İşlemlerinin Yargısal	
Denetimi.....	62
1. 1982 Anayasasında Yürütme İşlemlerinin Yargısal Denetimine	
İlişkin Kurallar.....	62
2. Yasama İşlemlerinin Yargısal Denetimi.....	66
3. Yargı Bağımsızlığı.....	67

a) Mahkemelerin bağımsızlığı.....	67
aa) Yasama organına karşı bağımsızlık.....	68
bb) Yürütme organına karşı bağımsızlık.....	68
cc) Diğer yargı organlarına karşı bağımsızlık.....	69
dd) Çevreye karşı bağımsızlık.....	69
b) Hâkimlik Teminatı.....	69
c) Hâkimler Savcılar yüksek Kurulu.....	71
<b>B- Diğer Hak Arama Yolları.....</b>	<b>73</b>
1. Dilekçe Hakkı.....	73
2. Bilgi Edinme Hakkı.....	74
3. İdari Başvuru.....	74
<b>V. AİHS VE AB UYUM SÜRECİNDE</b>	
<b>HUKUK DEVLETİ OLMA YOLUNDA YAPILAN</b>	
<b>VE YAPILMASI GEREKEN REFORMLAR.....</b>	<b>74</b>
<b>A- Dördüncü Değişiklik (1999).....</b>	<b>76</b>
1. Adil Yargılanma Hakkı.....	76
<b>B- Altıncı Değişiklik (2001).....</b>	<b>80</b>
1. Genel esaslar.....	80
a) Ölçülülük İlkesi.....	81
2. Kişi özgürlüğü ve güvenliği.....	85
a) Gözaltı ve Tutuklama.....	85
<b>C- Dokuzuncu Değişiklik (2004) .....</b>	<b>88</b>
1. Suç ve Cezalar (Ölüm Cezasının Kaldırılması) .....	88
2. Adil Yargılanma Hakkı	
(Devlet Güvenlik Mahkemelerinin Kaldırılması) .....	89
a) DGM'lerde Savunma Haklarında Sapma.....	89
<b>D- 1602 Sayılı Askeri Yüksek İdare Mahkemesi</b>	
<b>Kanununun Avrupa Birliğine Uyum Sürecinde</b>	
<b>Adil Yargılanma Hakkı Merceği Altında</b>	
<b>İncelenmesi ve Askeri Yüksek İdare</b>	

Mahkemesi Kanun Tasarısı Taslağı.....	90
---------------------------------------	----

## BÖLÜM 2

### TÜRK HUKUKUNDA İDARENİN YARGISAL DENETİMİNE İLİŞKİN İLKELER VE İDARİ YARGI DENETİMİ DIŞINDA BIRAKILAN İŞLEMLER

I. İDARENİN YARGISAL DENETİMİNE İLİŞKİN İLKELER.....	95
A- İdari Yargının Ortaya Çıkışı ve Özellikleri.....	95
1. Yargı Denetiminin Gereği ve Sakıncaları.....	95
a) Yargı Denetiminin Gereği.....	95
b) Yargı Denetiminin Sakıncaları.....	96
c) Yargı Denetiminde Uygulanan Sistemler .....	96
2. Türkiye'de İdari Yargının Ortaya Çıkışı ve Gelişimi.....	97
a) Cumhuriyet Öncesi Dönem.....	97
b) Cumhuriyet Dönemi.....	98
c) İdari Yargının Bugünkü Varlık Nedeni.....	100
B- İdari Yargının Örgütlenme Biçimi.....	102
1. İdari Yargının Örgütlenmesi.....	102
a) Kuruluş Yönünden Örgütlenme.....	102
aa) Danıştay Biçiminde Örgütlenme.....	102
bb) Mahkeme Biçiminde Örgütlenme.....	103
b) Görev Yönünden Örgütlenme.....	103
c) Geniş Görevli.....	103
d) Dar Görevli.....	103
2. Türkiye'de Uygulanan İdari Yargının Özellikleri.....	104
II. YASAMA KISINTISI KAVRAMI VE TÜRK HUKUKUNDAKİ GÖRÜNÜMÜ.....	105
A- Yasama Kısıntılarının Tarihsel Süreci.....	107
1. 1924 Anayasası Dönemi.....	107
2. 1961 Anayasası Dönemi.....	108
3. Milli Güvenlik Konseyi Dönemi ve 1982 Anayasası.....	110

4. Olağanüstü Dönemlerdeki Sınırlamalar.....	113
5. 02 ARALIK 1983 Tarihli ve 2968 Sayılı Yasa (m.1).....	117

**B- 1982 Anayasası'nda İdari Yargı Denetimi**

Dışında Bırakılan İşlemler (Yasama Kısıntıları).....	118
1.Cumhurbaşkanı'nın Tek Başına Yapacağı İşlemler.....	123
a) Cumhurbaşkanının Görev ve Yetkileri.....	123
aa) Cumhurbaşkanının Yasama ile İlgili Görev ve Yetkileri.....	123
bb) Cumhurbaşkanının Yürütme ile İlgili Görev ve Yetkileri.....	124
cc) Cumhurbaşkanının Yargı ile İlgili Olan Görev ve Yetkileri.....	125
dd) Cumhurbaşkanının Diğer Görev ve Yetkileri.....	125
b) Cumhurbaşkanı'nın Tek Başına Yapacağı İşlemlerin Yargı Denetimi Sorunu.....	126
aa) 1982 Anayasasında Karşı İmza Kuralı.....	128
bb) Cumhurbaşkanı'nın Anayasada Belirtildiği Üzere Tek Başına Yaptığı İşlemler.....	130
cc) Cumhurbaşkanı'nın "Devlet başkanı sıfatıyla" veya "işlemin niteliğinden dolayı" Tek Başına Yaptığı İşlemler.....	131
dd) Cumhurbaşkanı'nın Karşı İmza Kuralına Göre Yapacağı İşlemler.....	132
c) Cumhurbaşkanının Sorumluluklarının Yasama Kısıntıları Açısından Değerlendirilmesi .....	132
aa) Cumhurbaşkanının Siyasî Sorumluluğu.....	133
bb) Cumhurbaşkanının Göreviyle İlgili Suçlarından Cezai Sorumluluğu.....	138
cc) Cumhurbaşkanının Hukuki Sorumluluğu.....	140
aaa) Cumhurbaşkanının Göreviyle İlgili Eylem ve İşlemlerinden Dolayı Hukukî Sorumluluğu.....	140
bbb) Cumhurbaşkanının Kişisel Eylem ve İşlemlerinden Dolayı Hukukî Sorumluluğu.....	141
d) Cumhurbaşkanı'nın Tek Başına Yaptığı İşlemlerin Yargısal Denetimi.....	142
2.Yüksek Askeri Şura Kararları.....	146
a) Yüksek Askeri Şuranın Kuruluşu ve Görevleri.....	146
b) Yüksek Askeri Şura Kararlarının Denetimi.....	147

aa) Yüksek Askeri Şura Kararlarına Karşı Açılan	
Davalar ve Yargı Organlarının Yorumu.....	149
3. Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulu Kararları.....	152
a) Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulunun Görevleri.....	153
b) Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulunun Oluşumu.....	153
c) Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulu	
Kararlarının Denetimi ve Konu İle İlgili	
Yargı Kararlarından Örnek Değerlendirmeler.....	155
4. Memurlar ve Diğer Kamu Görevlilerine Verilen	
Uyarma, Kınama Cezaları İle İlgili Disiplin Kararları.....	157
a) Disiplin Hukukuna İlişkin Anayasal Esaslar	
Dâhilinde Uyarma Kınama Cezalarının İncelenmesi.....	161
b) Disiplin Cezalarına Karşı Başvurma.....	164
aa) İdarî Başvuru Yolu (İtiraz).....	164
bb) Yargısal Başvuru Yolu.....	166
c) 1982 Anayasası'nda Yargı Yolu Kapatılan İşlemler ve	
Uyarma-Kınama Cezalarının Bunlardan Farkı.....	167
d) Uyarma ve Kınama Cezalarına Karşı Yargı	
Yoluna Başvurmayı Engelleyen Düzenlemelerin	
Hukuk Devleti Prensibi Açısından Değerlendirilmesi.....	168
e) Anayasanın 13.maddesinin Öngördüğü Sınırlamaların Sınırları.....	178
f) İdari Yargılama Açısından Avrupa İnsan Hakları	
Sözleşmesine Göre Adil Yargılanma Hakkı.....	179
g) 1982 Anayasa'sı ve Türkiye'de ki Durum.....	184
h) Danıştay Kararlarının İncelenmesi.....	185
l) Uyarma ve Kınama Cezaları ile ilgili Genel Bir Değerlendirme.....	197
j) Tahkim Yolu Öngörülen Kamu Hizmetleri İle İlgili	
İmtiyaz Şartlaşma ve Sözleşmeleri.....	201
5. Askeri Disiplin Hukukuna İlişkin İşlemler.....	201
a) Disiplin Kavramı.....	203
aa) Tanımı ve Türk Silahlı Kuvvetleri Açısından	
Disiplin Hukukuna İlişkin Düzenlemelerin Önemi.....	203
bb) Askeri Disiplinin Unsurları.....	204
cc) Disipline İlişkin Hukuk Kuralları.....	204

aaa) Yazılı Hukuk Kurallarına ve Amirlere Mutlak İtaat.....	205
bbb) Astın ve Üstün Haklarına Saygı.....	206
dd) Disiplinin Korunması ve Sürdürülmesi.....	206
b) Askeri Disiplin Cezalarına Konu Olan Fiiller.....	207
aa) Disiplin Cezalarına Konu Olan Fiillerin Çeşitleri.....	207
aaa) Disiplin Tecavüzleri.....	207
bbb) Disiplin Suçları.....	211
ccc) Disiplin Kabahatleri.....	213
bb) Disiplin Cezalarını Vermeye Yetkili Makamlar.....	214
aaa) Disiplin Amirleri.....	214
bbb) Disiplin Mahkemeleri.....	216
cc) Disiplin Cezalarına Karşı Yasal Yollar.....	217
aaa) Disiplin Amiri Cezalarından Dolayı Şikâyet Veya Amirin Müracaatı.....	217
bbb) Disiplin Mahkemesinin Verdiği Cezalara Karşı Kanun Yolları .....	219
dd) Disiplin Ceza İşlemlerinin Hukuki Niteliği.....	226
aaa) Disiplin Amirlerinin Yaptığı Disiplin Ceza İşlemlerinin Hukuki Niteliği.....	226
bbb) Disiplin Mahkemelerinin Kararlarının Hukuki Niteliği.....	228
c) Askeri Yargı Organlarının Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesine Uygunluğu Sorunu.....	231
aa) Askeri İdari Yargı: Askeri Yüksek İdare Mahkemesi.....	232
bb) Askeri Ceza Yargısı.....	233
aaa) Disiplin Mahkemeleri.....	234
d) Askeri Disiplin Hukukuna İşlemler İle İlgili Yargı Kararları İncelenmesi.....	236
e) Askeri Disiplin Hukukuna İlişkin Genel Bir Değerlendirme.....	244
6. Olağanüstü Hal Kanun Hükmünde Kararnamelerinin Yargısal Denetimi.....	245
a) Genel Olarak.....	245
b) Olağanüstü Kanun Hükmündeki Kararnamelerin Hukuki Rejimi.....	247
aa) Olağanüstü Yönetim Kanun Hükmündeki Kararnamelerin Yargısal Denetimi.....	251

c) Olağanüstü Hal Kanun Hükmünde Kararnameleri	
Üzerine Genel Bir Değerlendirme.....	255
7. Sıkıyönetim Komutanının ve	
Olağanüstü Hal Bölge Valisinin İşlemleri.....	258
a) Genel Olarak Sıkıyönetim ve Olağanüstü Hal.....	258
b) Sıkıyönetim İlânının Hukukî Sonuçları.....	259
c) Olağanüstü Hal İlânının Hukukî Sonuçları.....	260
d) ) Olağanüstü Hal ve Sıkıyönetim İlânı	
İşleminin Yargısal Denetimi.....	262
aa) Olağanüstü Hal veya Sıkıyönetim İlânına İlişkin	
Bakanlar Kurulu Kararının Yargısal Denetimi.....	262
bb) Olağanüstü Hal veya Sıkıyönetim İlânına İlişkin	
Bakanlar Kurulu Kararının Türkiye Büyük Millet	
Meclisince Onaylanması Kararının Yargısal Denetimi.....	263
cc) Sıkıyönetim Komutanının ve Olağanüstü Hal Bölge	
Valisinin Yaptığı İşlemlerin Yargısal Denetimi.....	264
aaa) Sıkıyönetim Komutanının Yaptığı	
İşlemlerin Yargısal Denetimi.....	264
bbb) Olağanüstü Hal Bölge Valisinin	
Yaptığı İşlemlerin Yargısal Denetimi.....	266
8. Sayıştay Kararları.....	274
a) Sayıştayın Ana Hatlarıyla Görevleri.....	274
b) Sayıştayın Yetkileri.....	274
c) Denetiminin Kapsamı.....	275
d) Kararlarının Denetimi.....	275
9. 298 sayılı Seçimlerin Temel Hükümleri ve	
Seçmen Kütükleri Hakkında Kanunun	
111–131 ve 132 nci maddeleri.....	276
a) Yüksek Seçim Kurulu ve 298 Sayılı Kanun	
Hakkında Genel Bilgi.....	276
b) 298 sayılı Seçimlerin Temel Hükümleri ve	

Seçmen Kütükleri Hakkında Kanunun 111–131 ve 132 nci maddeleri.....	278
10. Toplu İş Sözleşmesi, Grev ve Lokavt Kanunu'nun 55 nci Maddesi.....	279
a) Genel Olarak.....	279
b) Yüksek Hakem Kurulu.....	281
aa) Yüksek Hakem Kurulunun Yapısı.....	281
bb) Yüksek Hakem Kurulunun Görevleri.....	281
c) Uyuşmazlıkların incelenmesi.....	282
d) Yüksek Hakem Kurulu Kararlarının Niteliği.....	282
11. Yürütmenin Durdurulmasına İlişkin Sınırlama.....	284
a) Yürütmenin Durdurulması Kavramının Hukuk Devleti İlkesi Açısından Değerlendirilmesi.....	284
b) Yürütmenin Durdurulmasına İlişkin Sınırlamanın Anayasa Mahkemesi Kararı Işığında Değerlendirilmesi.....	286

### BÖLÜM 3

#### YASAMA KISINTILARININ YARGI DENETİMİNE TABİ TUTULMASINA YÖNELİK İÇTİHAT HUKUKU

I. Türk Hukukunda Yasama Kısıntılarının Ulusal Yargıç Eliyle Yargı Denetimine Tabi Kılınması.....	287
A. Askeri Disiplin Hukukuna İlişkin İşlemler İle İlgili Yargı Kararları İncelenmesi.....	287
B. Uyarma Kınama Cezalarına İlişkin Yargı Kararlarının İncelenmesi.....	294
1. Uyarma Kınama Cezaları Açısından Ankara Bölge İdare Mahkemesi Kararının Değerlendirilmesi.....	302

2. Uyarma Kınama Cezaları Açısından	
Ankara 5 nci İdare Mahkemesi Kararının Değerlendirilmesi.....	308
C. Yüksek Askerî Şura Kararlarının Denetimi.....	311
D. Cumhurbaşkanının Tek Başına Yaptığı İşlemlerin	
Denetimine Ait Yargı Kararları.....	315
E. Hâkimler Ve Savcılar Yüksek Kurulu	
Kararları Denetimine Ait Yargı Kararları.....	320
II. Türk Hukukunda ki Yasama Kısıntılarının	
Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Hukuku Karşısındaki Durumu.....	320
A.Uluslararası Hukuk ile Ulusal Hukuk Arasındaki	
İlişki ve Kademelenme Sorunu.....	321
B. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi	
ve Mahkemesi Hakkında Genel Bilgi.....	323
C. Askerî Disiplin Hukukuna ilişkin olarak	
Disiplin Suç ve Tecavüzlerinden Ötürü	
Disiplin Üstlerince Verilen Cezalar ve	
Kişi Özgürlüğü ve Güvenliği Hakkı (AİHS. M.5) ihlalleri.....	324
1. Genel Olarak Hakkın Mahiyeti.....	324
2. Konuya İlişkin Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları.....	325
D. Yüksek Askerî Şura kararları, Hâkimler	
ve Savcılar Yüksek Kurulu kararları	
ve Adil Yargılama Hakkı İhlalleri (AİHS m. 6).....	326
1. Genel Olarak Hakkın Mahiyeti.....	326
2. Konuya İlişkin Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları.....	327
E. Yüksek Askerî Şura kararları, Hâkimler	
ve Savcılar Yüksek Kurulu kararları,	
Suç ve Cezada Kanunilik İlkesi İhlalleri	
(AİHS. m. 7) ve Konuya İlişkin	

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları.....	328
<b>F. Yüksek Askerî Şura kararlarına ilişkin olarak</b>	
<b>Özel Hayata ve Aile Hayatına Saygı Hakkı İhlalleri</b>	
<b>(AIHS m.8) ve Konuya İlişkin</b>	
Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları.....	329
<b>G. Yüksek Askerî Şura kararlarına ilişkin olarak</b>	
Düşünce, Din ve Vicdan Özgürlüğü İhlalleri (AIHS m. 9).....	329
1. Genel Olarak Mahiyeti.....	329
2. Konuya İlişkin Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları.....	330
<b>H. Memur Disiplin Hukuku, Uyarma</b>	
Kınama cezaları ve Toplanma ve	
Örgütlenme Özgürlüğü İhlalleri (AIHS m. 11).....	331
1. Genel Olarak Hakkın Mahiyeti.....	331
2. Konuya İlişkin AIHM' si Kararları.....	332
<b>İ. Yüksek Askerî Şura kararlarına ilişkin olarak</b>	
Etkili Başvuru Hakkı İhlalleri (AIHS m. 13)	
Ve Konuya İlişkin Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları.....	333
<b>III. Yasama Kısıntılarını Aşmaya Yönelik</b>	
Son Dönemlerde Yapılan Girişimler.....	335
A- Temel Haklar Ve Hürriyetler.....	335
B- Yasama.....	336
C- Yürütme.....	337
D- Yargı.....	337
<b>SONUÇ.....</b>	<b>338</b>
<b>KAYNAKÇA.....</b>	<b>346</b>

## KISALTMALAR

<b>ABD</b>	: Ankara Barosu Dergisi
<b>AİHM</b>	: Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi
<b>AİHS</b>	: Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi
<b>AÜHF</b>	: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
<b>AÜHFD</b>	: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
<b>AÜSBF</b>	: Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi
<b>AÜSBFD</b>	: Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi
<b>AY</b>	: Anayasa
<b>AYM</b>	: Anayasa Mahkemesi
<b>AYMKD</b>	: Anayasa Mahkemesi Kararları Dergisi
<b>AYIM</b>	: Askeri Yüksek İdare Mahkemesi
<b>Bkz.</b>	: Bakınız
<b>C</b>	: Cilt
<b>CMUK</b>	: Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu
<b>D</b>	: Dairesi
<b>DD</b>	: Danıştay Dergisi
<b>DMK</b>	: Devlet Memurları Kanunu
<b>DGM</b>	: Devlet Güvenlik Mahkemesi
<b>DİDDGK</b>	: Danıştay İdari Dava Daireleri Genel Kurulu
<b>E</b>	: Esas
<b>f</b>	: Fıkra
<b>Fak.</b>	: Fakültesi
<b>GHH</b>	: Gülhane Hattı Hümayunu
<b>HSKY</b>	: Hakimler Savcılar Yüksek Kurulu
<b>HSKYK</b>	: Hakimler Savcılar Yüksek Kurulu Kanunu
<b>İHY</b>	: İnsan Hakları Yılığı
<b>İÜHFM</b>	: İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası
<b>İYUK</b>	: İdari Yargılama Usulü Kanunu
<b>K</b>	: Karar
<b>k.t.</b>	: karar tarihi
<b>KHK</b>	: Kanun Hükmünde Kararname
<b>Krş</b>	: Karşılaştırınız
<b>md.</b>	: Madde

<b>MSB</b>	: Milli Savunma Bakanlığı
<b>OHAL</b>	: Olağanüstü Hal
<b>R.G.</b>	: Resmi Gazete
<b>S</b>	: Sayı
<b>s</b>	: Sayfa
<b>TBBD</b>	: Türkiye Barolar Birliği Dergisi
<b>TBMM</b>	: Türkiye Büyük Millet Meclisi
<b>Ü</b>	: Üniversitesi
<b>Vd.</b>	: ve devamı
<b>Yay.</b>	: Yayını
<b>YHK</b>	: Yüksek Hakem Kurulu

## GİRİŞ

Anayasamızın 2. maddesinde; Türkiye Cumhuriyeti' nin nitelikleri arasında, hukuk devleti ilkesinin olduğu belirtilmektedir. Gerçekten hukuk devleti ilkesi, bütün demokratik rejimlerin temel özelliği olarak kabul edilmektedir. Hukuk devleti kavramı hakkında doktrinde farklı tanımlar yapılmaktadır.

Bir tanıma göre: “ Hukuka dayanarak ve hukuk sayesinde var olan devlet/yönetim demektir.”<sup>1</sup> Özbudun'a göre ise, vatandaşların hukuki güvenlik içinde buldukları, Devletin eylem ve işlemlerinin hukuk kurallarına bağlı olduğu bir sistemi anlatır<sup>2</sup>.

Anayasa Mahkemesi de hukuk devletinin tanımını yapmıştır. Anayasa Mahkemesine göre, insan haklarına saygılı ve bu hakları koruyucu adil bir hukuk düzeni kuran ve bunu devam ettirmekle kendisini yükümlü sayan, bütün işlem ve eylemleri yargı denetimine bağlı olan devlet, hukuk devletidir<sup>3</sup>. Yine Anayasa Mahkemesi' ne göre, devlete, hukuk devleti vasfını ve güvencesini veren en önemli esas yargısal denetimdir<sup>4</sup>.

Yine Danıştay'da Anayasa Mahkemesinin tanımlamasına paralel olarak bir kararında, idarenin yaptığı işlemlerin yargı denetimine tabi tutulmasını hukuk devleti ilkesinin en karakteristik özelliği olduğunu belirtmiştir<sup>5</sup>.

Hukukun egemen olduğu bir devletin varlığından söz edilmesi için, ilk ve en önemli unsur olarak; devletin işlemlerinin hukuk kurallarına bağlılığı kabul edilmelidir<sup>6</sup>. Ancak, tek başına bu unsurun varlığı ne vatandaşlar ne de vatandaşların hak ve özgürlükleri açısından yeterli bir güvence teşkil etmemektedir. Devletin hukuk kurallarıyla bağlılığının yanında; devletin hukuka bağlılığının, bağımsız ve tarafsız yargı erki tarafından denetlenmesi de bir zorunluluk olarak kendini göstermektedir.

<sup>1</sup> Erdoğan, Mustafa, **Anayasal Demokrasi**, Siyasal Kitabevi Yayınları, Ankara 2001, s.62.

<sup>2</sup> Özbudun, Ergun, **Türk Anayasa Hukuku**, Yetkin Yayınları, Ankara 2005, s.114-115

<sup>3</sup> Anayasa Mahkemesi E. 1976/1, K. 1976/28, Karar Tarihi. 25.05.1976, **AMKD**, Sayı 14, s.189

<sup>4</sup> Anayasa Mahkemesi E. 1976/43, K. 1977/44, Karar Tarihi. 27.01.1977, **AMKD**, Sayı 15, s.117

<sup>5</sup> D.D.D.G.K, Esas 49/320, Karar 50/128, Karar Tarihi: 30.03.1950, **Danıştay Kararları Dergisi** Sayı 50-53, s.118

<sup>6</sup> Özbudun (2005): s.114-115.

Erdoğan, hukuk devletinin varlığından söz edebilmek için her şeyden önce yasama, yürütme ve idare, hatta yargı organlarının görev alanlarının açıkça tanımlanmış olması ve görev sınırlarına bilfiil riayet etmelerinin sağlanması gerektiğini belirtmiştir<sup>7</sup>.

Bu açıklamalar gösteriyor ki, tüm devlet organlarının faaliyetlerinin yargısal denetimi, hukuk devletinin olmazsa olmaz ( sine qua non ) ilke ve kuralıdır<sup>8</sup>. Her bir devlet erkinin kendi alanında kalmasının sağlanması ancak kuvvetler ayrılığı sisteminin kabulü ile mümkündür.

1789 Fransız İnsan ve Vatandaş Hakları Bildirisi'nin 16. maddesi: " Hakları güvence altına alınması sağlanmamış, kuvvetlerin ayrılığı belirlenmemiş olan toplumlar asla Anayasaya sahip sayılmazlar " hükmü ile anayasal devletin olmazsa olmaz şartı olarak; kişi hak ve hürriyetleri bakımından anayasal güvence ve kuvvetler ayrılığı ilkesini kabul etmiştir.

Kuvvetlerin ayrılmasının altında yatan ana fikir, ancak birbirinden bağımsız olan ve karşılıklı olarak birbirlerini denetleyip dengeleyebilen organlar sayesinde iktidarın kötüye kullanılmasından vatandaşların korunabileceğidir<sup>9</sup>. Kuvvetler ayrılığı ilkesinin cari olduğu bir devlet sisteminde; kişi hak ve özgürlüklerine idari organdan gelmesi muhtemel kısıtlama ve tehditlerin önlenmesi; yukarıda belirtildiği gibi ancak hukukun üstünlüğünün devletin bütün organlarıncı, özellikle idarece kabulü ve bağımsız yargı denetiminin varlığı ile mümkündür.

Bu açıklamalardan bahisle; bu çalışmanın tamamında, hukukun üstünlüğü kavramına öncelik verilerek, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi perspektifi ile Türk Hukukunda yargı yolu kapatılan işlemlere ( yasama kısıntılarına ) farklı bir açıdan bakılmaya çalışılacaktır. Yasama kısıntılarının değerlendirilmesi hususunda; evrensel hukuk ilkelerinden hareketle; gerek Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve gerekse 1982 Anayasası bağlamında bir değerlendirme yapılmaya çalışılacaktır.

---

<sup>7</sup> Erdoğan (2001): 62.

<sup>8</sup> Özay, İl Han, " Yargı Kararları Uygulanmalı ", Milliyet Gazetesi, 28.10.1985, s. 2'den aktaran Çağlayan, Ramazan, **İdari Yargı Kararlarının Sonuçları ve Uygulanması**, Gözden Geçirilmiş ve Yenilenmiş 2. Baskı, Ankara 2001, s. 21.

<sup>9</sup> Erdoğan (2001): s.164.

Türk hukukunda yasama kısıntıları başlıklı bu çalışmanın ilk bölümünde hukuk devleti kavramı ve kavramın Türkiye de gelişimiyle paralel olarak yargı denetimi dışında bırakılan işlemler konusu tarihi süreç içinde ele alınacak ve anayasalarımızdaki durum incelenecektir. İkinci bölümde öncelikle Türk kamu hukuku doktrininde idarenin yargısal denetimine dair ilkeler ele alınarak, hangi işlemlerin yasama kısıntısı kabul edildiği irdelenecektir. Daha sonra bu kısıntıların yargı kararlarında nasıl yorumlandığı üzerinde durularak uygulamadan örneklerle mevcut tablo ortaya konulacak, yine son dönemlerde yapılan yasal ve Anayasal değişikliklerin konumuzla ilgili olanları üzerinde durulacaktır. Üçüncü ve son bölümde ise pozitif hukuktaki kısıtlamalara rağmen hukuk devleti ilkesiyle çelişen bazı kısıntıların yargı kararları ile aşılmasına yönelik girişimler örneklerle gösterilecektir. Son olarak ise bu kararların Türk yargı içtihatları üzerinde mevcut ve olası etkisine işaret edilerek, örnek ulusal ve uluslararası yargı kararlarına yer verilecektir.

## **TÜRK HUKUKUNDA YASAMA KISINTILARI**

### **BİRİNCİ BÖLÜM**

#### **HUKUK DEVLETİ İLKESİ VE YÜRÜTMENİN YARGISAL DENETİMİ**

##### **I. HUKUK DEVLETİ**

1982 Anayasasının 2'nci maddesinde "Cumhuriyetin nitelikleri" arasında sayılan hukuk devleti ilkesi, bütün uygar demokratik rejimlerin temel özelliklerinden biridir. Türkiye Cumhuriyeti'nin bir "hukuk devleti" olduğu adı geçen maddede açıkça belirtilmiştir. 2 nci Maddeye göre, "Türkiye Cumhuriyeti, toplumun huzuru, milli dayanışma ve adalet anlayışı içinde, insan haklarına saygılı, Atatürk milliyetçiliğine bağlı, başlangıçta belirtilen temel ilkelere dayanan, demokratik, laik ve sosyal bir hukuk devletidir." Anayasa hükmünden de anlaşılacağı üzere 1982 Anayasası kavram olarak "hukuk devleti" kavramına içeriğinde yer vermiştir ancak Anayasa "hukuk devleti" kavramını açıklamamış hatta gereklerinin neler olduğuna dahi değinmemiştir. Anayasanın bu tutumunu bir eksiklik olarak algılamamak gerekir çünkü "hukuk devleti" kavramının unsurlarının neler olduğu (yukarıdaki açıklamalardan da anlaşılacağı üzere) kesin çizgilerle belirtilememektedir. Bu

yüzden anayasanın bu halde bulunan bir kavramı tanımlama yoluna gitmesi kavramın manasına ve niteliğine bir sınırlama getirme sonucunu doğurabilirdi.

## A. Kavram

Hukuk Devleti kavramı, Anglo-Sakson terminolojisinde “hukukun üstünlüğüne dayalı devlet” veya “hukukun hükümlerine dayalı devlet” olarak adlandırılırken<sup>10</sup>, Kıta Avrupa’sında Almanya’dan yayılıp benimsenen “hukuk devleti” kavramı ile adlandırılmaktadır<sup>11</sup>. Bizde de “hukuk devleti” kavramının yanı sıra “hukukun üstünlüğü”<sup>12</sup>, “hukuka bağlı devlet”<sup>13</sup> kavramları da “hukuk devleti” kavramı yerine kullanılmaktadır. Oysaki “hukukun üstünlüğü” kavramı ile “hukuk devleti” kavramı ortaya çıkış coğrafyalarına göre farklı anlamları içerlerinde barındırır durumdadırlar. Çünkü “hukukun üstünlüğü” terimi devletin yanında hukukun daha fazla kendini gösterebilme fırsatı bulduğu yani devletin hukukla bağlı kalmasında daha etkin rol oynayan bir sistemi anlatmakta; “hukuk devleti” kavramı ise tam tersi olarak devlet kavramının hukuk karşısında edindiği yerin daha önde olması anlamına gelmektedir. Bir görüşe göre; “hukukun üstünlüğü” kavramında “az devlet, çok hukuk” “hukuk devleti” kavramında ise “az hukuk, çok devlet” kavramı geçerlidir<sup>14</sup>.

Genel olarak hukuk devleti denildiğinde, “hak ve özgürlükler temelinde demokratik rejimin işleyişini sağlayan bir sistem”<sup>15</sup>, “yönetilenlere hukuk güvenliği sağlayan devlet düzeni”<sup>16</sup>, “temel hak ve hürriyetlerin teminat altına alındığı ve kişilere hukuksal teminat sağlayan devlet”<sup>17</sup>, “hukuk çerçevesinde yönetim kısaca hukuka dayanarak ve hukuk sayesinde var olan devlet/yönetim”<sup>18</sup>, “vatandaşların hukuki güvenlik içinde buldukları, devletin eylem ve işlemlerinin hukuk kurallarına bağlı olduğu bir sistemi”<sup>19</sup> gibi birçok farklı tanım ortaya konulmuştur.

<sup>10</sup> Özbudun, Ergun, **Türk Anayasa Hukuku**, Yetkin Yayınları, Ankara 2005, s.114-115.

<sup>11</sup> Özbudun (2005): s.115.

<sup>12</sup> Kaboğlu, İbrahim Ö., **Özgürlükler Hukuku**, Gözden Geçirilmiş ve Genişletilmiş 6. Baskı, İmge Kitabevi, Ankara, 2002, s. 232-236,241-245,315-318.

<sup>13</sup> Erdemir, Nevzat, “Hukuk Devleti ve Savunma Hakkı”, **Türkiye Bar. Bir. Der.** Sayı:1988/1, Ankara 1988,s.81; Erdoğan, Mustafa, **Anayasal Demokrasi**, Siyasal Kitabevi Yayınları, Ankara 2001, s.62.

<sup>14</sup> Selçuk, Sami, **Zorba Devletten Hukukun Üstünlüğüne**, Yeni Türkiye Yayınları, Ankara 1999, s.320-321.

<sup>15</sup> Kaboğlu (2002): s. 179.

<sup>16</sup> Mumcuoğlu Maksut, “Hukuk Devletinde Bağımsız Yargının Yeri ve Bağımsız Yargının Türkiye’de Gelişimi”, **Ankara Barosu Der.** Sayı:1989/2, Ankara, 1989, s.203.

<sup>17</sup> Erdemir (1988): s.81.

<sup>18</sup> Erdoğan (2001): s.62.

<sup>19</sup> Özbudun (2005): s.113.

Hukuk devletinin karşıtı olarak, polis devletinden söz edilir. Hukuk dilinde “hukuk devleti” deyimini, devletin hukuk kurallarıyla bağlı sayılmadığı “polis devleti” kavramının karşıtı olarak kullanılmaktadır<sup>20</sup>. Polis devleti kavramı, 17 ve 18. yüzyıllardaki Kara Avrupa’sı ülkelerindeki mutlak hükümdarlıklar dönemindeki toplumun refahı için her türlü önlemi almak ve vatandaşların tüm haklarına karışmak yetkisine sahip olan rejimleri açıklamak için kullanılan ve ilk kez Almanya’da ortaya çıkmış bir kavramdır. Bilindiği gibi buradaki polis sözü, devlet düzeni ve bu düzenin içindeki kamu gücü anlamında kullanılmıştır. Polis devleti, “kamunun refahı ve selameti için, her türlü önlemi alabilen, bu amaçla kişilerin hak ve özgürlüklerine alabildiğine müdahale edebilen, onlara külfetler yükleyen ve fakat tüm bunları yaparken idaresi hukuka bağlı olmayan” devlet demektir<sup>21</sup>. Ancak, zamanla, sınırsız yetkilerle donatılmış devlet gücünün keyfilğine kayması, polis devleti deyiminin yönetilenlere hukuk güvenliği vermeyen zorbalığa kaçan rejimleri anlatmak için kullanılmaya başlanmıştır<sup>22</sup>. Polis devleti anlayışında devlet hukuka bağlı olmadığına göre, devletin eylem ve işlemlerinin yargı tarafından denetlenmesi söz konusu değildir. Kısaca “polis” deyimini hiçbir sınır ve denetim tanımayan kamu kudreti anlamına gelmekte olup bugün de idaresi hukuka bağlı olmayan vatandaşlarına hukuki güvenlik sağlamayan devlet tipi için “polis devleti” tabiri kullanılmaktadır<sup>23</sup>. Görüldüğü üzere “hukuk devleti” kavramı ile “polis devleti” kavramı birbirlerine tamamen iki zıt kavramlardır. Örneğin hukuk devletinde kişi temel hak ve özgürlüklerinin sahip olduğu önem tartışmasız iken polis devletinde kamunun refahı ve selameti karşısında temel hak ve özgürlüklerinin öneminden bahsedilmesi mümkün değildir.

Devletin ve kamu kurumlarının hukuka bağlanması mutlakiyet döneminin sonunun, son iki yüzyılın ürünüdür. Hukuk devletinin gelişimi, yönetenleri öteki vatandaşlar gibi aynı düzeye getirerek, iktidarı kutsal olmaktan çıkarmaya katkıda bulunmuştur. Bu gelişim, yöneticilerin kendilerini de yönetenler olarak hukukça yönetilmeye elverişli olduklarını anlatır<sup>24</sup>.

Yönetilenlere herhangi bir güvence tanımayan polis devleti anlayışından, zamanla, yönetilenlere bazı hukukî güvenceler sağlayan “hazine teorisi” anlayışına

<sup>20</sup> Kuzu Burhan, “Hukuk Devleti ve Hukuk Zihniyeti”, **Akademik Araştırmalar Der.** Sayı:11, Ankara 2001-2002, s.1.

<sup>21</sup> Günday Metin, **İdare Hukuku**, İmaj Yayınları, Ankara 2003, s.36.

<sup>22</sup> Gözübüyük, A. Şeref, **Anayasa Hukuku**, Ankara 1993, Turhan Kitabevi, s. 145.

<sup>23</sup> Gözler, Kemal, **Türk Anayasa Hukuku Dersleri**, Bursa 2000, Ekin Yayınları, s.170.

<sup>24</sup> Kaboğlu, İbrahim Ö, “Türkiye’de Hukuk Devletinin Gelişimi” **İnsan Hakları Yıllığı**, Cilt 12, Ankara, 1990, s.140, dipnot 6.

geçilmiştir<sup>25</sup>. Gene Almanya’da ortaya çıkan ve geliştirilen “hazine teorisi (Fiskusteorie)” anlayışına göre, idarenin faaliyetleri dolayısıyla hakları ihlâl edilen kişilere yargısal yoldan malî karşılık elde etme imkânı tanınmaktadır<sup>26</sup>. Bu teoriye göre, devlet hazinesi hükümdarın dışında ve tamamen özel hukuka tâbi bir tüzel kişilik olarak tanınıyordu. Böylece, hukuk kurallarına bağlı olmayan ve yargı denetimine de tâbi olmayan devlet ile özel hukuk hükümlerine tâbi olan ve aleyhinde dava açılabilen hazine birbirinden ayırt ediliyordu<sup>27</sup>. Örneğin devlet özel bir kişiye ait olan bir taşınmaza el atabiliyor; onu işgal edebiliyor; kişiyi zorla çalıştırabiliyordu. Devletin bu tür eylem ve işlemlerinin hukuk kurallarına aykırılığını ileri sürmek mümkün değildi. Ancak devletin bu tür işlemleri ile hakları ihlâl edilenler, özel hukuk hükümleri uyarınca hazine aleyhine dava açma hakkına sahip kılınıyordu<sup>28</sup>. Böylece hazine teorisi yönetilenlere yargı yolu ile dolaylı da olsa belli bir güvence sağlayabilmiştir. Devletin hazinesi ile birlikte tek bir tüzel kişi olduğu düşüncesi benimsedikçe, hazine teorisi yavaş yavaş terk edildi ve onun yerini hukuk devleti teorisi aldı<sup>29</sup>.

Hukuk devleti, daha önceden de belirttiğimiz gibi devletin bütün eylem ve işlemlerinin hukuk kurallarına dayandığı ve vatandaşların da hukuki güvenlik içinde bulunduğu bir sistemdir<sup>30</sup>. Hukuk devleti “hukuku olan devlet” ya da “devletin koyduğu hukuk” değil, “hukukun egemen olduğu devlet”tir ve siyasal bir idealdir<sup>31</sup>. Hukuk devletinin amacı, yönetim yetkisinin keyfi kullanımının yarattığı tehlikeyi asgariye indirmek; istikrarsız, açık olmayan ve geçmişe dönük kuralların neden olduğu kişisel hürriyet ve onur ihlallerini engellemektir<sup>32</sup>. Bu nedenle, devletin hukuk kurallarıyla bağlı sayılmadığı “polis devleti” anlayışından, vatandaşların devlete karşı güven duydukları ve kendi kişiliklerini geliştirebildikleri bir hukuki güvenlik ortamını garanti eden hukuk devleti anlayışına ulaşılmış olması anayasacılık düşüncesi bakımından oldukça önemli bir aşamadır<sup>33</sup>.

<sup>25</sup> Gözler (2000a):s.170, dipnot 215.

<sup>26</sup> Gözler (2000a):s.170, dipnot 216.

<sup>27</sup> Gözler (2000a):s.170, dipnot 217.

<sup>28</sup> Gözler (2000a):s.170, dipnot 218.

<sup>29</sup> Gözler (2000a):s.170, dipnot 219.

<sup>30</sup> Soysal, Mümtaz, **100 Soruda Anayasanın Anlamı**, Gerçek Yayınevi, Onbirinci Baskı, İstanbul 1997, s.164; Atar, Yavuz, **Türk Anayasa Hukuku**, Mimosza Yayınları, Konya 2005, s.86; Özbudun (2005): s.113.

<sup>31</sup> Erdoğan (2001) s.93,97. ; Atar(2005): s.86.

<sup>32</sup> Erdoğan (2001): s.93.

<sup>33</sup> Demir, Fevzi, **Anayasa Hukukuna Giriş**, Barış Yayınları - Fakülteler Kitabevi, Beşinci Baskı, İzmir,1998, s. 270; Tanör, Bülent-Yüzbaşıoğlu, Nemci, **1982 Anayasasına Göre Türk Anayasa Hukuku**, Beta Yayınları, İstanbul, 2005, s. 90; Atar(2005): s.87; Gözübüyük (1993): s. 145.

Tanör ve Yüzbaşıoğlu'na göre Hukuk devleti, polis devleti olmadığı gibi kanun devleti de demek değildir. Hukuk kavramı nasıl kanun kavramını aşarsa, hukuk devleti de kanun devleti anlayışının üstünde ve ilerisinde yer alır. Her kanunlu sistem, mutlaka hukukun üstünlüğüne ve koruyucu üstün ilkelere dayanır denemez. Kanun da baskıcı ve adaletsiz olabilir. Mutlak monarşilerde ya da diktatörlüklerde de kanun vardır, ama bunlara hukuk devleti denemez. Hukukun üstünlüğü kavramı, dayandığı değerler bakımından yasanın üstünlüğünden daha koruyucudur<sup>34</sup>.

Hukuk devleti kavramından hukukî güven ortamı, devletin hukuka uymayı, bunun için de karar ve işlemlerinin yargı denetimine bağlı olması anlaşılır, Buradaki hukuk, herhangi bir hukuk değildir; değerlere bağlı, insan haklarına dayalı demokratik ve liberal bir hukuktur. Bu nedenle de hukuk devleti ve demokratik devlet ilkeleri, birbirlerini tamamlayan ikizlerdir. Çoğulcu-özgürlükçü demokrasinin temelleri bu beraberliğe dayanır<sup>35</sup>.

Daha önce de bahsettiğimiz gibi Hukuk Devleti kavramı Alman kökenlidir. Polis Devleti kavramı gibi Hukuk Devleti kavramı da ilk kez Almanya'da ortaya çıkmakla birlikte, bu kavramın gelişmesi ve içeriğinin oluşması, Fransa'da gerçekleşmiştir<sup>36</sup>. Hukuk Devleti kavramı Almanya'da 1860'lı yıllarda Bahr ve Gneist adında iki hukukçu tarafından kullanılmıştır<sup>37</sup>. Kavram, buradan öteki ülkelere geçmiş ve yaygın olarak kullanılmaya başlamıştır. Bununla birlikte Hukuk Devleti kavramının temelleri 1789 Fransız devriminden itibaren oluşmaya başlamıştır<sup>38</sup>. 1789 İnsan hakları Evrensel beyannamesi, en üstün hukuk kurallarını tanıyor, anayasa ve yasalarda bunu somutlaştırmış oluyordu. Bu durumda yasalar da devlet yöneticilerinin keyfi iradeleri değil, İdare'nin de üstünde olan milletin temsilcilerinin iradeleri oluyordu. Dolayısı ile bu kurallar, Hükümet ve İdare'yi de bağlıyordu ve memurlarda artık bu iradenin bu iradenin anlatımı olan yasalara tabii olacaktı<sup>39</sup>.

Fransız Devriminde ortaya çıkan ve sonradan idari yargı denetiminin yaygınlaşmış güçlenmesiyle, hukukun birbirine bağlı normlar hiyerarşisi biçimi altında

<sup>34</sup> Tanör-Yüzbaşıoğlu (2005): s. 90.

<sup>35</sup> Tanör-Yüzbaşıoğlu (2005): s. 90.

<sup>36</sup> Giritli, İsmet-Bilgen, Pertev-Akgüner, Tayfun, **İdare Hukuku**, Gözden Geçirilmiş İkinci Basım, Der Yayınları İstanbul 2006, s.50.

<sup>37</sup> Kaboğlu (1990): s. 139, dipnot 2; Tanör-Yüzbaşıoğlu (2005): s. 90;Giritli-Bilgen-Akgüner (2006):s.50.

<sup>38</sup> Kaboğlu (1990): s.139, Krş.; dipnot 3.

<sup>39</sup> Onar, Sıddık Sami, **İdare Hukukunun Umumi Esasları**, İstanbul, Hak Kitabevi Yayınları, Üçüncü Baskı, 1966,s. 141; Kaboğlu (1990): s.139.

yeni oluşumu, 19 uncu yüzyıl sonunda ve 20 inci yüzyıl başında, “hukuk devleti” kavramıyla sistemleştirilmiştir<sup>40</sup>.

Hukuk Devleti, devlet ve hukuk deyimlerini birleştiren kurucu bağı ortaya koyar. Bir yandan hukuk, devlete gerek duyar. Amaçlarından olan adaleti gerçekleştirmede, dava yoluyla toplumsal ilişkileri düzenlemede veya normatif gücünü (zor kullanma) ile uygulamaya geçirmede hukuk, devlete başvurur. Diğer bir yandan da devlet hukuka muhtaçtır. Devlet iktidarı, hukuk normunda, uyulması gerekli kuralların yapılmasında ifadesini bulur. Devlet hukuk kalıbında yoğrulmuştur. Bu hukukileştirme, siyasal örgütlenme biçimi olarak devletin ayırt edici çizgilerinden biridir<sup>41</sup>. Daha önemlisi, Hukuk Devleti hukuka saygıyı sağlar; ancak buna karşılık iktidarın otoritesini, yani kullanmakta olduğu maddi gücü meşrulaştırır. Aksi takdirde, bu güç kaba güç olmaktan öteye geçemez, devletin çeteden farkı kalmaz<sup>42</sup>.

Hukuk Devleti kavramı Anayasamıza ilk kez, 1961 Anayasası ile girmiştir. Kavramın 1961 Anayasası ile terminolojiye girmesi, 1924 Anayasası döneminde hukuk devletinden söz edilemeyeceği anlamına gelmez<sup>43</sup>. Ülkemizde hukuk devletini geliştirme çabaları, Tanzimat’tan bu yana süre gelmiştir. 1961 Anayasası ile hukuk devletinin gerçekleşmesi için gereken hukuksal koşullar ayrıntılı bir biçimde düzenlenmiş ve Hukuk Devleti, anayasal bir yapıya kavuşturulmuştur. Hukuk Devleti, 1982 Anayasası ile bazı kısıtlamalara uğramakla birlikte, Anayasanın temel ilkelerinden biri olma niteliğini korumuştur<sup>44</sup>.

İlk kez 1961 Anayasası ile kurulan Anayasa Mahkemesi hukuk devletini şu şekilde tanımlamıştır<sup>45</sup>: “Hukuk Devleti ilkesi, insan haklarına saygılı ve bu hakları koruyucu adil bir hukuk düzenini kuran ve bunu devam ettirmekle kendini yükümlü sayan, bütün davranışlarında hukuk kurullarına ve Anayasaya uygun, bütün eylem ve işlemleri yargı denetimine bağlı olan devlet demektir.”

Hukuk Devleti bir ülkede yerleşmiş hukuk düzenine yalnız bireylerin değil, yönetiminde uymasını gerektiren bir ilkedir. Bu nedenle hukuk devleti ile hukuk düzeni arasındaki ilişkiyi gözden uzak tutmamak gerekir. Hukuk devleti ilkesinin bir

<sup>40</sup> Kaboğlu (1990): s.140, dipnot 5.

<sup>41</sup> Kaboğlu (1990): s.140, dipnot 7.

<sup>42</sup> Kaboğlu (1990): s.139; Krş.ve bkz: Onar (1966): s. 169.

<sup>43</sup> Gözübüyük (1993): s. 145.

<sup>44</sup> Gözübüyük (1993): s. 145.

<sup>45</sup> E.1976/1, K.1976/28, K.T. 25.5.1976, AYMKD. , Sayı 14, s.189; Özbudun (2005):s.113; Atar(2005): s.87; Gözübüyük (1993): s. 145.

anlam kazanabilmesi için ülkede egemen olan hukukun yönetilenlere, devlete karşı da, hukuk güvenliği sağlaması gerekir. Bunun için de yasama ve yürütme güçlerine bazı sınırlamalar getirilmesi, hukukun herhangi bir sınıf egemenliğinin aracı olmaması, demokratik toplumun gereklerine cevap vermesi gerekir. Bunda da en büyük sorumluluk, hukukun ne olduğunu söyleme yetkisine sahip olan yargıçlara düşer<sup>46</sup>.

Devlet-hukuk ilişkisi, belirli bir hukuk düzeninde anlam kazanır. Normlar Hiyerarşisi ilkesi, bu düzenin temelini oluşturur. Hukuk Devleti sorunu, daha genel olarak devletin hukuka bağlanması temelinde konabilir. Hukuk Devleti, nihayet, yürürlükteki hukukun belli bir içeriği ile nitelenir<sup>47</sup>.

Kısaca Hukuk Devleti'nin Türk Anayasa Hukuku yazınında vurgulanan unsurlarına bakarsak;

## 1. Normlar Hiyerarşisi, Anayasanın Üstünlüğü ve Bağlayıcılığı<sup>48</sup>

Özbudun kitabında 1924 Anayasası'nda anayasanın üstünlüğü ilkesine değinildiğini ancak pratikteki uygulamalarda karşılaşılan zorluklardan dolayı bunun hayata geçirilemediğini, bu ilkenin esasen 1961 Anayasası ile tam olarak terminolojiye girdiğini ve Anayasaya karşı ilk kez 1961 yılında kurulan Anayasa Mahkemesi ile kanunların uygunluk denetiminin yapılabildiğini vurgulamaktadır<sup>49</sup>.

Tanör ve Yüzbaşıoğlu ise Anayasanın bağlayıcılığı ve üstünlüğü ilkesini Anayasanın ilgili maddesini (md. 11) irdeliyerek açıklamaya çalışmıştır. Tanör ve Yüzbaşıoğlu'na göre önce bağlayıcılık sonra ise üstünlük ortaya çıkmaktadır. Eklenmesi gereken bir üçüncü ilke vardır ki oda Anayasanın katılığıdır. Bu ilke Anayasanın bağlayıcılığı ve üstünlüğünden çıkmaktadır<sup>50</sup>.

Atar da, Tanör ve Yüzbaşıoğlu gibi Anayasanın bağlayıcılığı ve üstünlüğü ilkesini Anayasanın ilgili maddesini (md. 11) irdeliyerek açıklamaya çalışmıştır.

<sup>46</sup> Gözübüyük (1993): s. 145.

<sup>47</sup> Kaboğlu (1990): s.141.

<sup>48</sup> Atar (2005): s.4-5; Gözübüyük(1993): s.7-8; Kaboğlu (1990): s.141; Özbudun (2005): s.39; Tanör-Yüzbaşıoğlu (2005): s.107-113; Ayrıca konu ile ilgili ayrıntılı bilgi için bkz: Atar, Yavuz, "Anayasanın bağlayıcılığı ve üstünlüğü ilkesi ve bu ilkenin Anayasada yer almasının hukuki sonuçları (Anayasa md.11)", **Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, c. 2, sayı 2, Ocak-Haziran 1989, s. 181-209; Akıllıoğlu Tekin, **İnsan Kaynakları (I: Kavram, Kaynaklar ve Koruma Sistemleri)**, AÜSBF İnsan Hakları Merkezi Yay., Ankara 1995, s. 47 vd.

<sup>49</sup> Özbudun (2005): s.39.

<sup>50</sup> Tanör-Yüzbaşıoğlu (2005): s.107-113.

Normlar hiyerarşisinin ana basamaklarını anayasa, yasa, tüzük ve yönetmelikler oluşturduğunu belirtmiştir<sup>51</sup>.

Gözübüyük Anayasanın üstünlüğü ilkesini daha geniş bir çerçeve ile değerlendirmiş. Anayasaların üstünlüğü tabirini kullanmış, bu ilkeyi ülkeler bazında genelleyerek örnekler vermiştir. Yazarın bu ilke ile ilgili diğer görüşlerinin de doktrindeki diğer yazarlarla birlikte olduğunu görmekteyiz<sup>52</sup>.

Kaboğlu'na göre kademelenmemiş, aşamalı hukuk kuralları anlamına gelen normlar hiyerarşisinin ana basamakları anayasa, yasa, tüzük ve yönetmelikler oluşturur. Her normun bir üst norma uygun olma gereği sonucu, Anayasanın yasa, yasanın da tüzük ve yönetmeliklerle idari işlemlere üstünlüğü bulunur. Aşamalı hukuk düzenin kurulması kaynakların çoğulculuğunu gerekli kılar<sup>53</sup>.

Bir örnek verecek olursak; Mutlak monarşide kral, hukukun kaynağını tekeli altında tutardı. Bu nedenle, hukukun normlarının her türlü farklılaşma ve aşamalanma olanağı ortadan kaldırılmıştır. Osmanlı İmparatorluğu'nda hukuk kuralı yalnızca ferman biçimde Padişahın iradesinden kaynaklanmakta idi<sup>54</sup>.

Anayasayı kurucu iktidar yapar; yasa, yasama organınca konur. Tüzük ve yönetmeliklere ise Hükümet ve İdare tarafından hazırlanıp yürürlüğe sokulur. Değişik devlet organları ancak hukuki bir yetkilendirme çerçevesinde hareket edebilirler. Bu durumda bir gücün, özellikle maddi gücün kullanılması, sınırları hukukça belirlenmiş bir yetkiye dönüşür<sup>55</sup>. Normlar hiyerarşisi ilkesi gereğince değişik devlet organlarının üstün normlara bağlılığı ne denli iyi sağlanırsa, Hukuk Devletide o derecede gelişir.

Hukuk düzeninin yapılanmasında, bir yandan hukuk normlarının farklılaşması ve birbirine bağlılığı ilkesi, öte yandan buna saygı'yı güvence altına alan hukuksal denetim kurumu gündeme gelmektedir. Böylece yöneticiler kendi istediklerini kabul ettirmede serbest kalmayıp birbirlerine geçmiş kurullarla bağlanmış olurlar<sup>56</sup>. Sonra normlar hiyerarşisi, farklılaşmaya saygıyı sağlamaya yönelik bir denetim aygıtını gerekli kıldığında uygun olmayan normların hukuk düzeninden ayıklanması gerçekleşir. Bu mekanizma, hukuk kuralı koyan ve uygulayan organlardan bağımsız olduğu ölçüde, hukuka aykırı norm ve işlemlerin objektif bir incelemesine olanak tanır

---

<sup>51</sup> Atar (2005): s.4-5.

<sup>52</sup> Gözübüyük(1993): s.7-8.

<sup>53</sup> Kaboğlu (1990): s.141.

<sup>54</sup> Kaboğlu (1990): s.141; dipnot 9.

<sup>55</sup> Kaboğlu (1990): s.141, Onar (1966): s.140.

<sup>56</sup> Kaboğlu (1990): s.141; dipnot 11.

ve herkese uyma zorunluluğu getiren etkiye sahip olur<sup>57</sup>. Kısacası, aşamalanmış bir hukuk düzeninin kurulması, hukuk tarafından sınırlanmış bir devlet yapısı sağlar.

## 2. Erklar (Kuvvetler) Ayrılığı<sup>58</sup>

Devletin hukuka bağlanması veya devlet organlarının hukukla sınırlanması, devlet organ ve işlevlerinin üç ana erk'e (kuvvete) bölünmesiyle sağlanır. Erk'ler (Kuvvetler) ayrılığı ilkesi, yasama, yürütme ve yargı'da somutlaşır."İktidarı iktidar durdurur" temel düşüncesine (Montesquieu) dayanan bu ayrıma göre, siyasal ve yönetsel gücü elinde bulunduran iktidar bir başka organ tarafından frenlenecektir. Bununla birlikte bir organ diğerlerinin yetkilerinin özüne, çekirdeğine dokunamayacaktır.Yetkilerin bölüşülmesi, vatandaşların devletle ilişkilerinde devletin ezici gücüne maruz kalmamalarına, ancak ayrı idari birimlerin sınırlı güçleriyle karşılaşmalarına olanak sağlar. Erk'ler (Kuvvetler) ayrılığı ilkesi devletin üstün otoritesine karşı, bireyin korunması temel aracı olarak düşünülür<sup>59</sup>.

Bunu uygulamaya geçiren mekanizma yargı erkidir. Devlet işlemlerinin hukuka uygunluğu yargı denetimi ile sağlanır. Her şeyden önce, yürütme ve idare'nin hukuka bağlılığı ve işlemlerinin yargı denetimi altında bulunması gereği vardır. Bahr ve Gneist idari işlemlerin yargıç tarafından denetimine hukuksal bir çözüm bulmak için ilk kez Hukuk Devleti deyimini kullandı<sup>60</sup>. İdari yargı denetiminde ilke, yaygın denetim ilkesidir. Denetim sistemi ne olursa olsun, bir kısım idari işlem ve eylemler yargı denetimi dışında bırakılabiliyorsa, Hukuk Devleti ilkesinin zedelenmiş olduğu sonucuna varılabilir<sup>61</sup>. Hukuka uygun olmayan bir idari işlemin ne gerekçe ile olursa olsun yargı denetimi dışında tutulması Hukuk Devleti ile bağdaştırılmaz. İkinci olarak denetimin yoğunluğu veya derinliği ilkesi belirtilebilir. Bu ilke idare yargıcının denetiminde sahip olduğu yetkilerin genişliğini ifade eder. İdari yargı denetiminde yargı denetiminde önemli bir diğer konuda, yargının ağır işleyişinin olumsuz

<sup>57</sup> Kaboğlu (1990): s.141-142, Krş. bkz: dipnot 12.

<sup>58</sup> Gözübüyük (1993): 61-63; Özbudun (2005): s. 169-172; Atar (2005): s. 157; Arsel, İlhan, **Anayasa Hukuku: Demokrasi**, Ankara, Doğu Matbaacılık, 1964, s.204; Tanilli, Server, **Devlet ve demokrasi, Anayasa Hukukuna Giriş**, Say Yayını, 1984, s.215; Teziç, Erdoğan, **Anayasa Hukuku**, Beta Yayını, Beşinci Baskı, İstanbul, 1998, s. 388; Tunaya, Tarık Zafer, **Siyasal Kurumlar ve Anayasa Hukuku**, İstanbul, Araştırma, Eğitim, Ekin Yayınları, Beşinci Baskı, 1982, s. 387.

<sup>59</sup> Kaboğlu (1990): s.143; Özbudun (2005): s. 169; Gözübüyük (1993): 61-63; Atar (2005): s. 157; Krş. ve bkz: dipnot 14.

<sup>60</sup> Bkz: Yukarıda sayfa 5.

<sup>61</sup> Özbudun (2005): s.115.

sonuçlarını düzeltebilecek olan yürütmenin durdurulması kurumunun işletilmesidir. Yürütmenin durdurulmasına getirilen her istisna, Hukuk Devleti ilkesini zedeler<sup>62</sup>. Belirtilenlere, yargı kararlarının gereklerinin yerine getirilmesine ilişkin koşulların iyileştirilmesi de eklenmelidir.

### 3. Yargı Denetimi<sup>63</sup>

Yasama ve yürütmenin yargı organı tarafından denetimi<sup>64</sup> Hukuk Devletinin zorunlu bir sonucudur. Yürütme ve idare işlemlerinin yargısal denetimi Hukuk Devletinin temel ilkelerinden biri olmakla birlikte, hukuk üstünlüğünü ve bireylerin hukuksal güvenliğini sağlamaya tek başına yeterli değildir. Yasaların kendisi anayasaya aykırı olduğu takdirde vatandaşların anayasal hakları kredisini anayasaya aykırı olduğu takdirde, vatandaşların anayasal haklarının çiğnenmesi yine önlenmeyecektir<sup>65</sup>. Yasaların anayasallığının denetimi, günümüzde en gelişmiş teknik olan Anayasa Yargısı tarafından yerine getirilmektedir. Bu denetimi yapan organ, yasayı yapan organdan ayrılmış bağımsız bir kurumdur.

Kısacası, idari işlemler üzerinde yargısal işlevini yerine getirilmekle görevli mahkeme olarak (en yaygın kuruluş biçimiyle) Danıştay ve yasaların anayasallığının denetimini gerçekleştiren Anayasa Mahkemesi, Hukuk Devletinin yapılanmasında belirleyici bir işlev yerine getirmektedir<sup>66</sup>.

### 4. Yargı Bağımsızlığı<sup>67</sup>

Yargı bağımsızlığı Hukuk Devletini bir ön koşulu olarak Anayasa tarafından kabul edilmiştir ve bu yetki Türk Milleti adına bağımsız mahkemeler tarafından kullanılır (md.9)<sup>68</sup>. Özbudun da Tanör ve Yüzbaşıoğlu'na katılarak Yargı bağımsızlığının Hukuk Devletinin en önemli unsurlarından biri olduğunu belirtmiştir<sup>69</sup>.

<sup>62</sup> Kaboğlu (1990): s.143; Özbudun (2005): s.115

<sup>63</sup> Özbudun (2005): s.114–117; Tanör-Yüzbaşıoğlu (2005): s. 93.

<sup>64</sup> Hukuk Devletinin unsurları bölümünde geniş olarak ele alınacaktır.

<sup>65</sup> Özbudun (2005): s.115.

<sup>66</sup> Kaboğlu (1990): s.144.

<sup>67</sup> Tanör-Yüzbaşıoğlu (2005): s. 94-95, Özbudun (2005): s.118.

<sup>68</sup> Tanör-Yüzbaşıoğlu (2005): s. 94-95.

<sup>69</sup> Özbudun (2005): s.118.

Hukuk Devletinde yargıcın konumu da önem taşır<sup>70</sup>; Yargıç, hukuk düzenine saygıyı güvence altına alma işlevi görür. Bu objektif kişiliği ile Hukuk devletinde anahtar bir kişiliğe sahiptir. Çünkü yargısal çalışma, tümden gelim (dedüktif) bir niteliğe dayanır<sup>71</sup>.Yargıç, normlar hiyerarşisinden hareket ederek yalnızca hukuku uygulayacaktır; sadece norm hizmetinde olan yargıç, iktidarı bizzat kullanmaz. Gerçekten yargılama veya muhakeme, (hukuku söylemek, haklı olanı dile getirmek) anlamına gelen Latince jüristictio karşılığında kullanılır. Diğer bir ifadeyle Yargı'nın öteki organlar karşısındaki üstünlüğü, yargı organının kendisinin değil, hukukun üstünlüğünü anlatır. Aksi takdirde yargı denetiminin, hâkimler hükümeti şekline dönüşme tehlikesi doğar<sup>72</sup>. Gerçekten yargının bağımsızlığı, politika karşısında hukukun üstünlüğünü sağlamak içindir.

Yargı bağımsızlığı, her şeyden önce, hâkimlerin bağımsız olmalarını ve yalnızca, yasa, anayasa ve hukukun genel ilkelerine uygun olarak karar vermelerini ifade eder. Yargıç, önceden konulmuş olan normlara göre karar verir. Bu da yetkinin saptırılmasının önüne geçilmesi için bir güvencedir. Bu yönde ki bir güvence, yargının kendi özelliklerinden de gelmektedir: Yargılamanın açıklığı ilkesi, üst yargı mercilerine başvuru yollarının tanınması, yargıç güvencesi başlıcalarıdır. Yargı yetkisinin kullanılmasında, yargıçların yetiştirilme biçiminde önemli bir rol oynadığı belirtilmelidir<sup>73</sup>. Bağımsızlık, çok yönlü olmalıdır; Yalnızca siyasal iktidara karşı değil, özel güçlere karşıda sağlanmalıdır. Bu bağımsızlığın güvence oluşturabilmesi için doğal yargıç ilkesinin geçerli olması gerekir. Yargının bağımsızlığı veya üstünlüğü, özellikle kararların kesin hüküm niteliğinde oluşu ve herkesi bağlaması yönünden önem taşımaktadır<sup>74</sup>.

Böylece Hukuk devletinde hukuka bağlılık yönünden devlet ve kamu makamları ile vatandaşlar eşitlenmiş olur<sup>75</sup>.

Hukuk devletinde hukukun içeriği konusuna gelince; normlar hiyerarşisi, erkler (kuvvetler) ayrılığı ve yargı bağımsızlığı temel özelliklerinin ötesinde Hukuk Devleti, daha genel olarak bir değerler bütünüdür. Bunun kaynağı liberalizmdir. Hukuk Devletinin kurulması, tarihsel olarak liberalizmin gelişimi ile eş zamanlı olmuştur.

<sup>70</sup> Hukuk Devletinin unsurları bölümünde geniş olarak ele alınacaktır.

<sup>71</sup> Kaboğlu (1990): s.144, Krş ve bkz; dipnot 19.

<sup>72</sup> Kaboğlu (1990):s. 144; dipnot 20

<sup>73</sup> Kaboğlu (1990):s. 144; dipnot 21

<sup>74</sup> Kaboğlu (1990):s. 144; dipnot 22

<sup>75</sup> Kaboğlu (1990):s. 145; Krş.ve bkz: Onar (1966): s.139.

Hukuk Devleti, belli bir özgürlük anlayışına, demokrasiye ve devletin rolüne ilişkin belli bir anlayışa(yaklaşım) dayanır<sup>76</sup>.

## B. Türkiye’de Hukuk Devletinin Tarihi Gelişimi

Osmanlı Devleti’nde, şeriat hükümleri dışında, “amme hukukunu, teşkilat, idare ve ceza hukukunu, Devletin iç teşkilat ve faaliyetini ilgilendiren alanlarda Padişahların yasama faaliyetine ve netice itibariyle irade, ferman, emir, hat, hattı hümayun gibi çeşitli isimler altında kendisini gösteren ve dini esasların, şer’i hukukun sahası dışında kalan birçok hususlara rastlanmakta ve bütün bunların bir araya toplanmaları ile vücuda getirilen muhtelif kanunnamelerin mevcudiyeti de Hükümdarların yasama sahasında oynayabildikleri önemli rolü teyit etmektedir”<sup>77</sup>.

Padişah’ın, hiçbir kurum ve organın onayı veya işbirliği söz konusu olmaksızın, yasama tasarrufları yapabilme olanağına, kendi arzu ve takdiriyle hukuki değer kazanabilecek olan yasalar yapabilme yetkisine sahip bulunduğundan, “müstakil bir yasama organı gibi hareket edebilmek imkânını haiz bulunduğundan şüphe etmemek gerekir”<sup>78</sup>.

Kaboğlu’na göre; “Padişah’ın mutlak egemen olduğu Osmanlı İmparatorluğunda normlar hiyerarşisi oluşmamış olmakla ve dolayısıyla yürürlükteki hukukun içeriği yönünden özgürlükler, demokrasi ve devlet anlayışı bakımından Hukuk Devleti’nin mevcut olmadığı ortaya çıkmaktadır”<sup>79</sup>.

Kaboğlu Türkiye’de Hukuk Devletinin gelişiminde, Tanzimat Fermanı’nı başlangıç alınarak, 1876 Kanuni Esasi’sinin, 1924 Teşkilat-ı Esasiye Kanunu’nun 1961 Anayasasının başlıca dönüm noktaları olarak belirlediğini öne sürmüştür<sup>80</sup>. Ancak Tanzimat Fermanı’ndan önce Hukuk Devletinin gelişiminde bir adım daha vardır ki o da Sened-i İttifaktır.

<sup>76</sup> Kaboğlu (1990): s.145; Krş. ve bkz; dipnot 24.

<sup>77</sup> Kaboğlu (1990):s. 147; Okandan, Recai Galip, **Amme Hukukumuzun Anahatları, Türkiye’nin Siyasi Gelişimi**, Birinci Kitap, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, İstanbul,1971, s.28-29.

<sup>78</sup> Kaboğlu (1990):s. 148, Okandan (1971): s.28–29; Farklı bir görüş için bkz; dipnot 32.

<sup>79</sup> Kaboğlu (1990):s. 148, dipnot 35, 36, 37.

<sup>80</sup> Kaboğlu (1990):s. 148.

## 1. Sened-i İttifak (1808)

Onar'a göre Sened-i İttifak Hukuk Devleti olma yolunda atılan ilk adımlardan biridir<sup>81</sup>. Senet bir "giriş", yedi "şart" ve bir "zeyl"den oluşmaktadır<sup>82</sup>.

Sened-i İttifak'ın "giriş" bölümünde Osmanlı devlet düzeninin bozulduğu, devlet otoritesinin sarsıldığı ve bu durumun taraflarca gözlemlenmesi üzerine, devletin kuvvetlenmesi (Devlet-i Aliyenin kuvvet-i kamilesi esbâbını istihsal) maksadıyla toplantılar yapıldığı ve sonunda bu ittifakın akdolunduğu bildirilmektedir<sup>83</sup>.

Birinci şartta, senedi imzalayanlar, Padişahın devletin temeli olduğunu tanımakta ve ona karşı "vüzera ve ulema ve rical ve gerek hanedanın ve gerek bilcümle ocaklar tarafından kavlen ve fiilen, sırren ve alenen bir gûna ihanet ve hilaf-ı emrû rıza tavrı hareket zuhur ederse, badettahkik cesaret edenin te'dip ve ibret kılınması" için gayret edeceklerini taahhüt etmektedirler.

İkinci şartta, toplanan askerlerin (tertib olunan asakir ve neferatın) "devlet askeri olarak tahrir" olunması kabul edilmektedir. Senedi imzalayanlar, buna "ocaklar tarafından itiraz ve muhalefet olunursa" onların hep beraber "te'dip ve def'u ref'ine... gayret eyleye"ceklerini taahhüt etmektedirler.

Üçüncü şartta senedi imzalayanlar gerek hazinenin (Beytülmal-i Müslimin) muhafazasına, gerek devlet gelirlerinin (varıdatı Devlet-i Aliye) "mahallerinden tahsil ve tediyesine ve telef ve hasarattan" korunmasına riayet edeceklerini taahhüt etmektedirler.

Dördüncü şart ile, senedi imzalayanlar, sadrazamdan gelen her emri Padişah'tan gelen bir emir olarak kabul edeceklerini ve ona karşı gelmeyeceklerini taahhüt etmektedirler. Ancak sadaret makamı da "hilaf-ı kanun" işlere girişirse, senedi imzalayanlar, bundan "davacı olup bilittifak men'ine" çalışacaklarına söz veriyorlardı. Bu dördüncü şartta ayrıca herkesin kendi göreviyle uğraşması,

<sup>81</sup> Onar (1966): s.46.

<sup>82</sup> Gözler Sened-i İttifakı incelerken o zamanın Türkçesine sadık kalmak adına yer yer senedin orijinal metninden kelimeler ve ifadeler kullandığını belirtmektedir; Orijinal Senedin latin harflerine çevrilmiş metni şu derlemelerde bulunmaktadır: Kili, Suna ve Gözübüyük, A. Şeref, **Türk Anayasa Metinleri**, Ankara, Türkiye İş Bankası Yayınları, 1985, s.3-7; Tanilli, Server, **Anayasalar ve Siyasal Belgeler**, İstanbul, Cem Yayınevi, 1976; Tanör, Bülent, **Osmanlı-Türk Anayasal Gelişmeleri: 1789-1980**, İstanbul, Der Yayınları, İkinci Baskı, 1995, s.36-37'de ise metnin tamamıyla günümüz Türkçesiyle yapılmış bir özeti vardır.

<sup>83</sup> Aldıkaçtı, Orhan, **Anayasa Hukukumuzun Gelişmesi ve 1961 Anayasası**, İstanbul, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 1982, s.37.

başkalarının görevine karışmaması (aharın memuriyetine tasaddi etmemesi) öngörölüyordu.

Beşinci şartta, senedi imzalayanlar, “gerek âyan ve gerek vükelâ ve rical birbirlerinin zatına ve hanedanlarına kefil” olmaları gerekliliğini ortaya koyduktan sonra, birçok taahhütte bulunmaktadırlar. Bir kere, Sened-i İttifak şartlarına aykırı bir hareketi kanıtlanmadıkça, âyanlardan birisine devlet veya devletin taşradaki görevlilerinden “taarruz vukua gelir ise uzak yakın denilmeyip” cümlesinin taarruzu def etmek için çalışacaklarını taahhüt etmektedirler. İkinci olarak, bir âyanın ölmesi durumunda, vükelânın ölen âyanın hanedanını koruyacağı öngörülmektedir. Üçüncü olarak, taşra memalik hanedanları da kendi yönetimleri altındaki âyanları ve ileri gelenleri koruyacaklarına söz vermektedirler (ol hanedanlar dahi zîri idarelerinde olan âyanlara ve vücuha zamin olalar). Dördüncü olarak, hanedanlar kendi “hududundan hariç bir karış mahalle taarruz ve tasaddi” etmemeyi taahhüt edip, edenleri ise “cümleten davacı olup men” eyleyeceklerini bildirmektedirler. Beşinci olarak, “fukaraya zulm” edenlerin “te’dip ve terbiyesine say olunacağı (çalışılacağı)” öngörülmektedir.

Altıncı şarta göre, Başkentte asker “ocaklarından ve saireden bir güna fitne ve fesad hadis olur ise”, çağrı beklemeksizin “cümle hanedanlar” başkente gelmeyi ve ayaklananları bastırmayı taahhüt etmektedirler.

Yedinci şartta, senedi imzalayanlar, “fukara ve reayanın himayet ve siyanetinin esas olduğunu” hatırlattıktan sonra, hanedanların idareleri altında bulunan kazalarda “fukara ve reayanın” vergilendirilmesinde “hadd-i itidale riayet hususuna dikkat” edeceklerine söz vermektedirler. Keza, vükelâ ve memleket hanedanları zulmün kaldırılmasını (ref'i mezalim ve taaddi) aralarında kararlaştırmakta ve şayet şeriata aykırı şekilde zulüm eden olursa, onu hep beraber men etmeyi taahhüt etmektedirler.

Bundan sonra, bu yedi şartın “hilafına hareket edilmemek üzere” Allah adına yemin (kasem billah) ve onun Resulü üzerine söz verildiği (ahd birresul) ve bu durumun belgelendirilmesi için bu senedin kaleme alındığı belirtilmektedir.

Sened-i İttifak bir zeyl ile sona ermektedir. Burada, senedin devamlı olarak uygulanabilmesi (aleddevam düstûrül amel tutulması) için bundan sonra sadrazam ve şeyhülislâm olacakların makamlarına geçer geçmez bu senedi imzalamaları

öngörülmektedir. Sened-i İttifak, içerdiği şartların devamlı icrasına bizzat Padişahın “nezaret” edeceğini öngörmektedir.

Sened-i İttifaktan bir kere Padişah ve sadrazam kısacası merkez birtakım avantajlar elde etmektedir. Diğer taraftan Sened-i İttifak âyanlara da birtakım güvenceler sağlamaktadır. Nihayet, Sened-i İttifakta birtakım genel kazanımlar da vardır. Tanör, Sened-i İttifak’ın getirdiklerini üç ayrı grupta sınıflandırmaktadır<sup>84</sup>:

a) Merkezin Kazanımları: Padişahın ve devletin otoritesini herkesin kabul etmesi (şart 1); sadrazama itaat (şart 4); vergi toplanmasına ilişkin emirlere uyma (şart 3); asker ocaklarının Padişaha itaati (şart 1, 2, ve 6); âyanların kendi toprakları dışına müdahale etmemesi (şart 5)<sup>85</sup>.

b) Âyanların Kazanımları: Sadrazamın keyfi eylemlerinin önlenmesi (şart 4); suçsuz âyanlara haksızlık edilmemesi; hanedan haklarının babadan oğula geçmesinin kabul edilmesi; büyük âyanların idare alanlarının tanınması, büyük âyanların kendilerine bağlı küçük âyanlar üzerindeki egemenliklerinin tanınması (şart 5). Âyanların bu kazanımları fiilî feodal statülerine süreklilik ve hukukîlik kazandırmak demektir<sup>86</sup>.

c) Genel Kazanımlar: Genelde Türk anayasa hukuku literatüründe Sened-i İttifakın merkez ve âyanları ilgilendirdiği, halkı alâkadar etmediği ileri sürülmüşse de bu doğru değildir. Bu iddiayı ileri sürenler pek muhtemelen Sened-i İttifakın metnini okumamışlardır. Yukarıdaki özetlerden de görüldüğü gibi, Sened-i İttifakta “fukara ve reaya ” ile ilgili şartlar da vardır. Sened “fukara ve reayanın himayet ve siyanetinin esas” aldığını (şart 7) açıkça ilân ediyordu. Sened-i İttifak, “fukara ve reaya”nın korunmasını, “fukara ve reayanın” vergilendirilmesinde ölçülü (hadd-i itidale riayet) davranılmasını (şart 7); ve keza “fukara ve reaya”ya zulm edilmemesini öngörüyordu (şart 5 ve 7). Görüldüğü gibi Sened-i İttifak yoksulları ve yönetilen halkı da koruyucu şartlar içermektedir. “Fukara ve reaya”yı koruyucu özel şartların yanında, Sened-i İttifakta genel koruyucu şartlar da vardır. Sadrazamın kanuna aykırı işlere girişmemesi (şart 4); suç işlenmesi durumunda soruşturma yapılmadan ceza verilmemesi (şart 5) gibi.

---

<sup>84</sup> Tanör (1995): s.37-38.

<sup>85</sup> Tanör (1995): s.37

<sup>86</sup> Tanör (1995): s.38

Tanör 'ün gözlemediği gibi<sup>87</sup>, kazanımlar sadece merkez ve âyanları değil, geneli ve kamuyu, kısacası halkı da ilgilendirmektedir.

Sened-i İttifak, 7 Ekim 1808'de imzalanmıştır. Sened-i İttifakın arkasındaki güç olan Alemdar Mustafa Paşa ise, 15 Kasım 1808'de yeniçeriler tarafından çıkarılan olaylar neticesinde ölmüştür<sup>88</sup>. Böylece Sened-i İttifak etkisini büyük ölçüde yitirmiş, kendisinden bahsedilmez olmuştur. Keza Sened-i İttifakın zeylinde her yeni sadrazam tarafından senedin imzalanması öngörülmüştü. Oysa Sened-i İttifak, Alemdar Mustafa Paşa'nın yerine geçen sadrazamlar tarafından imzalanmamıştır<sup>89</sup>.

Sened-i İttifak çok değişik değerlendirmelere konu olmuştur. Bu değerlendirmelerin bir özeti ve eleştirisi Tanör tarafından yapılmıştır<sup>90</sup>. Tanör, Sened-i İttifakı değerlendiren yazarları üç gruba ayırmaktadır<sup>91</sup>. Birinci grup yazara göre<sup>92</sup>, Sened-i İttifak, âyanların merkeze zorla kabul ettirdikleri bir belgedir<sup>93</sup>. Diğer bir grup yazara göre ise<sup>94</sup>, Sened-i İttifak, merkezin, yani sadrazam Alemdar Mustafa Paşanın âyanlara bir dayatmasıdır. Üçüncü bir grup yazar ise<sup>95</sup>, bu iki görüş arasında uzlaştırıcı bir görüş ileri sürmektedir. Bu görüşe göre, Sened-i İttifak merkezin âyanlara tek yanlı olarak dayattığı bir belge değil, esas olarak merkez kaynaklı, ama âyanlarla bir "anlaşma"yı, "uzlaşmayı" simgeleyen bir metindir.

Bu üç yaklaşımı karşılıklı olarak inceleyen ve değerlendiren Tanör, üçüncü yaklaşımı daha doğru buluyor<sup>96</sup>. Zira, bir kere "Meşveret-i Amme" âyanlardan gelen

---

<sup>87</sup> Tanör (1995): s.37-38.

<sup>88</sup> Danişmend, İsmail Hami, **İzahlı Osmanlı Tarihi Kronolojisi**, İstanbul, Türkiye Yayınevi, 1972, Cilt IV, s.95-97.

<sup>89</sup> Tanör (1995): s.40.

<sup>90</sup> Tanör (1995): s.40-51.

<sup>91</sup> Tanör (1995): s.40-42.

<sup>92</sup> İnalçık, Halil, "Sened-i İttifak ve Gülhane Hatt-ı Hümayunu", **Bellekten**, Cilt XXXVIII, 1962, Sayı 112, s.603; Karal, Enver Ziya, **Osmanlı Tarihi**, Türk Tarih Kurumu Yayınları, Cilt 5-9, Ankara 1994; Okandan (1971):s.57; Soysal (1997): s.19; Eroğul, Cem, **Anatüze Giriş "Anayasa Hukukuna Giriş"**, İmaj Yayıncılık, Altıncı Baskı, Ankara 2000, s.201; Üçok, Coşkun- Mumcu, Ahmet, **Türk Hukuk Tarihi**, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Üçüncü Baskı, 1982, s.307.

<sup>93</sup> Mümtaz Soysal bu konuda şöyle yazıyor: "Silahlı adamlarıyla birlikte İstanbul yakınında çadır kuran âyan ve beyler, daha önce hazırlayıp 'ittifakname' adını verdikleri bir metni Padişah II. Mahmut'un görevlilerine Kâğıthane'de Çağlayan Köşkü'nde kabul ettirmişlerdir" (Soysal (1997): s.19). Bülent Tanör'ün isabetle gözlemediği gibi, "İttifakname metnini daha önce âyanlar tarafından hazırlandığını gösterecek hiçbir bilgi yoktur (Tanör (1995):s.43) Senedin "önceden hazırlanması" Mümtaz Soysal'ın bir "buluşu"dur.

<sup>94</sup> Kubalı, Hüseyin Nail, **Türk Esas Teşkilât Hukuku**, Tan Matbaası, İstanbul, 1960, s.49.' 'dan aktaran Kaboğlu (1990): s.149

<sup>95</sup> Özçelik, Selçuk, "Sened-i İttifak", **İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası**, Cilt, XXIV, 1958, No 1-4, S.1 s.11.' den aktaran Kaboğlu (1990): s.149.

<sup>96</sup> Tanör (1995):s.42.

bir istek sonucu toplanmamıştır. Âyanlar İstanbul'a sadrazam tarafından çağırılmıştır. Kaldı ki, âyanların hepsi de toplantıya gelmemiştir. Sened-i İttifakı imzalayanlar arasında 21 kişinin sadece 4'ü âyandır<sup>97</sup>. Gerisi ulema ve vüzeradır. Keza Sened-i İttifakın içeriği incelendiğinde merkezin âyanlara oranla daha kazançlı çıktığı görülmektedir<sup>98</sup>. Ancak, yine Tanör'ün haklı olarak belirttiği gibi, Sened-i İttifak merkezin âyanlara bir dayatması olarak da görülemez. Zira böyle olsaydı bir "sened"e gerek kalmaz, bu şartlar bir "buyruk" şeklinde açıklanırdı. O halde burada bir iki taraflılık vardır. Âyanlar bir taraf olarak görülmektedir<sup>99</sup>.

Sened-i İttifakın değeri konusunda değişik görüşler vardır. Bu görüşler yine Tanör tarafından özetlenmiş ve açıklanmıştır.

Birinci görüşe göre, Sened-i İttifak Osmanlı anayasal gelişmeleri bakımından "olumlu" bir ilerlemedir. Onar 'a göre, Sened-i İttifak , hukuk devletine doğru atılmış ilk adımdır<sup>100</sup>, Kubalı'ya göre, merkezî devletin mutlakiyetinin feodal bir sistemde sınırlandırılması ve dolayısıyla mutlak monarşiden meşrutî monarşiye geçişin ilk adımı<sup>101</sup>, Aldıkaçtı'ya göre ise iktidarın müstebid karakterinin sınırlandırılması ve dolayısıyla demokrasi düzenine gidişin ilk çabasıdır<sup>102</sup>. Bu görüşte olanlar Sened-i İttifakın uygulanamamış olmasına üzölmektedirler. Onlara göre Sened-i İttifak uygulanabilseydi, zamanla mutlak monarşiden meşrutî monarşiye ve hatta âyanların temsil edildiğı parlâmentolu bir monarşiye geçilebilirdi.

İkinci görüş taraftarları ise, Sened-i İttifakın demokratikleşme sürecinde olumlu bir adım olduğı fikrine karşı çıkmaktadırlar. Tanör'ün gözlemlediğı gibi, bu yazarların ortak gerekçesi, Sened-i İttifakın itici gücü olarak kabul edilen âyanların, yani feodalitenin, "çağdış" niteliğidir. Örneğın Avcıoğlu 'na göre, Sened-i İttifak, bir "utanç belgesi"dir<sup>103</sup>, "eşkiyalığın meşrulaştırılması"dır<sup>104</sup>. Tanilli'ye göre de, Sened-i İttifak, "bir ileri atılım değıil, aslında merkezî otoritenin zayıflamasıyla feodaliteye doğru çözümlenin bir simgesidir"<sup>105</sup>. Soysal'a göre de, "Sened-i İttifak âyanın elde ettiğı hakları devlet ileri gelenlerine karşı korumak, derebeyliğı de Avrupa'daki

<sup>97</sup> İmzalayanların isimleri için bkz. Ahmed Cevdet Paşa, **Tarih-i Cevdet**, İstanbul, Üçdal Neşriyat, 1994, Cilt 4-6 s.2243.

<sup>98</sup> Tanör (1995): s.42.

<sup>99</sup> Tanör (1995): s.42.

<sup>100</sup> Onar (1966): s.46.'dan aktaran Tanör (1995): s.42.

<sup>101</sup> Kubalı(1960): s.50. 'dan aktaran Tanör (1995): s.42.

<sup>102</sup> Aldıkaçtı, (1982): s.36-39. 'dan aktaran Tanör (1995): s.42.

<sup>103</sup> Avcıoğlu, Doğan, **Türkiye'nin Düzeni**, Tekin Yayınevi, Birinci Kitap, İstanbul, 1990, s.72. 'dan aktaran Tanör (1995): s.43.

<sup>104</sup> Avcıoğlu (1990): s.72. 'dan aktaran Tanör (1995): s.43.

<sup>105</sup> Tanilli (1984): s.80. 'dan aktaran Tanör (1995): s.42.

feodalite düzeni gibi “meşrulaştırarak” hakların babadan oğula geçmesini sağlamak amacını gütmekteydi”<sup>106</sup>. Keza Eroğul da Sened-i İttifakı olumsuz bir gelişme olarak görmektedir. Ona göre, “Batı’dakinin aksine bu sınırlandırmadan yararlananlar burjuvazi ile halk değil, bunların baş düşmanı olan yoz bir derebeyliktir”<sup>107</sup>.

Birinci görüşün ne derece doğru olduğu tartışmalıdır. Ancak ikinci görüşün ideolojik niteliği ortadadır. İkinci görüşün temelinde, âyanların feodal bir sınıf olduğu görüşü ve feodalizmin “çağ-dışı” olduğu yolunda saplantı yatar. Tanör’ün haklı olarak belirttiği gibi, bu görüş sahipleri âyan tabakasının niçin ilerici atılımlarda yer alamayacağını ispatlamamaktadırlar<sup>108</sup>. Tanör bu görüşün tersinin mümkün olabileceğini düşünüyor. Yazara göre, 19’uncu yüzyılda Balkanlarda Hıristiyan milletlerin feodal unsurları, anayasalı rejimlere götüren gelişmeler içinde yapıcı roller oynamışlardır. Keza feodal unsurlar 20’nci yüzyılda Türkiye, İran ve Afganistan’da da olumlu roller üstlenmişlerdir<sup>109</sup>.

Gözler’e göre, Sened-i İttifak ın siyasal gelişmeler içinde “olumlu”mu, yoksa “olumsuz” bir rol mü üstlendiğini incelemek hukuk biliminin inceleme sahasına girmez. Sened-i İttifakın demokratikleşme yolunda “ilerici bir atılım” mı, yoksa çağ-dışı, “yoz derebeylik” hareketi mi olduğu hukuk bilimiyle alâkalı bir konu değildir. Yukarıda ileri sürülen argümanlar tamamıyla ideolojik değer yargıları üzerine kuruludur. Belki, Sened-i İttifakın Türkiye’deki demokratikleşme sürecine katkısı, sosyoloji açısından incelenebilir. Ancak bu her halükârda hukuk biliminin dışında kalır<sup>110</sup>.

Sened-i İttifak bir anayasa mıdır? Gözler’e göre bu soruya cevap vermek için her şeyden önce, “anayasa”dan ne anlamak gerektiğini belirtmek gerekir. Bilindiği gibi, anayasa biri maddî, diğeri şeklî olmak üzere iki değişik anlamda tanımlanmaktadır<sup>111</sup>.

Maddî anlamda anayasa, devlet organlarının kuruluşunu, işleyişini ve bireylerin devlet karşısında sahip oldukları temel hak ve özgürlükleri belirleyen, yazılı veya teamülî, kuralların bütünüdür<sup>112</sup>. Bu anlamda Sened-i İttifak anayasal

<sup>106</sup> Soysal (1997): s.19’dan aktaran Tanör (1995): s.43.

<sup>107</sup> Eroğul (2000) s.201. ’den aktaran Tanör (1995): s.43.

<sup>108</sup> Tanör (1995):s.51.

<sup>109</sup> Tanör (1995):s.51.

<sup>110</sup> Gözler (2000a) : s. 9

<sup>111</sup> Gözler (2000a) : s. 10

<sup>112</sup> Gözler (2000a) : s. 9; Aldıkaçtı, (1982): s.57.

niteliktedir. Zira yukarıda görüldüğü gibi Sened-i İttifakta, devlet organları arasındaki ilişkiler ile “âyan”, “fukara ve reaya”nın bazı hakları düzenlenmektedir.

Şeklî anlamda anayasa ise, normlar hiyerarşisinde en üst sırayı işgal eden ve kanunlardan farklı ve daha üstün bir usûlle konulan ve değiştirilebilen hukuk kurallarının bütünü olarak tanımlanmaktadır<sup>113</sup>. Şeklî anlamda Sened-i İttifakın anayasal nitelikte olmadığı açıktır. Zira Sened-i İttifakta kendisinin kanunlardan üstün olduğuna ilişkin bir ibare olmadığı gibi, değiştirilmesi için de özel bir usûl öngörülmemiştir.

O halde Sened-i İttifak maddî olarak anayasal nitelikte dir; ama şeklî olarak bir anayasa değildir. Buna göre Sened-i İttifakı bir “anayasa” olarak değil, “maddî anlamda anayasal nitelikte olan bir belge” olarak görmek daha uygun olacaktır.

Sened-i İttifak şeklî kritere göre bir anayasa olmasa da, maddî kriter açısından onun anayasal niteliğinin altını özenle çizmek gerekir. Sened-i İttifak ile devlet iktidarı resmen sınırlandırılıyor; âyanlar ile “fukara ve reaya” çok sınırlı da olsa birtakım haklar tanınıyordu. Türk tarihinde ilk defa devlet iktidarının sınırlandırılabilceği, devlet iktidarının dokunamayacağı sahaların olduğu bu belgeyle kabul edilmiştir<sup>114</sup>. Devlet iktidarını sınırlandırmayı amaçlayan bir girişim olarak Sened-i İttifak, Türk tarihinde ilk “anayasal belge”dir<sup>115</sup>. O halde Türkiye’deki “anayasacılık hareketleri”ni Sened-i İttifak ile başlatmakta bir yanlışlık yoktur.

## 2. Tanzimat Fermanı ve Dönemi(1839 Gülhane Hattı Hümayun)

Fermanda Padişah, devletin iyi idaresi (hüsn-ü idare ) için yeni kanunların (kavanin-i cedide ) çıkarılmasının lazım geldiğini belirtmektedir. Tanzimat Fermanı biçim bakımından, Sened-i İttifak gibi şart şart veya madde madde değildir. Tanzimat Fermanında bir yandan birçok temel hak ve özgürlük tanınmış, diğer yandan da devlet iktidarının kullanılmasına ve sınırlandırılmasına ilişkin birçok ilke kabul edilmiştir. Ancak bu haklar ve ilkeler oldukça dağınık ve iç içe girmiştir<sup>116</sup>.

3 Kasım 1839'da ilan edilen Tanzimat Fermanı'nın kamu hukukumuzda büyük bir dönüm noktasını oluşturduğunda kuşku bulunmamaktadır. Tanzimat

<sup>113</sup> Gözler (2000a) : s. 9; Aldıkaçtı, (1982): s.57.

<sup>114</sup> Gözler (2000a) : s. 10; Aldıkaçtı, (1982): s.38; Arsel, İlhan, **Türk Anayasa Hukukunun Umumi Esasları**, Ankara, Mars Matbaası, 1965.s.17.

<sup>115</sup> Gözler (2000a) : s. 10; Eroğul (2000): s.174.

<sup>116</sup> Gözler (2000a):s.3

üzerine Hukuk Devleti açısından yapılacak saptamalar, Ferman'ın açmayı hedeflediği dönem için olduğu denli Türkiye Cumhuriyeti'nin temel ilkelerinden birinin gerçekleşme derecesini belirleme bakımından da önem taşımaktadır<sup>117</sup>.

Belli bir hukuk ve devlet düzeni anlayışını yansıyan Hukuk Devletinde, normlar hiyerarşisi ilkesi geçerli olup, erkler (kuvvetler) ayrılığı kuranı ve uygulamasıyla, devletin üstün otoritesine karşı bireyin korunması amaçlanmaktadır. Bu çerçevede öncelikle yürütme ve idare işlemlerinin yargısal denetim gereği yanında, yasayı yapan organla bunu denetleyen organ birbirinden ayrılmıştır. Faaliyetlerine nesnel sınırlamalar getirilen devlet, toplumun özerkliğine saygılı olup meşru görevlerinin dışına çıkmayan devlettir. Toplumsal ve siyasal örgütlenmede, birey özgürlüğüne, bireyin üstünlüğü düşüncesine dayanan Hukuk Devleti, bir insan hakları devletidir. Bu devlette demokrasi anlayışı geçerlidir<sup>118</sup>.

Bu ilkelerin tohumları Tanzimat Fermanı ile ekilmiştir. Can, mal ve ırz güvenliklerini sağlayıcı ifadeler; vergi ve yargı işlemlerinin adaletle sağlanması buyruğu; kanunsuz suç ve ceza olmaz, yargılamasız kimseye ceza verilmez ilkelerinin tanınması; hukuk devletine doğru ilk adımların atılmış olduğunu gösterir. Yasallık ve eşitlik ilkeleri, bu yolda kanunlaştırma hareketlerinin başlatılmış olması, Padişah'ın sınırsız gücünün, kendini sınırlama ilkesiyle belli kayıtlara bağlanacağı anlamına gelir. İktibas yoluyla, modern hukuk ve devletin temellerinin atılmış olduğu söylenebilir. Aynı dönemde, Batı'dan alınan kurumlar, hukuk kurallarını yaşama geçirmek amacına yönelmiştir<sup>119</sup>.

Tanzimat Fermanı olarak da anılan Gülhane Hattı Hümayunu'nda (26 Şaban 1255), Hukuk Devleti ile ilişkilendirilebilecek şu belirlemeler yer almaktadır<sup>120</sup>: “...Devleti Aliye ve memaliki mahrusamızın hüsnü idaresi zımında bazı kavanini cedide vaz'ı ve tesisi lâzım ve mühim görünerek işbu kavanini mukteziyenin mevaddı esasiyesi dahi emniyeti can ve mahfuziyeti ırz ve namus ve mal ve tayini vergi ve asakiri muktaziyenin sureti celp ve müddeti istidamı kaziyelerinden ibaret olup..”

Kaboğlu'na göre ferman metninde şu deyimlerin altı çizilebilir<sup>121</sup>: “kavanini cedide”, “kavanini mukteziye”, “kavanini icabiye ile tahdit ve tebyin olunup”, “kavanini

---

<sup>117</sup> Kaboğlu (1990):s. 164.

<sup>118</sup> Kaboğlu (1990):s. 164-165.

<sup>119</sup> Kaboğlu (1990):s. 165.

<sup>120</sup> Kaboğlu (1990):s. 149, Tanzimat Fermanı olarak da anılan Gülhane Hattı Hümayunu metni için bkz; Tanilli (1976): s.108–111.

<sup>121</sup> Kaboğlu (1990):s. 149.

nizamîye hasıl olmadıkça”, “kavanini şer’iye iktizasınca”, “emniyeti can ve mal tayini vergi hususlarına dair kavaninin mukteziye kararlaştırılıp”, “herbir kanun karargir oldukça”, “işbu kavanini şer’iyye”. “mahsusen ceza kanunnamesi dahi tanzim ettirilsin”, “kanunu kavi”, “bu kavaninin müessesenin”.

3 Kasım 1839 Ferman’ında öngörülen başlıca ilkeler şunlardır<sup>122</sup>: can, mal ve ırz güvenliğinin sağlanması; vergi ve adalet işlerinin adil bir şekilde sağlanması; kanunsuz suç ve ceza olmaz, yargılamasız kimseye ceza verilemez ilkelerinin tanınması.

Hukuk devleti açısından önem taşıyan güvenlik ilkesi ile hukukun genel ilkeleri olarak nitelendirilebilecek kimi İlkelerin tanındığı Tanzimat Fermanı’nda öne çıkan kavram ve ölçüt “kanun”dur. Yasallık İlkesinin sürekli vurgulanması ile kanunlaştırma hareketleri başlatılmış bulunmaktadır.<sup>123</sup>

Tanzimat döneminin değerlendirilmesine gelince; Daha çok siyaset bilim çevrelerinde görülen bir yaklaşım, Tanzimat dönemini, Osmanlı İmparatorluğu’nun yarı sömürgeleşmesinin üstyapıdaki (hukuk, siyaset, ideoloji) bir yansıması olarak ele almaktadır<sup>124</sup>.

Kaboğlu konuya Hukuk Devleti kavramıyla sınırlı olarak baktığımızda şu gözlemleri yapabileceğimizi belirtmektedir<sup>125</sup>:

Bir kez, Gülhane Hattı Hümayunu, Osmanlı uyruklarına ve halklarına kimi hak ve güvenceler tanımaktadır<sup>126</sup>. Bu tanıma biçiminde yasallık ve eşitlik ilkeleri ön plana çıkmaktadır. Ancak Ferman’ın hukuksal nitelemesi değişik biçimlerde yapılmaktadır: GHH, Padişah’ın uyruğuna birtakım vaatlerde bulunduğu tamamıyla tek taraflı bir tasarruftur.<sup>127</sup> Gönüllü bir kendini sınırlama belgesi olup bir şart, bir berattır.<sup>128</sup> Kapani ve Onar’a göre Tanzimat Fermanı halka ilan edildiği gibi yabancı elçilere de bildiriliyor ve bu suretle o güne kadar mutlak ve takdiri bir

<sup>122</sup> Kaboğlu (1990):s. 149.

<sup>123</sup> Kaboğlu (1990):s. 149, dipnot 39; Kanunlaştırma konusuyla ilgili olarak bkz; Azrak, Ali Ülkü, “Tanzimattan Sonra Resepsiyon” **Tanzimat’tan Cumhuriyete Ansiklopedisi**, 1983, s.603–606; Okandan (1971): s 111–115.

<sup>124</sup> Kaboğlu (1990):s. 150; Tanör, Bülent, **Osmanlı İmparatorluğu’nda Anayasal Gelişmeler(Ders Notları)**, İstanbul 1982, s.16.

<sup>125</sup> Kaboğlu (1990):s. 150.

<sup>126</sup> Kaboğlu (1990):s. 150; Tanzimat Fermanı olarak da anılan Gülhane Hattı Hümayunun hak ve özgürlükler için getirdiği yeniliklerin yorumu için bkz. dipnot 41.

<sup>127</sup> Kaboğlu (1990):s. 151; Onar (1966): s.149.

<sup>128</sup> Kaboğlu (1990):s. 151.

salahiyete haiz olan padişah ve onu temsil eden hükümet artık bir hukuk kaidesi ile kendisini içeriye ve dışarıya karşı bağlamış oluyordu. Artık Omsalı İmparatorluğu şeklen ve görünüşte hukuka bağlı devlet durumuna gelmiş bulunuyordu<sup>129</sup>. Ferman, idari, mali, askeri ve adli reformlar programı<sup>130</sup> veya yalnızca bir ilkeler bildirgesi<sup>131</sup> olarak da nitelenmektedir.

İkinci olarak, GHH ile başlatılan kanunlaştırma döneminde, Batı'dan Hukuk Devletinin temellerini oluşturan kural ve kurumlar alınarak bu yolda ilk adımlar atılmıştır. Üçüncü olarak ise, anlayışlar yönünden değişimler olmuş, bir fikri hazırlık dönemi yaşanmıştır. Son olarak uygulamada, kişi güvenliği ve dokunulmazlığı üzerine olumlu ilerlemeler kaydedilmiştir. "Köle ticareti başkentte tamamen kalkmış, keyfi ve gizli idamlar, işkenceler seyrekleşmiş, askeri ve sivil feodalitelerin yerli halklar üzerindeki baskıları azalmıştır"<sup>132</sup>.

Kaboğlu'na göre nitelendirme nasıl yapılırsa yapılsın, Tanzimat Fermanı, getirdiği kavram ve kurumlarla, anlayışlarda yaptığı değişikliklerle modern devlet ve kurumlarının temellerini atmış, hukuk devletine giden dönemi açmıştır. Aslında Tanzimat Fermanı ve dönemi, günümüz, anlayış ve bakış açısına göre değil, Hukuk Devleti'nin evrimi açısından değerlendirilmelidir. Bu bakımdan, yaptırım gücü bulunmasa da, yetersiz de olsa, geriye dönüşlere tanık olursa da, Gülhane Hattı Hümayunu ve Tanzimat döneminin ülkemizde Hukuk Devleti yolundaki evrimin ilk adımı olduğu öne sürülebilir<sup>133</sup>.

Bununla birlikte, Tanzimat, laik hukukla şer'i hukukun, laik öğretim kurumlarıyla dini kurumların yan yana bulunduğu bir ikilem dönemini açmış ise de, bu ikilem ve evrimin sonraki gelişmeler için önemli aşamalar oluşturduğu öne sürülebilir. Gerçekten, Birinci Meşrutiyeti kuran 1876 Kanuni Esasi'si, Tanzimat'ın kurum ve kuralları ilke olarak korumuştur. Uygulama süresi kısa olan bu ilk anayasa, 1908'de bazı önemli değişikliklerle yürürlüğe konarak, erkler (kuvvetler) ayrılığı ilkesi ve başlıca özgürlükler tanınmıştır. Böylece, Tanzimat'tan

<sup>129</sup> Kapani, Münci, **Kamu Hürriyetleri**, AÜHF Yayınları, Altıncı Baskı, Ankara, 1981, s. 91; Onar (1966): s.150.

<sup>130</sup> Kaboğlu (1990):s. 151; Tanzimat Fermanı bazı yabancı yazarlar tarafından da siyaset bilimi açısından gerçek bir devrim olarak yorumlanmaktadır. Bkz. dipnot 44.

<sup>131</sup> Kaboğlu (1990):s. 151; dipnot 44.

<sup>132</sup> Kaboğlu (1990):s. 151; Tanör (1982): s.16.

<sup>133</sup> Kaboğlu (1990):s. 151.

yetmiş yıl sonra, yüzyılımızın başında Hukuk Devletinin gerçekleşmesi yolunda önemli ilerlemeler kaydedilmiş olmaktadır<sup>134</sup>.

### 3. Kanun-i Esasi (1876 Anayasası)

Kanun-u Esasî, Padişah tarafından atanan “Cemiyet-i Mahsusa” isimli bir kurul tarafından hazırlanmıştır. Bu kurulun başkanı Server Paşadır. Kurulda iki asker, 16 sivil bürokrat (üçü Hristiyan) ve ulemadan 10 kişi vardır<sup>135</sup>. Cemiyet-i Mahsusa Mithat Paşanın ve Sait Paşanın hazırladığı önceki tasarlardan ve yabancı anayasalardan (Belçika, Polonya, Prusya) da yararlanarak Kanun-u Esasînin tasarısını hazırladı. Tasarı Mithat Paşanın başkanlığındaki Heyet-i Vükelâdan geçti. Neticede Padişah tarafından kabul ve ilân edildi<sup>136</sup>. Görüldüğü gibi Kanun-u Esasî, halkı temsil eden bir kurucu meclis tarafından hazırlanmamıştır. Keza Kanun-u Esasînin kabulü için bir kurucu referandum da yapılmamıştır<sup>137</sup>. Kanun-u Esasî, hukukî olarak Padişahın tek yanlı bir işleminden doğmuştur. Kanun-u Esasî hukukî biçimi itibarıyla “ferman”dır<sup>138</sup>.

Osmanlı Devletinin ilk Anayasası olarak nitelenen Kanuni Esasi (1876)<sup>139</sup> 'nin Hukuk Devleti ile ilişkilendirilebilecek bazı hükümleri şunlardır<sup>140</sup>: “Osmanlıların kâffesi hürriyeti şahsiyetlerine malik ve aherin hukuku hürriyetine tecavüz etmemekle mükelleftir.” (md. 9). “Hürriyeti şahsiye her türlü taarruzdan masundur, Hiç kimse kanunun tayin ettiği sebep ve suretten maada bir bahane ile mücezat olunamaz” (md. 10). “Matbuat kanun dairesinde serbesttir.” (md. 12).”Yapılacak usulü muhakeme kanunu hükmünce hiç kimse kanunen mensup olduğu mahkemeden başka bir mahkemeye gitmeye icbar olunamaz” (md. 23).”İşkence ve sair her nevi eziyet katiyen ve külliyen memnudur” (md. 26).

<sup>134</sup> Kaboğlu (1990):s. 165.

<sup>135</sup> Gözler (2000a):s.19; Tanör (1995):s.111. Kanun-u Esasînin hazırlanmasındaki olaylar için bkz. Karal (1994): s.222.

<sup>136</sup> Gözler (2000a):s.19; Tanör (1995):s.111.

<sup>137</sup> Gözler (2000a):s.19; Tanör (1995): s.111.

<sup>138</sup> Gözler (2000a):s.19; Tanör (1995): s.111.

<sup>139</sup> Kaboğlu (1990):s. 152; Kanun-i Esasi hazırlanış şekli için Bkz. Tanör, Bülent, **Osmanlı Türk Anayasal Gelişmeleri (1789-1980)**, Yapı Kredi Yayınları, İstanbul, 2006. s.121-164.

<sup>140</sup> Kaboğlu (1990):s. 152.

Kaboğlu, Anayasanın dilekçe hakkı (md. 14), eşitlik ilkesi (md. 17) ve yargılamaya ilişkin hükümleri (md. 81, 82, 83, 86) de Hukuk Devleti gereklerine aykırı düşmeyecek maddeler olarak yorumlanabileceğini belirtmektedir<sup>141</sup>.

Ayrıca Kanuni Esasi'de Hukuk Devletinin gereklerini yansıtırma yönünden şu deyimler de dikkat çekmektedir<sup>142</sup>: “Kanunen muayyen”, “hukuku hürriyeti”, “hürriyeti şahsiye”, “kanunun tayin ettiği”, “kanun dairesinde”, “nizam ve kanun dairesinde”. “kanuna tebaiyet”, “kanunu mucibince”, “kanunun tayin eylediği”, “kanunen mensup olduğu muhkeme”, “kanuna müstenit”, “hukuk nizamı”, “hâkimler layenazıldır”, “muhakeme alenen cereyan eder”, “mahkemeler her türlü müdahelattan azadedir”.

Kaboğlu makalesinde 1876 Anayasası hükümlerinin ve öngördüğü sistemin Hukuk Devleti açısından nasıl değerlendirilebileceğini sorgulamaktadır<sup>143</sup>. Bir grup yazara göre öncelikle Kanunî Esasi'nin niteliğinin ne olduğunu belirlenmesi gerekmektedir: Kanuni Esasi, Anayasa'dan çok, Padişah tarafından tek yanlı bir işlemle bahşedilen bir Anayasal şart ve daha çok bir Şart (Ferman) olarak nitelenir<sup>144</sup>.

Normlar hiyerarşisi bakımından, Kanuni Esasi ile Anayasa ve yasa ayrımı şeklen de olsa yapılmaktadır. Kanuni Esasi'nin hükümlerini uygulamaya geçirecek konularda ve özgürlükler alanında “kanun”u ölçü almış olması normlar hiyerarşisinin hukuk devletinin ana ögesini oluşturan yasallık ilkesi bakımından önem taşımaktadır. Kanuni Esasi'de nizamnameden söz edilmekle, biçimsel de olsa, Anayasa, yasa ve yasa-altı normlar biçiminde bir basamaklanmanın ortaya çıktığı söylenebilir. Ne var ki, Anayasanın üstünlüğü söz konusu olmadığından, normlar hiyerarşisinin oluştuğunu öne sürme olanağı bulunmamaktadır<sup>145</sup>.

Devletin monarşik yapısını koruyan, teokratik niteliğini değiştirmeyen Kanuni Esasi'de, Heyeti Ayan ve Heyeti Mebusan olmak üzere iki Meclisten oluşan bir parlamento öngörülmüş bulunmasına karşın, yürütme faaliyeti ile kamu güç ve yetkileri hükümdarda toplanmış olduğundan ve daha önemlisi yasama

---

<sup>141</sup> Kaboğlu (1990):s. 152.

<sup>142</sup> Kaboğlu (1990):s. 152–153.

<sup>143</sup> Kaboğlu (1990):s. 153.

<sup>144</sup> Kaboğlu (1990):s. 152; Okandan (1971): s.146; Kapani (1981): s. 97; Onar (1966): s.151.

<sup>145</sup> Kaboğlu (1990):s. 153.

faaliyeti hükümdara tabi kılınmış bulunduğundan, erkler (kuvvetler) ayrılığından söz etmek mümkün görünmemektedir<sup>146</sup>.

Okandan'a göre<sup>147</sup>; "Anayasa, olayları daima Hükümdarın hak ve yetkileri yönünden mütalaa etmiş; yetkiyi sorumluluğu ve mükellefiyeti yalnız tek taraflı olarak mülahaza etmiştir." Böyle olmakla birlikte, Kanuni Esasi'de, yargı ile ilgili düzenlemelerde, bu organın bağımsızlığını sağlayıcı, hâkimlere güvence getirici ve yasal yargılama ilkelerini koruyucu kurallar dikkati çekmektedir<sup>148</sup>.

Kanuni Esasi'nin öngördüğü hükümler ve bunlar ışığında oluşturulabilecek hukukun içeriği bağlamında, yasallık ilkesi, hak, özgürlük ve eşitlik kavramları öne çıkmaktadır. Kullanımı bakımından yeni olan özgürlük sözcüğü yanında, yasa kavramının İlerisine geçilerek sınırlı ve belirsiz de olsa, İlk kez hukuk'tan söz açılmaktadır. Hukuk Devleti deyimine tamamen yabancı olan 1876 Kanuni Esasi'nin, öncelikle yargı organları ve yargılamaya ilişkin hükümleri göz önüne alındığında, bu kavramın içeriğini kısmen doldurmaya elverişli kurallara sınırlı da olsa yer verdiği öne sürülebilir. Burada kurallardan kasıt<sup>149</sup>; kimsenin yasayla bağlı olduğu mahkemeden başkasına gitmeye zorlanmaması, bir davaya ancak ait olduğu mahkemede bakılabilmesi, var olan mahkemeler dışında olağanüstü yargı mercilerinin kurulmaması, yargılamanın açık olması, herkesin mahkemelerde bütün yollardan yararlanarak kendisini ve davasını savunabilmesi vb. kurallardır. Onar'a göre Kanuni Esasi, Osmanlı İmparatorluğunda hukuk devleti hareketinin önemli bir aşamasını teşkil eder<sup>150</sup>. Kanuni Esasi'nin bireysel hakları ve özgürlükleri tanınmasıyla hükümdarın ve hükümetin yetkilerini sınırlayacağı varsayımı, belirtilen görüşün dayanağını oluşturmaktadır<sup>151</sup>.

1909 yılında Kanuni Esasi 'de yapıları değişiklikler, gerçek anlamda sınırlandırılmış bir monarşi düzenine geçişi ifade eder<sup>152</sup>. Parlamenter rejimi getiren Anayasa, kuvvetler ayrılığı ilkesini de benimsemiş olmaktadır. Saltanat makamının yetkileri sınırlandırılarak, padişah karşısında

---

<sup>146</sup> Kaboğlu (1990):s. 153; Okandan (1971): s.149–152.

<sup>147</sup> Okandan (1971): s.168.

<sup>148</sup> Kaboğlu (1990):s.153; Krş.; Tanör (1982): s.18.

<sup>149</sup> Kaboğlu (1990):s.154.

<sup>150</sup> Onar (1966): s.151.

<sup>151</sup> Onar (1966): s.155; Tanör (1982): s.22.

<sup>152</sup> Kaboğlu (1990):s.154.

milletvekillerinin üstünlüğü sağlanmaya çalışılmıştır<sup>153</sup>. “... Kanun niteliğini haiz üstün bir düsturlar manzumesi ile; Devletin yetkilerini, fonksiyonlarını, faaliyetini tayin ve tespit eden, Devletin organları arasındaki ilişkileri düzenleyen, modern manada bir Anayasa ile karşı karşıya bulunmaktadır.”<sup>154</sup>

Hukuk devleti açısından; normlar hiyerarşisinin belirginleştiği, erkler (kuvvetler) ayrılığı ilkesinin benimsendiği ve yargı denetiminin öngörüldüğü bir sistem karşısında bulunmamız nedeniyle, 1909 Kanuni Esasi değişiklikleri Hukuk Devleti'nin gelişiminde olumlu yönde değerlendirilmesi gerekmektedir<sup>155</sup>. Ayrıca hukukun içeriği öğesiyle, yeni hak ve özgürlüklerin tanınmış olması, basın üzerinde sansürün kaldırılmış bulunması, siyasal sistemdeki modernleştirilme ve demokratikleşme, Hukuk Devleti'nin gelişimi yönünden belirtilmeye değerdir<sup>156</sup>.

1908 yılına kadar hukuk bakımından yürürlükte kalan 1876 Anayasası dönemi için “ Bu sürede İmparatorluk hukuk bakımından bir Hukuk Devleti olmakla birlikte fiili bakımdan bir polis-devlet sistemi” uygulandığını belirten Onar'a göre<sup>157</sup>; “ İkinci Meşrutiyet devri... gerçekte pozitif hukuk bakımından ve tatbikat itibarıyla bu devre de polis-devlet sisteminden ileri gidememiştir.

#### **4. Teşkilatı Esasiye Kanunu(1921 Anayasası)**

1921 Teşkilât-ı Esasîye Kanununun görüşülmesi ve kabulünde katı anayasalar için öngörülen özel kurallar (nitelikli çoğunluk vs.) uygulanmamış, adı kanunlar için varolan usûller izlenmiştir<sup>158</sup>. Teşkilât-ı Esasîye Kanununun kabulünde 1876 Kanun-u Esasînin değiştirilme usûlünü öngören 116'ncı maddesindeki üçte iki çoğunluk kuralına uyulmamıştır.

Doktrinde yazarlar, 1921 Teşkilât-ı Esasîye Kanununun diğer Osmanlı ve Türk Anayasalarına göre hazırlanışı bakımından daha demokratik olduğunu not

---

<sup>153</sup> Okandan (1971): s.229.

<sup>154</sup> Okandan (1971): s.288.

<sup>155</sup> Kaboğlu (1990):s.154.

<sup>156</sup> Kaboğlu (1990):s.154–155.

<sup>157</sup> Onar (1966): s.155.

<sup>158</sup> Gözler(2000a):s.47; Tanör (1995):s.207.

etmektedirler. Örneğin, Özbudun'a göre, "Osmanlı Devleti ve Türkiye Cumhuriyetinde millî iradeyi lâıkiyle temsil eden bir meclis tarafından yapılmış tek anayasa, 1921 Anayasasıdır. 1876 Kanun-u Esasîsi, padişah tarafından atanmış bir komisyonca hazırlanıp, padişah fermanıyla ilân edilmiştir. 1924 Anayasası, tek parti egemenliğinin kurulmaya başladığı ve örgütlü bir muhalefetin mevcut olmadığı bir meclisçe yapılmıştır. 1961 ve 1982 Anayasalarını hazırlayan Kurucu Meclisler de, genel oya dayanan bir seçimle oluşmuş yasama organları değillerdi"<sup>159</sup>.

Tanör de aynı kanıdadır: "1921 Anayasası, hazırlanışı ve kabul özellikleri bakımından Osmanlı-Türk anayasacılığının en demokratik, belki de tek demokratik örneğidir"<sup>160</sup>.

Demirel de Türkiye'nin "1920-1923 arasında (Birinci Meclis dönemi) dünyanın en ileri demokrasilerinden birine sahip" olduğunu yazmaktadır<sup>161</sup>. 1921 Teşkilât-ı Esasîye Kanunu kendini "Kanun-u Esasî" olarak değil, "Teşkilât-ı Esasîye Kanunu" olarak isimlendirmiştir<sup>162</sup>.

## 5. Teşkilatı Esasiye Kanunu(1924 Anayasası)

İkinci dönem Türkiye Büyük Millet Meclisi, seçildikten hemen sonra, yeni bir anayasa yapma sorunuyla karşı karşıya kalmıştı. Zira, 1876 Kanun-u Esasîsi resmen ilga edilmemişti. 1921 Teşkilât-ı Esasîye Kanunu da yeni bir devletin ihtiyaçlarını karşılayacak derecede ayrıntılı değildi<sup>163</sup>.

İkinci dönem Büyük Millet Meclisi, yeni bir anayasa yapmak için özel olarak seçilmiş bir "kurucu meclis" değildi<sup>164</sup>. Anayasa tasarısı Kanun-u Esasî Encümeni tarafından hazırlandı. Hazırlanan tasarı Genel Kurula sunuldu. Mecliste hangi çoğunlukla kabul edileceği belli değildi. Meclis ilk önce bu konuda 11 Mart 1340 (1924) tarih ve 83 sayılı "Teşkilât-ı Esasîye Kanununun Ekseriyet-i Mutlakanın Sülûsan Ekseriyetiyle Kabul Edilmesine Dair Kararı" almıştır<sup>165</sup>. Bu karara uyularak,

<sup>159</sup> Gözler(2000a):s.47; Özbudun, Ergun, **1921 Anayasası**, Atatürk Araştırma Merkezi Yayınları, 1992, s.2.

<sup>160</sup> Tanör (1995):s.207.

<sup>161</sup> Gözler(2000a):s.47; Demirel, Ahmet, "1920-1923 Arasında Türkiye Dünyanın En İleri Temsili Demokrasilerinden Birine Sahipti", **Türkiye Günlüğü**, Mart-Nisan 2000, Sayı 60, s.6.

<sup>162</sup> Gözler(2000a):s.47; dipnot 13

<sup>163</sup> Gözler(2000a):s.57; Özbudun (1992): s.9.

<sup>164</sup> Gözler(2000a):s.57; Tanör (1995):s.241.

<sup>165</sup> Gözler(2000a):s.57; Kili-Gözübüyük (1985): s.108.

yeni Anayasa, toplantı yeter sayısı olan üye tam sayısının salt çoğunluğun üçte ikisinin oyu ile kabul edilmiştir. Yeni Teşkilât-ı Esasîye Kanunu 20 Nisan 1340 (1924) günü kabul edildi<sup>166</sup>.

Ulusal egemenlik temeline dayanan 1924 Anayasası, erkler (kuvvetler) ayrılığı ilkesini öngörmekte, meclis hükümeti ile parlamenter rejim arasında karma bir hükümet biçimini öngörmekteydi. Yargı yetkisi, Türk Milleti adına bağımsız mahkemelerce kullanılacaktı.

1924 Anayasası, Türkiye Cumhuriyeti'nin niteliklerini sayan 2 nci maddesinin ne ilk biçiminde, ne de 1928 ve 1937 değişikliklerinde “Hukuk Devleti” deyimine yer vermektedir. Anayasanın öteki maddelerinde de bu deyim rastlanmamaktadır. Kaboğlu makalesinde terminolojik olarak, “kanun” dışında sadece “hukuk” kavramına yer verildiğini belirtmektedir<sup>167</sup>: “Türklerin hukuku ammesi”, “hukuku siyasiyeyi”, “hukuku müdafaa”, “hukuku tabiiyeden”, “tabii hukukundan” deyimlerindeki 'hukuk' sözcüğü daha çok hak anlamında kullanılmaktadır. Cumhuriyetin ilk Anayasasında da “kanun” kavramının öne çıktığı gözlenmektedir: “kanunen muayyen”, “kanunu mucibince”, “kanun marifetiyle”, “kanunen tabi olduğu” gibi deyimler, yasallık ilkesini özellikle özgürlükler bakımından yansıtmaktadır.

Hukuk Devleti alanında asıl gelişme, Cumhuriyet rejimiyle; ulusal egemenliğin, erkler (kuvvetler) ayrılığı ilkesinin, hak ve özgürlüklerin tanındığı, idarenin yargısal denetiminin gerçekleştirildiği 1924 Anayasasıyla ve onu izleyen yıllarda, hukukun ve devlet düzeninin laikleştirilmesiyle sağlanmıştır. Demokratik rejim, Hukuk Devleti'nin gerçekleşme koşullarından biri olduğu halde, Hukuk Devletinin ilkeleri çok partili dönemde çığnenmiş, yasama organı üzerinde denetim gereği ortaya çıkmıştır<sup>168</sup>.

Genel olarak Anayasa hükümlerini Hukuk Devleti İlkeleri açısından değerlendirilecek olursa; normlar hiyerarşisi bakımından ilk kez açık olarak Anayasanın üstünlüğü ilkesi konarak hukuk düzenimizde bir kurallar basamaklanması olduğu söylenebilir<sup>169</sup>. “Teşkilat-ı Esasiye Kanununun hiç bir maddesi, hiç bir sebep ve bahane ile ihmal veya tadil olunamaz. Hiç bir kanun Teşkilat-ı Esasiye Kanununa münafi olamaz” (md. 103).

---

<sup>166</sup> Gözler(2000a):s.57; dipnot 4

<sup>167</sup> Kaboğlu (1990):s.155.

<sup>168</sup> Kaboğlu (1990):s. 165.

<sup>169</sup> Kaboğlu (1990):s.155.

Kaboğlu'na göre bu hüküm, hukuk düzeni içinde anayasanın üstün bir hukuk kuralı oluşturduğunu ve hiç bir yasanın anayasaya aykırı olamayacağını belirtmek suretiyle, yasama organı kendisini de hukuk kuralı ile bağlamış olmamaktadır<sup>170</sup>. Anayasaya ilişkisini koyan Teşkilat-ı Esasiye Kanununun, 52 nci maddesiyle “nizamname” yapma yetkisini Bakanlar Kuruluna vermektedir<sup>171</sup>.

Cumhuriyetin ilk Anayasasında normlar hiyerarşisi oldukça açık bir biçimde ortaya çıkmakla birlikte, bu Anayasa döneminde de “kanun” hukuk düzeninin temelini oluşturmuş, bu kavramın ilerisine pek geçilememiştir. Gerçekten, Anayasanın üstünlüğünü koyan 103 üncü maddenin yaptırım ve anayasallık denetimini hangi organın yapacağı öngörülmediğinden, anayasanın üstünlüğüne ilişkin hüküm uygulamaya geçirilememiştir<sup>172</sup>. Bu bakımdan anayasanın üstünlüğü ilkesi ile normlar hiyerarşisi kuramı tam olarak gerçekleşmemiştir<sup>173</sup>.

Erkler (kuvvetler) ayrılığı bakımından, yasama ve yürütme yetkisi TBMM'ne verilmiş olmakla birlikte, yasama-yürütme ilişkisi yönünden karma bir rejim uygulamasına tanık olunmuştur<sup>174</sup>. Yargıç bağımsızlığı ve güvencesi sağlanarak, <sup>175</sup> yasayı yapan organla onun uygulanmasını denetleyen organ birbirinden ayrılmış olmaktadır. Daha önemlisi, Şurayı Devleti'nin kurulup yargısal denetimle yetkilendirilmesi (md. 51)<sup>176</sup>, idari rejimin uygulamaya konmasını sağlamıştır. İdarenin yasallığının sağlanmış olması, idarenin yargısal denetim düzeneğinin kurulup işletilmiş olması, hukuka aykırı her idari işlem ve eyleme karşı yargı yoluna gidilebiliyor olması, aynen idarenin takdir yetkisi üzerinde denetimin yapılabiliyor olması, diğer bir tabirle 1924 Anayasasında yasama kısıntısı öngören açık bir hükmün yer almaması Hukuk Devleti açısından önem taşıyan hususlardır<sup>177</sup>.

<sup>170</sup> Kaboğlu (1990):s.155–156; Krş. ve bkz: Onar (1966): s.161.

<sup>171</sup> Gözübüyük, A, Şeref, **Açıklamalı Türk Anayasaları**, Turhan Kitabevi, Ankara,1995, s.68.

<sup>172</sup> Kaboğlu (1990):s.156; Doktrinde, mahkemelerin baktıkları davalarda anayasaya aykırı yasaları uygulamayı ihmal yoluyla dolaylı bir yargısal denetim yapılabileceği görüşü öne sürülmüşse de, mahkemeler böyle bir uygulamaya gitmemiştir. Tartışmalar için bkz: Savcı, Bahri, **İnsan Hakları, (Kanunilik Yolu ile Korunması)**, AÜSBF Yayını, Ankara, 1953, s. 157–162.

<sup>173</sup> Kaboğlu (1990):s.156.

<sup>174</sup> Kaboğlu (1990):s.156; Krş. ve bkz. dipnot 59.

<sup>175</sup> Kaboğlu (1990):s.156; Krş. ve bkz. dipnot 60.

<sup>176</sup> Gözübüyük (1995): s. 68.

<sup>177</sup> Kaboğlu (1990):s.156; Krş. ve bkz: Onar (1966): s.162.

Hukukun içeriği bakımından; 1924 Anayasası, “Türklerin Hukuku Ammesi” başlığı altında hak ve özgürlükleri tanıdığı, sınır ve güvencelerine ilişkin hükümler öngörmüştür (md. 68–88)<sup>178</sup>. Özgürlük anlayışı bakımından, doğal hukuk doktrinsini ve 1789 geleneğini yansıtmaktadır<sup>179</sup>. Kapani’de eserinde: “1924 Anayasasının hazırlanmasında, Onsekizinci yüzyıl felsefesinin ve Fransız İhtilali prensiplerinin oldukça derin etkileri görül”düğünü belirtmiştir<sup>180</sup>. Dolayısıyla yalnız klasik ve geleneksel hak ve özgürlükler tanınıp düzenlenmektedir. Özgürlüklerin sınırlanmasında biricik ölçüt “kanun”dur. Yargısal güvence olarak, adli yargı yolu ayrıntılı sayılabilecek hükümlerle (md. 53–60)<sup>181</sup>, yine “kanun” ölçütü esas alınarak öngörülmektedir. Yurttaşların idare karşısında hak ve özgürlüklerini güvence altına alan ayrı bir yargı organı, Hukuk Devleti bakımından önemli bir aşama oluşturmaktadır. İdarenin hukuka bağlılığının bir anayasa ilkesi olarak benimsenmesi, yasallık ilkesinin de önemini anlatmaktadır.

Kaboğlu’na göre 1924 Anayasası döneminde, hukuk tümüyle laikleştirilmiş, modern devlet ve hukuk düzeni ile demokratik rejim kurulmuştur. Anayasa’da Hukuk Devleti kavramı yer almamış olmasına karşın, bu dönemde Hukuk Devleti kavram ve kurumu olgunlaşmıştır<sup>182</sup>. Konu, siyasal düşünce düzeyinde de olgunlaştırılarak, 1950’li yıllarda Hukuk Devleti sorunu açıkça tartışılmış, boşluklarını giderme yolunda çabalar harcanmıştır<sup>183</sup>. Bunda Hukuk Devleti esaslarından uzaklaşılmasının bir etken olduğu, 27 Mayıs 1960 askeri müdahalesiyle Hukuk Devletinin gerçekleştirilmesinin amaç edinildiği, üzerinde büyük ölçüde görüş birliği sağlanan bir olgudur<sup>184</sup>.

1924 Anayasasında Hukuk Devleti sorunu bulunmamakla birlikte, anayasal uygulama Hukuk Devleti gereğini ortaya koymuştur. Türkiye’de 1950’li yılların sonuna doğru doktrinde formüle edilen Hukuk Devleti kavramına göre, yasaların anayasallık denetimi ile hukukun genel ilkeleri

<sup>178</sup> Gözübüyük (1995): s. 71-76.

<sup>179</sup> Kaboğlu (1990):s. 157.

<sup>180</sup> Kapani (1981): s. 103.

<sup>181</sup> Gözübüyük (1995): s. 69-70.

<sup>182</sup> Kaboğlu (1990):s.157; Onar (1966): s.162.

<sup>183</sup> Kaboğlu (1990):s.156; Ayrıntılı bilgi için bkz Kapani (1981): s. 108–109.

<sup>184</sup> Kaboğlu (1990):s.157.

ve demokrasi arasında sıkı, ayrılmaz bir ilişki kurulmaktadır. Buna öteki iki kavram da eklenmektedir: temel haklar güvencesi ile yasama ve yürütme erkler (kuvvetler)inin ayrılığı ilkesidir<sup>185</sup>.

## 6.1961 Anayasası

1961 Anayasası, yargısının idare üzerindeki konumunu güçlendirmesi yanında, yasamayı denetlemek için Anayasa Mahkemesini kurmuş, sosyal haklarla tamamlanan daha güvenceli bir özgürlük sistemi öngörmüştür. Yürütme ve İdare İçinde oluşturduğu özerk kurumlarla ve genel olarak kurduğu demokratik düzeneklerle, devlete yüklediği özgürleştirme ödeviyle, Hukuk Devletinin de ilerisine geçerek Sosyal Hukuk Devletini gerçekleştirmeyi hedeflemiştir. Kısacası, Hukuk Devleti alanındaki evrimin 1960'lı yıllarda ülkemiz koşullarında en ileri aşamaya ulaştığı öne sürülebilir<sup>186</sup>.

Anayasa Hukuku tarihimizde “Hukuk Devleti” deyimini ilk kez 1961 Anayasasında kullanılmıştır. Böylece “Hukuk Devleti” deyimini, bulunmasından yüz yıl sonra pozitif hukukumuzda girmiştir<sup>187</sup>. Başlangıç kısmında “demokratik hukuk devleti”ni, “insan hak ve hürriyetlerini, milli dayanışmayı, sosyal adaleti, ferdi ve toplumun huzur ve refahını gerçekleştirme” ve güvence koşulu olarak bütün hukuki ve sosyal temelleriyle kurma amacını öngörür. Burada insan hakları ve demokrasi kavramları da ilk olarak 1961 anayasası ile kullanılmaya başlanmıştır<sup>188</sup>.

1961 Anayasasının ikinci maddesinde<sup>189</sup>; “Türkiye Cumhuriyeti, insan haklarına ve Başlangıçta belirtilen temel ilkelere dayanan, milli, demokratik, laik ve sosyal bir hukuk devletidir.” hükmü yer almaktadır.

Devlete ödev yükleyen onuncu maddesinde ise, “Devlet, kişinin temel hak ve hürriyetlerini, (...) hukuk devleti ilkeleriyle bağdaşamayacak surette sınırlayan siyasî, iktisadî ve sosyal bütün engelleri kaldırır;...” biçimindeki

<sup>185</sup> Kaboğlu (1990):s. 157; dipnot 65

<sup>186</sup> Kaboğlu (1990):s. 165-166.

<sup>187</sup> Kaboğlu (1990):s. 158.

<sup>188</sup> Kaboğlu (1990):s. 158.

<sup>189</sup> Gözübüyük (1995): s.115.

hükümle, hukuk devletinin toplumsal ortam ve koşullarını hazırlama görevi devlete verilmektedir.

Kaboğlu “Sosyal hukuk devleti” kavramıyla 1961 Anayasası Hukuk Devleti'nin bileşimini ortaya koymaktadır. Cumhuriyetle özdeşleşen hukuk devleti, demokratik, laik ve sosyal olmak üzere üç ana ögenin bileşiminden oluşmaktadır<sup>190</sup>.

Kaboğlu makalesinde konuyla ilgili Anayasa terminolojisinde şu terimlerin altını çizerek 1961 Anayasasını Hukuk Devletinin gerekleri açısından değerlendirmiştir<sup>191</sup>: “hukuk kuralları”, “insan haysiyeti”, “demokratik esaslar”, “demokratik yollar”, “insanlık haysiyeti”, “insanca yaşama”, “insan haklarına dayanan demokrasi ve hukuk devleti ilkeleri”, “özerklik”.

Normlar hiyerarşisi bakımından: “Anayasanın üstünlüğü ve bağlayıcılığı” kenar başlıklı 8 inci maddesine göre<sup>192</sup>; “Kanunlar Anayasaya aykırı olamaz. Anayasa hükümleri, yasama, yürütme ve yargı organlarını, idare makamlarını ve kişileri bağlayan temel hukuk kurallarıdır.” Yasaların anayasallığının denetimi için Anayasa Mahkemesini kuran 1961 Anayasası, normlar hiyerarşisinin temel bir gereğini yerine getirmiştir<sup>193</sup>. Diğer bir deyişle 1961 Anayasası, anayasanın üstünlüğü ve bağlayıcılığı ilkesini ve bunları sağlayacak büyük bir pratik malzemeyi getiren ilk anayasamızdır<sup>194</sup>. Kaboğlu'na göre yasama yetkisini Yasama organının tekeline veren Anayasa, düzenleyici idari işlemleri yapacak organları ve bunlar üzerindeki yargı denetimini açık hükümlerle düzenlemiştir. Böylece normlar hiyerarşisinin klasik şemasına uygun olarak, hukuk kurallarını koyan organlarla, bunları uygulayan ve uygun olmayan normları hukuk düzeninden ayıklayan organları birbirinden ayırıp ilke olarak bağımsız hale getirmiştir<sup>195</sup>.

---

<sup>190</sup> Kaboğlu (1990):s. 158.

<sup>191</sup> Kaboğlu (1990):s. 158.

<sup>192</sup> Gözübüyük (1995): s.116.

<sup>193</sup> Kaboğlu (1990):s. 159.

<sup>194</sup> Tanör, Bülent, **İki Anayasa 1961–1982**, Beta Yayını, 1986, s. 19.

<sup>195</sup> Kaboğlu (1990):s. 159.

Erkler (kuvvetler) ayrılığı bakımından<sup>196</sup>; 1961 Anayasası, TBMM'ne ait olan yasama yetkisinin devredilemeyeceğini (md.5), yürütme görevinin yasalar çerçevesinde yerine getirileceğini (md.6), yargı yetkisinin İse Türk Milleti adına bağımsız mahkemelerce kullanılacağını hükme bağlamaktadır. Anayasa, hükümet biçimi olarak, parlamenter rejimi kurmakta, yargı organını ise, yasama ve yürütmeden bağımsız bir konuma yerleştirmektedir.

1961 Anayasasında, Yasama yetkisini elinde tutan TBMM çift meclisli hale getirilerek yasama organı kendi içinde dengelenmiş<sup>197</sup>, daha önemlisi bu Erk'in tasarrufları Anayasa Mahkemesinin denetimine bağlı kılınmıştır. “idarenin hiçbir eylem ve işlemi, hiçbir halde, yargı mercilerinin denetimi dışında bırakılamaz” (md. 114) biçimindeki hükmüyle, idarenin yargısal denetiminde yaygınlık ilkesine istisna getirilmesini yasaklamıştır<sup>198</sup>. Özbudun'a göre bu hüküm; “Bir yandan yasama organına, bir yandan da idari organına yönelik bir direktif niteliği taşıyordu. Madde, yasama organına hitap eden yönüyle, mahkemeler davaları kendi görev alanları dışında göremeyecekler, böylece 1961 Anayasasının 114 ncü maddesinin Hukuk Devleti bakımından çok önemli bir aşama sağladığı kuşkusuzdur”<sup>199</sup>. Yürütme ve İdare üzerindeki etkili yargı denetimi ötesinde, idareyi teşkilatlandırma biçimi de Yürütmenin üstünlüğünü hafifletmek yönünde olmuştur. Yürütme ve idare bakımından, merkezi yönetim dışında yerel yönetimlerin güçlendirilmesi, özerk ve yansız yönetsel kurumlara yer vererek merkezîyetçiliği yumuşatması, idarenin demokratikleşmesi yanında yurttaş özgürlüğü açısından da Hukuk Devletine olumlu katkılarda bulunan özellikler olarak belirtilebilir. 1961 Anayasası, genel olarak, Erkler ayrılığı bakımından devlet iktidarının ve egemenliğinin kullanılmasını çeşitli organ ve kurumlar arasında paylaştırarak bir çeşit “bölüşürülmüş egemenlik” öngörmektedir<sup>200</sup>. Yasama yürütme erki arasında kurulan bir tür işbirliği ve denge mekanizması yanında, yürütme içindeki yapılanma göz önüne alındığında 1961 Anayasasının en az devlet ilkesini benimsediğini öne sürmek gerçeklere ters düşmeyecektir.

<sup>196</sup> Gözübüyük (1995): s.116.

<sup>197</sup> Kaboğlu (1990):s. 159; Çift Meclisli sistemin Hukuk Devleti bakımından önemi konusunda bkz; Kapani (1981): s. 283–285; Onar (1966): s.172–190.

<sup>198</sup> Kaboğlu (1990):s. 159; Gözübüyük (1995): s.152.

<sup>199</sup> Özbudun (2005): s.115.

<sup>200</sup> Tanör(1986): s. 23.

Hukukun İçeriği bakımından; 1961 Anayasası, klasik hak ve özgürlüklere, sosyal haklar ekleyerek, tanıdığı özgürlükler kategorisini genişletmiş, aynı zamanda özgül bir sınırlama ve güvence sistemi de öngörmüştür. Hak ve özgürlüklerin ancak yasa ile düzenlenip sınırlanabilmesi, bunun ise anayasanın sözüne ve ruhuna uygun bir biçimde yapılabilmesi ölçüleri dışında öze dokunma yasağını koyarak güvenceli bir özgürlük sistemi kurmuştur. Bunlarla yetinmeyen Anayasa koyucu, özellikle sosyal hakları gerçekleştirmek için devlete “özgürleştirme” ödevini yüklemiştir. Bu hukukileştirmenin başlıca hedefi sosyal devlet ilkesi olarak belirtilebilir. 1961 Anayasasının öngördüğü ilkeler, “özgürlük kural, sınırlama ise istisnadır.” biçimindeki formülün geçerli olduğu toplum tipini yansıtmaya elverişlidir.

1961 Anayasasını demokrasi açısından değerlendiren Kaboğlu; 1961 Anayasasının sadece süreli aralıklarla yapılan genel seçimlerle yasama organının oluşturulması yönünde hükümler koymakla yetinmediğini; demokratik ilkeyi, devlet kamu tüzel kişiliği dışında kalan gerek kamu hukuku tüzel kişilerine (üniversiteler, yerel yönetimler, kamu kurumu niteliğinde meslek kuruluşları), gerek özel hukuk kuruluşlarına (siyasal partiler, sendikalar) yayarak devlet ve toplumun demokratikleşmesi yolunda emredici hükümler koyduğunu belirtmiştir<sup>201</sup>. Bu bakımdan 1961 Anayasasının “hukuki demokrasi” yi kurtarmak için gerekli düzenlemeyi en ileri düzeyde gerçekleştirmeyi amaçladığı söylenebilir.

Devlet ise, belirtilen özellikleriyle en az devlet biçimini almış, aynı zamanda “sosyal” niteliğini kazanmıştır. Sosyal Devlet bir tanıma göre; “devletin toplumsal barışı ve adaleti sağlamak amacıyla toplumsal ve ekonomik yaşama etkin müdahalesinin meşru ve gerekli görülmesini anlatır.”<sup>202</sup> Hak ve özgürlükler bakımından, Hukuk Devletinde devlet, klasik hak ve özgürlüklere müdahale etmemek suretiyle onların gerçekleşmesine olanak tanımaktadır. Sosyal devlette ise, özgürlük anlayışı “özgürleştirme” biçiminde dile getirilebilir. Bununla birlikte sosyal devlette, hak ve özgürlükler açısından bireycilik anlayışından uzaklaşıldığı, kimi klasik hakların dönüşüme uğradığı öne sürülebilir. Yine, devletin en zayıf toplumsal tabakaları koruyucu bir sosyal politikayı yürürlüğe koyma ödevi

---

<sup>201</sup> Kaboğlu (1990):s. 160.

<sup>202</sup> Özbudun (2005): s.121.

vurgulanabilir<sup>203</sup>. Kısaca 1961 Anayasasının kurmayı amaçladığı devlet, bir insan hakları devletidir. Tanıdığı sosyal haklar ile sosyal devlet niteliği vermiştir<sup>204</sup>. Belirtilen özellikleri taşıyan en az devlete denk düşen toplum tipi ise “sivil toplum” olarak belirtilebilir.

## 7.1982 Anayasası<sup>205</sup>

Yürürlükteki 1982 Anayasasının yansıttığı “Hukuk Devleti” anlayışı önceki Anayasa anlayışından oldukça farklıdır. Her şeyden önce, terminolojide değişiklik bulunmaktadır. Başlangıç kısmında “hukuk devleti” yerini “hukuk düzeni”ne, insan haklarına “dayalı” deyimi insan haklarına “saygılı” deyimine bırakmaktadır. Kişinin temel hak ve hürriyetlerini sosyal hukuk devleti ilkesiyle bağdaşmayacak surette sınırlayan engelleri, devlet bundan böyle “kaldırmaya çalışacaktır” (md. 5) <sup>206</sup>. Demokrasi ilkesini öngören hükümler 1961 Anayasasına göre daha az sayıda olup, “insan haysiyeti” vb. deyimlerin ise 1982 Anayasasında daha az kullanıldığı dikkat çekmektedir. Yine yürürlükteki Anayasa’da “hukukun üstünlüğü” deyimi, yalnızca 103 ncü maddede, Cumhurbaşkanının ant içmesine ilişkin metinde yer almaktadır. Hak ve özgürlüklere ilişkin hükümlerde ise, “ödev” ve “sorumluluk” sözcükleri ağırlık taşımaktadır. Ancak bununla da yetinmeyip, özgürlükleri düzenleyen birçok hükümde “yetkili merci”den söz edilerek, idari makamlara yetkiler verilmektedir<sup>207</sup>.

Hukuk Devletinin gerekleri açısından 1982 Anayasası üzerine şu belirlemeler yapılabileceğini vurgulanmıştır<sup>208</sup>: Normlar hiyerarşisi ilkesini koruyan Anayasa, bu ilkeye aykırılıkları yaptırımlara bağlı kılmaktadır. Anayasa, yasa, tüzük ve yönetmelik biçimindeki klasik sıra izlenerek, ilke olarak, normu koyan organla bunu uygulayan ve denetimi yapan organ ayrımı yapılmaktadır. Bununla birlikte, normlar hiyerarşisine iki önemli istisna getirilmektedir. Birincisi, Hükümete verilen Kanun Hükmünde Kararname (KHK) çıkarma yetkisidir (md. 91) <sup>209</sup>. İkincisi

<sup>203</sup> Sosyal devlet ile kişi hak ve özgürlükleri arasındaki ilişki üzerine ayrıntılı bilgi için bkz: Göze, Ayferi, **Sosyal Devlet Sistemi**, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayını, İstanbul, 1976, s.124–125.

<sup>204</sup> Kaboğlu (1990):s. 161.

<sup>205</sup> 1982 Anayasasının yapılışı ve özellikleri için bkz: Gözübüyük (1993): s.129; Gözübüyük (1995): s.185–193

<sup>206</sup> Kaboğlu (1990):s. 161; Gözübüyük (1995): s.198.

<sup>207</sup> Kaboğlu (1990):s. 162; Gözübüyük (1995): s.232.

<sup>208</sup> Kaboğlu (1990):s. 162.

<sup>209</sup> Gözübüyük (1995): s.227.

ve daha önemlisi, olağanüstü yönetimlerle ilgili olarak (md. 119–122) Cumhurbaşkanı başkanlığında toplanan Bakanlar Kuruluna, KHK çıkarma yetkisi verilmesidir<sup>210</sup>. Bu, yetki kanununa dayanılmadan kullanılan bir yetki olup, bu şekilde çıkarılan KHK'lere karşı Anayasa Mahkemesine başvurulamamaktadır (md. 148/1)<sup>211</sup>. Kaboğlu'na göre bu yetki, özellikle iki bakımdan Hukuk Devleti ilkesini zedelemekte, hatta ortadan kaldırmaktadır. 7 nci maddeyle “devir yasağı” konan yasama yetkisi Bakanlar Kurulunca kullanılmaktadır<sup>212</sup>. Sonra, bunlara karşı yargı yolu kapatılarak Anayasanın üstünlüğü ilkesi ortadan kaldırılmaktadır<sup>213</sup>.

Klasik erkler (kuvvetler) ayrılığı ilkesini koruyan 1982 Anayasası, Hukuk Devleti'nin içine yerleştirilebileceği çerçeveyi vermektedir. Ancak erkler (kuvvetler)'in konumunu ve özellikle erkler (kuvvetler) arası ilişkileri değiştirmektedir. TBMM'ni tek meclisli bir yasama organına dönüştürmekte milletvekili sayısını azaltmakta, seçim dönemini ise uzatmaktadır. Başta Cumhurbaşkanı olmak üzere Yürütme organının yetkilerini arttırmaktadır. Kaboğlu'na göre arttırılan yetkileri ile Cumhurbaşkanı'nın konumu, klasik parlamenter rejimin sınırlarını zorlamaktadır<sup>214</sup>. Hukuk Devleti açısından daha önemli değişiklikler, yargı erkinin konumu ve denetim yetkisi bakımındandır. Genel olarak yargı bağımsızlığı ilkesi korunmuş olsa da Kaboğlu'na göre Hâkimler Savcılar Yüksek kurulunun tam anlamıyla bağımsızlık güvencesine sahip olduğu savunulamaz<sup>215</sup>. Ayrıca, Anayasa yargısına getirilen kimi sınırlamalar ve özellikle idari yargı denetiminde, denetimin yaygınlığı ilkesine getirilen sınırlamalar Hukuk Devleti'ni zedeler nicelik ve niteliktedir. 1982 Anayasası, Cumhurbaşkanı'nın tek başına yaptığı işlemlere, Yüksek Askeri Şura kararlarına, Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulu kararlarına karşı yargı yolunu kapatarak, hukuka uygun olmayan işlemlerin “hukuk düzeni”nde varlığını sürdürme olanağını açmıştır<sup>216</sup>. Denetimin derinliği veya yoğunluğu bakımından da Hukuk Devleti ile bağdaşması güç sınırlamalar getirmiştir. Anayasa'nın 125 nci maddesi, idari yargı denetimini hukuka uygunluk denetimiyle sınırlamış, idarenin takdir yetkisinin denetimine

<sup>210</sup> Gözübüyük (1995): s.239–240.

<sup>211</sup> Gözübüyük (1995): s.252.

<sup>212</sup> Gözübüyük (1995): s.198.

<sup>213</sup> Kaboğlu (1990):s. 162.

<sup>214</sup> Kaboğlu (1990):s. 162; dipnot 74.

<sup>215</sup> Kaboğlu (1990):s. 162; dipnot 75.

<sup>216</sup> Kaboğlu (1990):s. 162; Yaygınlık ilkesi istisnalarına Hukuk Devleti açısından yöneltilen eleştiriler için bkz: Özay, İl Han, Devlet, **İdari Rejim ve Yargısal Korunma**, III, İstanbul, 1990, s.23–24; Özbudun (2005): s. 116.

ve yürütmenin durdurulmasına ilişkin sınırlamalar öngörmüştür. Özay'a göre<sup>217</sup>; "Hukuk Devletinin önemli güvencesi olan iptal davaları ve yürütmenin durdurulmasının ülkemizde anlamsızlaştığını söylemek mümkün değildir".

1982 Anayasası'nın hukukun içeriği bakımından; 1961 Anayasasının öngördüğü özgürlük rejimini değiştirdiğini, "özgürlük kural, sınırlama istisnadır" biçimindeki liberal toplum ilkesini tersine çevirdiğini belirtmektedir<sup>218</sup>. Sınırlama sistemi bakımından, yasa'nın ölçüt olma özelliği korunmakla birlikte, özellikle olağanüstü dönemlerde çıkarılan KHK'ler<sup>219</sup> bu ölçüde çok önemli bir istisna oluşturmaktadır. Özel sınırlama nedenleri yanında genel sınırlama nedenleri de öngören Anayasa, özgürlüklerin kötüye kullanılmaması, hak ve özgürlüklerin kullanılmasının durdurulması üzerine genel nitelikte hükümler getirmiştir.

Demokrasi açısından ise, 1982 Anayasası'nın, yasama organına getirdiği demokratik rejimi sınırlayıcı hükümler dışında, siyasal partiler için öngördüğü sınırlama ve yasaklamalar nedeniyle, siyasal katılım yollarını ileri derecede daralttığını belirtmektedir<sup>220</sup>. Kolektif özgürlüklere ilişkin sınırlamalar ve özellikle dayanışma yasakları, demokratik kitle örgütleri aracılığıyla dolaylı siyaset yollarını da kısıtlamıştır. Devlet kamu tüzel kişiliği dışında yer alan kamu kurumlarının özerk ve kısmen bağımsız statüsünü merkezi idare lehine değiştirmek suretiyle, bu kurumlardaki demokratik düzenekleri ortadan kaldırmış veya işlemez hale getirmiştir.

Devletin konumuna gelince, özgürlükleri sınırlama hükümlerinde (md.13, 14) "ölçülülük" <sup>221</sup> ilkesini öngörmüş olan 1982 Anayasası, Devlet'e her şeyin üstünde, toplumdan ve bireyden önce yer vermiştir. Her yerde hazır ve nazır (!) konumuna soktuğu Devleti kutsallaştırmıştır (Başlangıç). Liberal toplumdaki Öncelik sırasına göre, birey-toplum-devlet ilişkisi 1982 Anayasasında, devlet-toplum-birey ilişkisine dönüşmüştür<sup>222</sup>.

<sup>217</sup> Özay (1990):s. 24.

<sup>218</sup> Kaboğlu (1990):s. 163.

<sup>219</sup> Kanun Hükmünde Kararnameler Anayasa maddeleri için bkz: Gözübüyük (1995): s.227–239–240.

<sup>220</sup> Ayrıntılı bilgi için bkz: **4 Bölüm, I.B.1.a) Ölçülülük İlkesi.**

<sup>221</sup> Kaboğlu (1990):s. 163.

<sup>222</sup> Kaboğlu (1990):s. 163–164; Gözübüyük (1995): s.191; Ayrıntılı Bilgi İçin bkz: Tanör(1986): s. 151–153.

Bütün bu belirtilenler ışığında, hukukun içeriği yönünden 1982 Anayasasının Hukuk Devletinin gereklerine uygun düşen bir hukuk yapısı oluşturmaya elverişli olmadığı sonucuna varılabilir<sup>223</sup>. Bu nedenle Anayasanın kendisi tarafından kullanılan hukukun üstünlüğü, temel hukuk kuralları gibi deyimler ancak göreceli bir değere sahip olabilirler: “Anayasanın 11 nci maddesinde ifade edilen “temel hukuk kuralları”, hukuk devletinin içeriği olan ilkeleri yansıttığı ölçüde, üstün hukuk kuralları olarak nitelendirilebilir. Ancak ne yazık ki, bunu 1982 Anayasası için söylemek olanaksızdır. Çünkü 1982 Anayasası Hukuk Devletinin içeriği olarak sıralanan, dolayısıyla üstün hukuk kuralları diyebileceğimiz ilkeleri zedeleyici birçok hüküm öngörmektedir. Bunlar arasında, bireyin üstünlüğü ve toplumun özerkliği yerine devlete üstünlük tanıyan hükümleri, özgürlüklere getirilen sınırlama ve yasakların fazlalığı ve belirsizliği, siyasal örgütlenme konusunda getirdiği sınırlamalar vurgulanmalıdır. Anayasanın ileri derecede ayrıntılı hükümler öngörmesi ise, hukukun genel ilkelerini yaratma olanağını azaltıp, bunların uygulama alanını daralttığından, anayasal hükümlerin üstün hukuk kuralları olarak nitelenmesini güçleştirmektedir.”<sup>224</sup> Daha kesin bir vargıya göre, “Anayasa, Türkiye Cumhuriyeti(nin)... Bir hukuk Devleti olduğunu yazsa bile, bu ilke olması gerekeni anlatmaktan öte hiç bir gerçeklik payı taşımamaktadır.”<sup>225</sup>

Yüzyılın son çeyreğinde, ilk çeyreğinde tanık olunan büyük yapılanına ve evrimin tersi yönde bir oluşuma girildiği görülmektedir. Gerçekten 1982 Anayasası, bireyin üstünlüğü ve toplumun özerkliği yerine devlete öncelik veren, Yürütmeye öteki organlar karşısında üstünlük tanıyan hükümleriyle; özgürlüklere getirilen sınırlama ve vaşakların çokluğuyla, siyasal örgütlenmeyi kısıtlayıcı, idarenin yargısal denetimini daraltan vb, hükümleriyle, Hukuk Devletinin içeriği olarak belirtilen ilkeleri zedeleyici yapıdadır<sup>226</sup>.

Türkiye'de Hukuk Devleti üzerine yaklaşık 150 yıldır tanık olunan (kanun, hukuk, hukuk devleti, sosyal hukuk devleti doğrusal çizgisindeki) evrim sürecini, yakın geçmişte belli yönde oluşan güçler dengesi, tersine çevirmeye çalışmıştır. Aslında, demokratik rejimin askıya alınması, siyasal istikrar adına hukuksal istikrarı bozmakta, hukuksal güvenlik ilkelerini zedelemekte, dolayısıyla ülkemizde her zaman ve her ortamda geçerli hukukun genel ilkelerinin oluşması

<sup>223</sup> Kaboğlu (1990):s.164.

<sup>224</sup> Kaboğlu, İbrahim Ö., “Hukuk Devleti Üzerine”, **Mülkiyeliler Birliği Dergisi**, Mayıs1989,s.56.

<sup>225</sup> Özay (1990):s. 24.

<sup>226</sup> Kaboğlu (1990):s. 166.

güçleşmektedir. Günümüzde, devlet ve hukuk düzeninde Hukuk Devletini gerçekleştirecek düzenekler yürürlükte bulunsalar da, pozitif hukukun içeriği buna engel olacak yoğunlukta, boşaltılmış olmaktadır<sup>227</sup>.

## II. HUKUK DEVLETİNİN UNSURLARI

### A- Genel Olarak

Hukuk devleti ilkesinin gerekleri konusunda bir görüş birliği yoktur. Bu gereklerden bazıları, ülkelerin içinde bulunduğu duruma göre önem kazanmakla veya savsaklanabilmektedir<sup>228</sup>. Gözübüyük ve Soysal'a göre Hukuk Devletinin unsurları (gerekleri) Aşağıdaki şekilde sıralanabilir<sup>229</sup>:

“Temel hakların güvenceye bağlanması; Hukuk devletinin ilk gereği, temel hakların güvence altına alınmasıdır. Bu amaçla temel haklar anayasada gösterilir. Bunların düzenlenmesi ve sınırlanması da anayasaların koyduğu ilkeler doğrultusunda, ancak yasa ile yapılır ve yöneticilerin takdirine bırakılmaz.

Yasaların anayasaya uygunluğu; Yasaların anayasaya aykırı olmayacaklarını belirtmek yeterli değildir. Bunun yanında yasaların anayasaya uygunluğunu sağlayacak bir denetim mekanizmasının da kurulması gerekir. 1961 ve 1982 Anayasalarında, bu görev Anayasa Mahkemesine verilmiştir. Anayasa Mahkemesinin bu alandaki yetkisine, 1961 Anayasasına göre, Anayasa ile hem başvurular açısından, hem de içerik açısından bazı kısıtlamalar getirilmiştir (md. 148,152).

Yasaların genel olması; Yasaların genel olması, benzer durumların aynı çözümlere bağlanması demektir. 1961 Anayasası bunu dolaylı olarak yasa önünde eşitlik İlkesi olarak belirtmiştir.1982 Anayasası bununla da yetinmeyerek, “Devlet organları ve idare makamları bütün işlemlerinde kanun önünde eşitlik ilkesine uygun olarak hareket etmek” zorunda olduğu kuralım getirmiştir (md. 10/3).

---

<sup>227</sup> Kaboğlu (1990):s. 166.

<sup>228</sup> Gözübüyük (1993):s. 145.

<sup>229</sup> Gözübüyük (1993):s. 145; Soysal (1997):s.164,165.

Yönetimin hukuka bağılılığı; Hukuk devleti ilkesinin en önemli gereklerinden biri kuşkusuz, kuralları uygulayacak, devlet işlerini yürütecek olan yönetimin, hukuk düzenine bağılı olmasının sağlanmasıdır.

Anayasa, 1961 Anayasası gibi, yönetimin hukuka uygunluğunu sağlamak için çeşitli önlemler almıştır. Anayasa, yürütme görev ve yetkisinin Anayasaya ve yasalara uygun olarak yerine getirileceğini (md. 8); Anayasa kurallarının yalnız yasama ve yargı organlarını değil, yürütme ve idare makamlarını da bağlayacağını öngörmüştür (md. 11). Anayasa bundan başka yönetimin hukuka uygunluğunun yargısal denetimi için özel düzenlemelere gitmiş, yönetimin her türlü eylem ve işlemlerine karşı yargı yolunun açık olduğunu belirtmiştir (md. 125).”

Demir de kitabında<sup>230</sup>; Gözübüyük ve Soysal’a katılarak, Hukuk Devleti ilkesinin gerçekleşmesi için her şeyden önce vatandaşlara tanınan temel hak ve özgürlüklerin kolay değiştirilemeyecek metinlerde ve Anayasalarda sayılması, bunların sınırlandırılmasının da ancak belirli nedenlerle ve yasayla yapılabilmesi gerektiğini belirtmiştir. Aksi halde, örneğin temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılmasının Bakanlar Kurulu kararlarının konusu yapılması, her iktidara göre bir özgürlük anlayışının yürürlüğe konmasına yol açabilir. Bunu önlemek için Anayasamız “Temel Haklar ve Ödevler” kısmında temel hak ve özgürlükleri sadece saymakla kalmamış; aynı zamanda bunların yalnız “belirli sebeplerle” ve “kanunla” sınırlandırılabilmesi kuralını koymuştur.

Bu nedenler “Devletin ülkesi ve milletiyle bölünmez bütünlüğü, milli egemenliğin, Cumhuriyetin, milli güvenliğin, kamu düzeninin, genel asayişin, kamu yararının, genel ahlâkın ve genel sağlığın korunması”ydı (md. 13). Bu “genel” nedenler yanında, ayrıca Anayasa’nın ilgili maddelerinde birtakım “özel” nedenler de öngörülmüştü: Yerleşme özgürlüğünün “sağlıklı ve düzenli kentleşmeyi gerçekleştirmek ve kamu mallarını korumak” amacıyla “kanunla” sınırlandırılabilmesi gibi (md. 23).

Diğer bir taraftan temel hak ve özgürlüklerin anayasalarda sayılması ve sınırlandırılmasının sadece belirli nedenlerle ve yasayla yapılması dışında güçler ayrılığı ilkesinin göz önünde tutulması, devlet içindeki güçlerin bir elde

---

<sup>230</sup> Demir (1998): s. 270,271.

toplanmasının önlenmesi, yetki kullananların karşılıklı denetleme yollarına bağlı tutulması ve bu amaçla belli görevleri (yasama ve yürütme gibi) belli dönemlerde (seçim dönemleri gibi) yerine getirenlerin yetkilerinin üstün bir metinle (Anayasayla) sınırlandırılması ve bu sınırlandırmanın “Anayasaya uygun” olması gerekmektedir. Nitekim Anayasamız, temel hak ve özgürlüklerle ilgili “özel sınırlamaların” “Anayasanın özüne ve ruhuna” uygun olacağını, “demokratik toplum düzeninin gereklerine aykırı olamayacağını ve öngörülükleri amaç dışında kullanılmayacağını” hükme bağlamıştır (md. 13). Bu kural, “kanunlar Anayasaya aykırı olamaz” hükmüyle tamamlanmaktadır (md. 11). Bu olgu, yasaların “Anayasaya” uygunluğunu denetleyecek bir mekanizmanın (Anayasa Mahkemesi'nin) kurulmasını gerektirmiş ve 1962 yılında kurulan Anayasa Mahkemesi, bağımsız bir yargı kuruluğu olarak, “hukuk devleti” anlayışının gerçekleşmesini sağlayan en önemli ve temel güvenceyi oluşturmuştur<sup>231</sup>.

Demir'e göre “hukuk devletinde” sadece yasa yapılmasının hukuka uygun olması yetmez, kanunların uygulanmasının da hukuka uygun olması gerekir. Nitekim Anayasa'mız, yöneticilerin hukuka bağlılığını sağlamak için çeşitli kurallar getirmektedir: Önce “Cumhurbaşkanı ve Bakanlar Kurulu” tarafından yerine getirilen yürütme yetkisi ve görevinin, “Anayasa ve kanunlara uygun olarak kullanılacağı” hükme bağlanmıştır (md. 8). Sonra da “Anayasa hükümlerinin” yalnız yasama ve yargı organlarını değil, aynı zamanda “yürütme organını ve idare makamlarını” da bağlayacağı belirtilmiştir (md. 11). Nihayet, temel hak ve özgürlüklere “genel ve özel sebeplerle” getirilen sınırlamaların, hiçbir şekilde “öngörülükleri amaç dışında kullanılmayacakları” açıklanmıştır (md. 13)<sup>232</sup>.

Gerek yasaların Anayasaya uygunluğunun denetlenmesinde, gerek yöneticilerin hukuka bağlılığının sağlanmasında yargı organlarının bağımsızlığı son derece büyük önem taşımaktadır. Mahkemelerin kuruluşundan yargıç ve savcılarının güvencesine kadar uzanan “yargı bağımsızlığı” ilkesi, gerçekleştirilmesi hiç de kolay olmayan bir ilkedir. Ama “yargı bağımsızlığının” gerçekleştirilmesi, vatandaşların gözünde yargı organlarına duyulan güvenin kökleşmesine yol açar. Sonuçta da, özellikle temel hak ve özgürlükleri kısıtlayan yasaların değişen koşullara göre keyfi olarak yorumlanması ve uygulanması ile insanların önceden

---

<sup>231</sup> Demir (1998): s. 271.

<sup>232</sup> Demir (1998): s. 272.

belli olmayan ölçülerle cezalandırılması önlenmiş olacaktır. Bu açıdan bakınca, “kanuni hâkim güvencesi”ne ilişkin Anayasa hükmü, hukuk devleti bakımından büyük önem kazanmaktadır: “Hiç kimse kanunen tâbi olduğu mahkemeden başka bir merci önüne çıkarılamaz. Bir kimseyi, kanunen tâbi olduğu mahkemeden başka bir merci önüne çıkarma sonucunu doğuran yargı yetkisine sahip olağanüstü merciler kurulamaz” (md. 37). Bunun anlamı, suçun işlenmesinden önce “olağan mahkemelerin” kurulmuş olması; sanıklardan ör yargıçların belli olmasıdır. Bunun karşıtı, suçlara ve sanıklara göre “olağanüstü mahkemeler” kurmak ve buralara yargıç atamaktır. Buna, mahkemelerin ve yargıçların bağımsızlığını ortadan kaldıran hükümler de eklenince, hukuk devleti ilkesi iyice zedelenmiş olur. Öyleyse, “kanuni hâkim güvencesi” sanığın suçu işlediği anda yürürlükte olan yasalara göre kurulmuş bulunan bir mahkemede, o davaya bakması gerekli yargıç tarafından yargılanması demektir. Hukuk devletinin somutlaştırılmasında ve vatandaşların belli bir güven duygusuyla yaşayabilmelerinde bunun önemi çok büyüktür<sup>233</sup>.

Tanör ve Yüzbaşıoğlu ise Hukuk Devletinin unsurlarından bahsederken; Hukuk Devletinin yapıcı unsurları deyimini kullanmış ve bunu da şu şekilde sıralamıştır<sup>234</sup>;

- a. Devletin hukuka ve demokratik bir anayasaya uygunluğunu sağlayan ilke ve kurallar,
- b. Bu uygunluğu pekiştirecek yargı denetimi, (adlı, idarî mahkemeler, anayasa yargısı),
- c. Bu mekanizmanın etkin işleyişi için gerekli olan yargı bağımsızlığı (tarafsızlık, yargıç güvenceleri),
- d. Adil yargılanma (fair trial) ilkesinin gerektirdiği güvenceler.

Gözler, Türk Anayasa Hukuku kitabında Hukuk Devletinin unsurlarını “Hukuk devletinin gerekleri veya varlık şartları nelerdir? Diğer bir ifadeyle, bir devletin, hukuk devleti olarak nitelendirilebilmesi için hangi şartları taşıması gerekir?” sorularına cevap arayarak Hukuk Devletinin varlık şartlarını ortaya koymaya çalışmıştır<sup>235</sup>.

<sup>233</sup> Demir (1998): s. 272,273.

<sup>234</sup> Tanör-Yüzbaşıoğlu (2005): s. 90,91.

<sup>235</sup> Gözler (2000a):s.173,176.

Gözler'e göre, Hukuk devleti, hukuka bağlı olan devlet demek olduğuna ve devlet de, yasama, yürütme ve yargı organlarından oluştuğuna göre, hukuk devletinin üç temel gereği vardır: (1) Yasama organı hukuka bağlı olmalıdır. (2) Yürütme organı hukuka bağlı olmalıdır. (3) Yargı organı hukuka bağlı olmalıdır<sup>236</sup>.

Özbudun ise kitabında Hukuk Devletinin unsurlarını sorgularken<sup>237</sup>; "Hukuk devletinin başlıca varlık şartları nelerdir?" sorusu ile başlamıştır. Özbudun'a göre bu ilke, her şeyden önce devletin işlemlerinin hukuk kurallarına bağlılığını ifade eder. Hukuk kurallarına bağlılığı sağlayacak mekanizma ise, devletin eylem ve işlemlerinin yargı denetimi altında bulunmasıdır<sup>238</sup>.

Hukuk devleti denilince, ilk olarak yürütmenin hukuka bağlılığı ve yürütme işlemlerinin yargı denetimi altında bulunması akla gelmektedir. Bunu, daha çok tarihsel sebeplerle açıklamak mümkündür. Hukuk devleti ilkesinin mücadelesinin yapıldığı gecen yüzyıllarda, yürütme organı genellikle kral ve onun bakanlarından oluştuğu için bu dönemlerde kişi haklarına karşı saldırının ancak yürütme organından gelebileceği dolayısıyla vatandaşların hukukî güvenliğinin sağlanabilmesi için yürütme organını hukukla bağlamanın gerekli ve yeter olduğu düşünülmüştür. Kişi haklarının, milli iradeden doğan yasama organına karşı da korunmasının gerekebileceği, tarihsel bakımdan daha sonraları ortaya çıkan ve benimsenen bir düşüncedir. Nitekim yasama organının yargısal denetimi bazı demokratik ülkelerde henüz kabul edilmemiş olduğu halde, yürütmenin yargısal denetimi, bütün demokratik ülkelerde yerleşmiş bir kuraldır<sup>239</sup>.

Atar'ın kitabı incelendiğinde ise Atar'ın görüşleri de, Özbudun ile aynı paralelde gitmektedir<sup>240</sup>. Atar kitabında Hukuk Devletinin unsurlarını (gereklerini), üç ana başlık altında toplamıştır. Bunlar; Devlet organlarının hukuka bağlı olması, birey hak ve hürriyetlerinin tanınması ve korunması, bireylerin hukuki güvenlik içerisinde olması şeklinde görülmektedir. Biz de konuyu bu sıra dâhilinde incelemeye devam edeceğiz.

---

<sup>236</sup> Gözler (2000a):s.173.

<sup>237</sup> Özbudun (2005): s.113

<sup>238</sup> Özbudun (2005): s.113

<sup>239</sup> Özbudun (2005): s.113,114.

<sup>240</sup> Atar (2005): s.87,96.

## **B- Devlet Organlarının Hukukla Bağlı Olması**

### **1.Yasama, Yürütme Ve Yargı Organlarının Hukukla Bağlı Olması**

Hukuk devletinin temel gereği, başka bir ifadeyle varlık şartı devletin bütün işlemlerinin hukuka bağlı olmasıdır<sup>241</sup>. Devletin hukuki açıdan üç temel fonksiyonu ve bunları yürütmekle görevli üç temel organı vardır: Yasama fonksiyonu yasama organınca, yürütme fonksiyonu yürütme organınca ve yargı fonksiyonu da yargı organınca yerine getirilir. O halde devletin hukuka bağlılığı, yasama, yürütme ve yargı işlemlerinin hukuka bağlı olması anlamına gelir<sup>242</sup>.

#### **a) Yasama Organının Hukuka Bağlılığı**

Yasama organının hukuka bağlılığı esas itibariyle Anayasaya bağlılığı demektir. Anayasanın 11'inci maddesinde de, Anayasa hükümlerinin "yasama organını bağlayan temel hukuk kuralları" olduğu belirtilmiştir. O halde yasama organı olan Türkiye Büyük Millet Meclisi Anayasaya aykırı işlem yapmamalıdır. Meclisin vatandaşlarla ilgili düzenlemeleri kanunla yapması gerektiğinden özellikle kanunların Anayasaya aykırı hükümler içermemesi gerekir. Nitekim Anayasanın 11'nci maddesinin ikinci fıkrasına göre, "kanunlar Anayasaya aykırı olamaz"<sup>243</sup>.

#### **b) Yürütme Organının Hukuka Bağlılığı**

Yürütme organının Anayasaya ve kanunlara bağlı olmasını ifade eder, Anayasanın 8'inci maddesine göre, yürütme yetkisi ve görevi Anayasaya ve kanunlara uygun olarak kullanılır ve yerine getirilir. Burada bir kurallar kademelenmesi (normlar hiyerarşisi) vardır. Anayasanın 11'inci maddesine göre de, Anayasa hükümleri, yürütme organını ve idarî makamları bağlayan temel hukuk kurallarıdır. Pozitif kaynağı Anayasanın bu hükümleri olan "idarenin kanuna bağlılığı ilkesi" anayasa ve idare hukukunun Önemli bir kuralıdır. Yürütme organının hukuka bağlılığı, yürütmenin bütün işlemlerinin

<sup>241</sup> Atar (2005): s.87, Özbudun (2005): s.113

<sup>242</sup> Atar (2005): s.87, Gözler (2000a): s.173,176.

<sup>243</sup> Atar (2005): s.87; Tanör-Yüzbaşıoğlu (2005): s.91; Gözler (2000a): s.173.

kanuna dayalı olarak yapılmasını ve kanunlara uygun olmasını zorunlu kılar. Dolayısıyla, yürütme organı Anayasaya ve kanunlara aykırı düzenleyici ve bireysel işlemler yapmamalıdır<sup>244</sup>.

Tüzükler, Anayasaya ve kanunlara; yönetmelikler, Anayasaya, kanunlara ve tüzüklere; bireysel işlemler ise bunların hepsine uygun olmalıdır. Yürütme organının hukuka bağlılığı, bireyler hakkında somut işlem yapması nedeniyle uygulama bakımından çok büyük öneme sahiptir<sup>245</sup>.

### **c) Yargı Organının Hukuka Bağlılığı**

Yargı organının hukuka bağlılığı; Mahkemelerin, Anayasaya, kanunlara ve hukuka uygun olarak karar vermesi anlamına gelir (AY.m.138). Anayasanın 11'inci maddesinde de, Anayasa hükümlerinin yargı organlarını bağlayan temel hukuk kuralları olduğu belirtilmiştir. Anayasa Mahkemesi, anayasaya aykırılık iddiasıyla önüne getirilen kanunları denetlerken bunlarla bağlı olmayıp, Anayasa hükümleri ile bağlıdır<sup>246</sup>.

## **2. Devlet Organlarının Bağlı Olacağı Hukukun Niteliği ve Kapsamı**

Her şeyden önce şunu belirtmek gerekir ki, hukuk devletinde egemen olması gereken hukuk, insan hak ve hürriyetlerini tanıyan, vatandaşlar için hukuki güvenlik sağlayan, adil ve evrensel standartlara uygun bir hukuktur<sup>247</sup>. Hukuk kurallarının genellik, ilan edilme, geçmişe yürümeme, açık-seçik olma, çelişmezlik, uyulabilirlik, nispi süreklilik ve ilan edilen kural ile resmi faaliyetler arasında uyum olması gibi özelliklere sahip olması gerekir<sup>248</sup>.

Devlet organlarının bağlı olduğu hukukun kapsamında Türk pozitif hukukuna dâhil kurallar ile hukukun genel ilkeleri yer alır. Bunun yanı sıra insan

<sup>244</sup> Atar (2005): s.87; Tanör-Yüzbaşıoğlu (2005): s.91; Gözler (2000a): s.174.

<sup>245</sup> Atar (2005): s.88. Tanör-Yüzbaşıoğlu (2005): s.92; Gözler (2000a): s.174,175.

<sup>246</sup> Atar (2005): s.88; Erdoğan (2001):s.84; Gözler (2000a): s.176.

<sup>247</sup> Atar (2005): s.88.

<sup>248</sup> Atar (2005): s.88; dipnot 94

hakları alanında tarafı olunan uluslar arası sözleşmelerle belirlenen standartlar da devlet organlarının bağlı olduğu hukuku biçimlendirir<sup>249</sup>.

## **C- Birey Hak ve Özgürlüklerinin Tanınması ve Korunması**

### **1. Hak ve Özgürlüklerin Tanınması**

Hukuk devletinin en önemli unsurlarından birisi de kişilerin temel hak ve hürriyetlerinin hukukten tanınması ve koruma altına alınmasıdır. Temel hak ve hürriyetlerin tanınması, her şeyden önce bunların güvenceleriyle birlikte anayasal düzenlemeye kavuşturulmasıyla olur. Ayrıca temel hak ve hürriyetlerin fiilen kullanılabilmesi ve gerçekleştirilebilmesi için gerekli kanuni düzenlemelerin de yapılması gerekir. Nitekim 1982 Anayasası, bireylerin temel hak ve hürriyetlerini kişi hakları, sosyal haklar ve siyasi haklar şeklinde üç bölüm halinde (md.12–74) düzenlemiş ve tanımıştır, Ne var ki, Anayasa, demokratik anayasalardan farklı olarak hak ve hürriyetlere ciddi sınırlamalar getirmiştir. İnsan haklarına ilişkin milletlerarası sözleşmeler de ülkemizce kabul edilmiş olmakla birlikte, bunlar etkin bir şekilde uygulanamamaktadır<sup>250</sup>.

### **2. Hakların Korunması**

Hukuk devletinde hak ve hürriyetlerin tanınması yeterli değildir, aynı zamanda hakların devletçe korunması ve hak arama yollarının açık tutulması da gerekir. Anayasanın 40'ncı maddesi "temel hak ve hürriyetlerin korunması" başlığı altında şu hükme yer vermiştir: "Anayasa ile tanınmış hak ve hürriyetleri ihlal edilen herkes, yetkili makama geciktirilmeden başvurma imkânının sağlanmasını isteme hakkına sahiptir. Kişinin, resmî görevliler tarafından vaki haksız işlemler sonucu uğradığı zarar da, kanuna göre, Devletçe tazmin edilir. Devletin sorumlu olan ilgili görevliye rücû hakkı saklıdır (f.1). Devlet, işlemlerinde, ilgili kişilerin hangi kanun yolları ve mercilere başvuracağını ve

<sup>249</sup> Bkz. Ankara 5 nci İdare Mahkemesinin 29. 06. 2004 tarih ve E. 20031796, K. 2004-1212 sayılı kararı. Erişim Tarihi: 26.11.2007; <http://www.memurlar.net/haber/12000/>.

<sup>250</sup> Atar (2005): s.90;Gözübüyük (1993): s.146;Soysal (1997): s.164.

sürelerini belirtmek zorundadır (f.2),” Öte yandan, Türkiye'nin de kabul ettiği Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi uyarınca kamu makamlarınca hakları ihlal edilen bireylerin iç hukuk yollarını tükettikten sonra Avrupa İnsan Hakları Mahkemesine başvurma hakları, vardır<sup>251</sup>.

### **3. Hak Arama Özgürlüğü<sup>252</sup>**

Atar'a göre hukuk devletinde bireylerin hiçbir engelle karşılaşmadan haklarını arayabilmeleri gerekir. Nitekim Anayasanın “hak arama hürriyeti”ni düzenleyen 36'ncı maddesine göre, “Herkes, meşru vasıta ve yollardan faydalanmak suretiyle yargı mercileri önünde davacı veya davalı olarak iddia ve savunma ile âdil yargılanma hakkına sahiptir, Hiçbir mahkeme görev ve yetkisi içindeki davaya bakmaktan kaçınmaz.”<sup>253</sup>

“Adil yargılanma hakkı” ibaresi, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesine uyum sağlamak amacıyla 2001 Anayasa değişikliğiyle bu maddeye eklenmiştir. Atar'a göre yargılamanın âdil olması kuralı zaten hukuk devletinin bir gereğidir. Bununla birlikte, bu önemli kuralın Anayasada açıkça belirtilmesi yerinde olmuştur<sup>254</sup>.

## **D- Bireylerin Hukukî Güvenlik İçinde Olması**

### **1. Hukuk Kurallarının Belirliliği**

Hukuk devletinde vatandaşlar hukuki güvenlik içinde olmalıdırlar. Hukuki güvenliğin temel şart, vatandaşların hangi kurallara tâbi olduklarını önceden bilmeleri ve davranışlarını ona göre ayarlayabilmeleridir. Bunun için de hukuk kurallarının belirli olması gerekir. Hukuk kurallarının belirliliği devletin pozitif hukukunu oluşturan bütün kuralların vatandaşlara duyurulmasıyla sağlanır. Nitekim Türk hukuku bakımından, kanunların ve diğer düzenleyici işlemlerin Resmî Gazetede yayımlanması kuralı, belirlilik ilkesini gerçekleştirme amacına yöneliktir. Resmî Gazetede

---

<sup>251</sup> Atar (2005): s.90.

<sup>252</sup> Geniş bilgi için bkz. 1. Bölüm, II. C. 3. Hak Arama Özgürlüğü

<sup>253</sup> Atar (2005): s.90.

<sup>254</sup> Atar (2005): s.90.

yayımlanması mecburi olmayan kural ve işlemlerin ise, ilgililere bildirilmesi zorunludur<sup>255</sup>.

## 2. Hukuki İstikrar

Hukuki güvenliğin bir diğer şartı hukuk kurallarının istikrarlı olması, yani sık sık ve keyfi olarak değiştirilmemesidir<sup>256</sup>. Hukuki istikrar hukuk kurallarının gerekli olan durumlarda değiştirilmesine engel değildir. Kuşkusuz hukuk kurallarının toplumsal değişmeye uydurulması da bir zorunluluktur. Ekonomik, sosyal ve teknolojik gelişmeler hukuk kurallarının değişmesini gerekli kılar. O halde ekonomik, sosyal, teknolojik vb, gelişmeler doğrultusunda hukuk kuralları değiştirilmeli, ancak bu faktörler ortaya çıkmadan ve keyfi olarak hukuk kurallarıyla oynanmamalıdır. Örneğin, vergi oranları bireylerin ekonomik ve ticari faaliyetlerinin planlanması ve sürdürülmesi bakımından önemli bir etkidir. Dolayısıyla, vergi oranlarının çok sık ve keyfi olarak artırılması bu faaliyetleri olumsuz şekilde etkiler. Yine suç oluşturan fiillerin suç ve cezalara ilişkin ilkelerle bağdaşmayacak şekilde sık sık değiştirilmesi bireyleri, hangi fiillerin suç olduğu ve nasıl davranmaları gerektiği konusunda ciddi tereddütlere sevk eder<sup>257</sup>.

## 3. Kazanılmış Haklara Saygı

Hukukun genel ilkeleri arasında yer alan kazanılmış haklara saygı, yani kazanılmış hakların korunması hukukî istikrarın da önemli bir unsurudur. Kazanılmış hak, yürürlükteki hukuk kurallarına uygun olarak kişiler lehine doğmuş bulunan hukuki durumlardır. Kazanılmış haktan söz edebilmek için hakkın bütün sonuçlarıyla fiilen elde edilmiş, gerçekten, kazanılmış olması gerekir. Tamamlanmamış hukukî durumlar, kişiler lehine hak yaratmazlar. Hukukta hakları kazanmanın yolları ise kurallarla belirlenmiştir<sup>258</sup>.

Anayasa Mahkemesi de: “Kazanılmış hakların tanınması ve korunması hukuk devletlerinde benimsenen bir ana hukuk kuralıdır, Türkiye Cumhuriyeti

---

<sup>255</sup> Atar (2005): s.91.

<sup>256</sup> Atar (2005): s.91; Erdoğan (2001): s.97.

<sup>257</sup> Atar (2005): s.91.

<sup>258</sup> Atar (2005): s.91; Erdoğan (2001): s.97; Özbudun (2005):s.121.

Anayasasında bu kuralı ortadan kaldıracak hiçbir hüküm yoktur; olabilmesi de düşünülemez.” yorumunu yapmaktadır<sup>259</sup>.

#### 4. Kanuni Hâkim Güvencesi

Hukuk devleti, en genel anlamda, vatandaşların hukuki güvenliğini sağlamayı amaçladığına göre, Anayasanın 37'nci maddesinde yer alan “kanuni hâkim güvencesi” bu ilkenin en doğal gereklerinden birisidir<sup>260</sup>. Kanuni hâkim güvencesi, bir kişinin kanunen yargılanması gereken mahkeme dışında başka bir mahkemece yargılanamamasını, yani suçun işlenmesi anında o davaya bakmakla görevli mahkeme tarafından yargılanmasını ifade eder<sup>261</sup>. 1961 Anayasasının ilk metninde (md.32) bu güvence, “tabii yargı yolu” başlığı altında şu şekilde düzenlenmiştir: “Hiç kimse, tabii hâkiminden başka bir merci önüne çıkarılamaz. Bir kimseyi tabii hâkiminden başka bir merci önüne çıkarma sonucunu doğuran yargı yetkisine sahip olağanüstü merciler kurulamaz.” Madde 1971 Anayasa değişikliği ile değiştirilmiş ve halen 1982 Anayasasında yer alan ifade kabul edilmiştir<sup>262</sup>. Anayasanın “kanuni hâkim güvencesi”ne ilişkin 37'nci maddesine göre, “hiç kimse kanunen tâbi olduğu mahkemeden başka bir merci önüne çıkarılamaz. Bir kimseyi kanunen tabi olduğu mahkemeden başka bir merci önüne çıkarma sonucunu doğuran vargı yetkisine sahip olağanüstü merciler kurulamaz.”

Yukarıda bütün bu anlatılanlara göre, işlenmiş bir suç için yeni bir mahkeme kurulması ya da hâkim atanması söz konusu olmamalıdır.

Anayasanın bu hükmüne rağmen, kanuni hâkim, her zaman, hukuk devletinin gereği olan “tabii hâkim” anlamına gelmez. Nitekim ülkemizde sıkıyönetim mahkemeleri ile devlet güvenlik mahkemelerinin özel mahkeme niteliği taşıması, tabii yargı yolu ilkesi ile uyumlu değildir<sup>263</sup>.

Çağdaş anayasalar, “yargıç hakkı”, hatta “doğal yargıç hakkı” güvencesini içeren hükümler öngörürler. Gerçek veya tüzel, yurttaş ya da yabancı her kişinin haklarını savunmak için adalete giriş hakkı ilkesi, hakları yargı yoluyla korumanın en açık ifadesidir<sup>264</sup>.

<sup>259</sup> Atar (2005): s.91; E. 1963/106, K. 1963/270, k.t. 11.11.1963, AMKD, Sayı 1, s . 473.

<sup>260</sup> Özbudun (2005):s.118.

<sup>261</sup> Atar (2005): s.92.

<sup>262</sup> Özbudun (2005):s.118.

<sup>263</sup> Atar (2005): s.92.

<sup>264</sup> Kaboğlu (2002): s.166.

Belli bir hukuk sistemini uygulayan yargıcın kendisinin de “özgürlükler hukuku güvencesi” olarak kimi özelliklere sahip bulunması gerekir, ilk garanti, yargıcın misyonuna bağlıdır. Latince bir sözcük olan “jurisdictio”, haklı olanı söyleme, hakkı dile getirme anlamına gelir ki bu da adaleti sağlama amacına yönelir. Diğer bir güvence, yargıcın statüsünden kaynaklanır. Bu yargıcın bağımsızlığıdır. Anayasaların çoğunda öngörülen ve düzenlenen böyle biri statü, güvence sıfatının önkoşuludur. Sonuncu güvence, yargıcın yargılama işlevini kullanma biçimine bağlıdır. Yargıç, faaliyetini “önceden belirlenmiş usullere göre yürütür. Bu usuller, duruşmanın ve kararların açıklığını (aleniyet) gerekli kılar; taraflar için bütün kanıtları sunma olanağını içeren, savunma haklarına saygıyı öngören, ayrıca yargıç kararlarını gerekçelendirme yükümlülüğünü getiren ilkeler bütünüdür. Bu usul gerekleri ötesinde, kararlara karşı başvuru yolları, kararlarda olası yanlışlıkların giderilmesini amaçlar. Kaboğlu'na göre son sözü söyleme yetkisi ile donatılan yargıcın temel koşul olarak iyi bir eğitimden geçmiş olması, güçlü bir formasyon kazanmış olması gerekir<sup>265</sup>. Ne var ki, yargıca ve onun uygulamak durumunda olduğu hukuka ilişkin güvence ilkeleri, ancak “doğal yargıç” ilkesinin tanınmasıyla gerçeklik kazanabilir.

Doğal yargıç, suç ve suçluya göre mahkemelerin kurulamaması anlamına gelir. Bu, insan Hakları Avrupa Sözleşmesi'nde “yasayla kurulmuş mahkeme” şeklinde ifade edilmektedir<sup>266</sup>.

1961 Anayasasındaki “Tabii yargı yolu” kenar başlıklı olup, “Hiç kimse, tabii hâkiminden başka bir merci önüne çıkarılamaz” şeklindeki 32. madde; 1971'de, “kanuni yargı yolu” kenar başlığıyla, “Hiç kimse, kanunen tabi olduğu mahkemeden başka bir merci önüne çıkarılamaz” şeklinde değiştirilmiştir<sup>267</sup>.

1982 Anayasası'nda ise, “Hiç kimse kanunen tabi olduğu mahkemeden başka bir merci önüne çıkarılamaz.” (md. 37). Bu yasağın aksine “olağanüstü mahkemeler kurulamaz.” (f. 2). Kısaca doğal yargıç, atfedilen suçun işlendiği tarihle var olan ve yetkileri yasayla açıkça belirlenmiş mahkemenin yargıcıdır. Doğal yargıç ilkesinin korunması özellikle kriz dönemlerinde uygulanan olağanüstü rejimlerde önem kazanmaktadır<sup>268</sup>.

Soysal'da doğal yargıç kavramını aynı paralelde yorumlamıştır. Soysal'a göre “Tabii hâkim” ya da “doğal yargıç” kavramı, dar anlamda, “suçun işlenmesinden

<sup>265</sup> Kaboğlu (2002): s.166.

<sup>266</sup> Kaboğlu (2002): s.167.

<sup>267</sup> Kaboğlu (2002): s.167.

<sup>268</sup> Kaboğlu (2002): s.167.

önce yasayla belli edilmiş yargıç” diye tanımlanır. Fakat bu temel tanımlamanın yanına, mahkemelere ilişkin yetki ve görev kurallarını, tarafsızlıkla ilgili güvenceleri ve olağanüstü mahkemelerin kurulamaması ilkesini de eklemek gerekir. Bu anlamda, “doğal yargıç” ya da “doğal yargı”, hukuk devleti ilkesinin temel unsurlarından biri olan “yargı bağımsızlığını tamamlayıcı, onu yargılananlar açısından anlamlı duruma getirici bir koşul olmaktadır. Mahkemeler suçun işlenmesinden önce kurulmamışsa, yargıçlar sanıklardan önce belli olmamışsa, o zaman suçlara ve sanıklara göre mahkeme kurup yargıç atamak olanağı ortaya çıkar. Mahkemelerin ve yargıçların bağımsızlığını ortadan kaldıran hükümler de buna eklenince, hukuk devleti ilkesi iyice zedelenmiş olur. Doğal yargı yolu, sanığın suçu işlediği anda yürürlükte olan yasa hükümlerine göre kurulmuş bir mahkemede o davaya bakması gerekli olan yargıç tarafından yargılanmasını sağlar. Hukuk devleti anlayışının somutlaştırılmasında ve vatandaşların belli bir güven duygusuyla yaşayabilmelerinde bunun önemi büyüktür<sup>269</sup>.

Soysal’a göre, yargıcı ve mahkemeyi gösteren yasa, ancak doğal yargıç ilkesine uygun olduğu zaman bir hukuk devletinin yasasıdır; bu ilkenin dışına çıkarsa Anayasadaki “hukuk devleti” ilkesine aykırı olacaktır. Yargıcın ve mahkemenin yasayla gösterilmesi, bu alanda rastgele yasalar yapılabileceği ve hukuk devleti ilkesini meydana getiren temel unsurların çığnenebileceği anlamına gelmez. Onun içindir ki, Anayasadaki hukuk devleti ilkesi kaldırılmadığı sürece, “kanunî yargı yolu”nun “doğal yargı yolu” olarak yorumlanması yerinde olacaktır<sup>270</sup>.

## 5. Ceza Sorumluluğunun İlkeleri

Hukuk devletinde bireylerin cezaî sorumluluğuna ilişkin bazı ilkeler vardır. Suç ve cezalarla ilgili düzenlemelerin bu ilkelere uygun olması gerekir. Anayasanın, “suç ve cezalara ilişkin esaslar” başlığını taşıyan 38’inci maddesinde bu ilkeler şöyle düzenlenmiştir: “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. Suç ve ceza zaman aşımı ile ceza mahkûmiyetinin sonuçları konusunda da yukarıdaki fıkra uygulanır. Ceza ve ceza yerine geçen güvenlik tedbirleri ancak kanunla konulur. Suçluluğu hükmen sabit oluncaya kadar, kimse suçlu sayılmaz. Hiç kimse

<sup>269</sup> Soysal (1997): s.167,168.

<sup>270</sup> Soysal (1997): s.167,168,169.

kendisini ve kanunda gösterilen yakınlarını suçlayan bir beyanda bulunmaya veya bu yolda delil göstermeye zorlanamaz. Kanuna aykırı olarak elde edilmiş bulgular, delil olarak kabul edilemez. Ceza sorumluluğu şahsidir. Hiç kimse, yalnızca sözleşmeden doğan bir yükümlülüğü yerine getirememesinden dolayı özgürlüğünden alıkonulamaz. Ölüm cezası ve genel müsadere cezası verilemez. İdare, kişi hürriyetinin kısıtlanması sonucunu doğuran bir müeyyide uygulayamaz. Silahlı kuvvetlerin iç düzeni bakımından bu hükme kanunla istisnalar getirilebilir. Uluslararası Ceza Divanına taraf olmanın gerektirdiği yükümlülükler hariç olmak üzere vatandaş, suç sebebiyle yabancı bir ülkeye verilemez.” Kanuna aykırı olarak elde edilmiş bulguların delil olarak kabul edilemeyeceği ve kimsenin yalnızca sözleşmeden doğan bir yükümlülüğü yerine getirememekten dolayı özgürlüğünden alıkonulamayacağına ilişkin hükümler, Anayasanın 38'inci maddesine 2001 değişikliği ile eklenmiştir. Öte yandan, 2001 değişikliği ile bu maddeye eklenmiş olan “Savaş, çok yakın savaş tehdidi ve terör suçları dışında ölüm cezası verilemez” hükmü 2004 değişikliğiyle metinden çıkarılmış ve “ölüm cezası verilemez” şeklinde yeni bir hüküm konulmuştur. Böylece, 2001 Anayasa değişikliğiyle “savaş, çok yakın savaş tehdidi ve terör suçları” halleriyle sınırlandırılan idam cezası, 2004 yılında Anayasadan tamamen çıkarılmış bulunmaktadır<sup>271</sup>.

Hukuk devletinin niteliklerine farklı bir yorum getirerek konuyu Anayasa Mahkemesi kararları çerçevesinde de inceleyebiliriz;

### **III. ANAYASA MAHKEMESİ KARARLARINA GÖRE HUKUK DEVLETİNİN NİTELİKLERİ**

#### **A- Temel Hak ve Özgürlüklerin Güvence Altına Alınması**

Hukuk devleti ilkesi beraberinde temel hak ve özgürlüklerin teminat altına alınması zorunluluğunu getirmektedir. Temel hak ve özgürlüklerin güvence altına alınması için başvuru olan birinci yol, kişi temel hak ve özgürlüklerinin kolayca değiştirilemeyen metinlerde yani anayasalarda sayılması ve düzenlenmesidir. İkinci olarak ise temel hak ve özgürlüklerin ancak kanunla sınırlandırılabilir olması gerektiğidir<sup>272</sup>. Anayasa Mahkemesi de bahsedilen bu kriterler çerçevesinde temel

<sup>271</sup> Atar (2005): s.93; Özbudun (2005): s. 119,120.

<sup>272</sup> Günday (2003): s.38.

hak ve özgürlükleri değerlendirmekte ve kararlarında da defalarca kez bu kriterlerin önemini vurgulamaktadır. Mahkeme bir kararında<sup>273</sup>:

“...Klasik demokrasiler, temel hak ve hürriyetlerin en geniş ölçüde sağlanıp güvence altına alındığı rejimlerdir. Kişinin sahip olduğu dokunulmaz, vazgeçilmez, devredilmez temel hak ve özgürlüklerin özüne dokunulup tümüyle kullanılmaz hale getiren kısıtlamalar demokratik toplum gerekleriyle uyum içinde sayılmaz. Özgürlükçü olmak yanında hukuk devleti olmak ve kişiyi ön planda tutmakta aynı rejimin öğelerindedir.” diyerek temel hak ve özgürlüklerin klasik demokrasi anlayışı için olmazsa olmaz bir koşulu olduğunu vurgulamıştır.

Mahkeme kişi hak ve özgürlüklerine getirilecek sınırlandırmaların ancak Anayasada gösterilen ve 1982 Anayasasının 2.maddesinde ifadesini bulan Cumhuriyetin temel niteliklerine uygun olması gerektiğini belirterek aynı kararında şöyle devam etmektedir:

“...hürriyetlerin yalnızca ne ölçüde kısıtlandığı değil, kısıtlamanın şartları, nedeni, yöntem, kısıtlamaya karşı öngörülen kanun yolları, hep demokratik toplum düzeni kavramı içerisinde değerlendirilmelidir. Hürriyetler, ancak istisnai olarak ve demokratik toplum düzeninin sürekliliği için zorunlu olduğu ölçüde sınırlandırılabilir. Demokratik hukuk devletinde güdülen amaç ne olursa olsun hürriyetteki kısıtlamaların bu rejimlere özgü olmayan yöntemlerle yapılmamış ve belli bir hürriyetin kullanılmamasını ortadan kaldıracak düzeye varmaması gerekir...”

Anayasa Mahkemesi'nin kararlarında da görüldüğü gibi bir kere kişi temel hak ve özgürlükleri ancak kanunla sınırlandırılabilir. Sınırlandırmanın nedenleri kanunda açıkça belirtilmelidir. Anayasa mahkemesi kendisine yapılan başvurularda öncelikle sınırlamanın mevcut olup olmadığını; var ise bu sınırlamanın Anayasa'da belirtilip belirtilmediğini ve söz konusu hürriyetin kullanılmasını zorlaştırıp zorlaştırmadığını veya kullanılmasını imkânsız hale getirip getirmediğini araştıracaktır<sup>274</sup>.

<sup>273</sup> AYM, E 1985/8, K 1986/27, sayılı kararı için bkz. 14.8.1987. tarih ve 19554 sayılı Resmi Gazete.

<sup>274</sup> Karaman, Mehmet, **Anayasa Mahkemesi Kararları Işığında Hukuk Devleti**, Ankara Üniv. Sosyal Bil. Ens. Kamu Hukuku Anabilim Dalı, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara 2001, s.82.

## B- Yürütmenin (idarenin) Tüm Eylem ve İşlemlerinin Yargı Denetimine Tabi Olması

Hukuk devletinden akla ilk olarak yürütmenin hukuka bağlı olması ve yine yürütme organının kararının yargı denetimine açılması gelmektedir. Bunun nedeni de tarihsel süreçte gizlidir. Çünkü hukuk devleti ilkesinin mücadelesinin yapıldığı dönemlerde yürütme organı kraldan ve onun atadığı bakanlardan oluştuğu için kişi haklarına yapılacak tecavüzlerin ancak yürütme organından gelebileceği kabul ediliyor ve dolayısıyla da öncelikle yürütme organının yaptığı işlemlerin yargı denetimine açık olması gerektiği fikri geliyordu. Kişi haklarının, milli iradeden doğan yasama organına karşıda güvence altına alınmasını sağlayacak olan bir mekanizmanın olması gerektiği düşünülüyordu. Bu bağlamda da yasama organının yargısal denetim fikri çok sonraları ortaya çıkmıştır<sup>275</sup>. 1982 Anayasası da hukuk devleti ilkesinin gereği olan yürütmenin işlemlerinin yargısal denetiminin gerekliliğini 125.maddesinde “İdarenin her türlü eylem ve işlemlerine karşı yargı yolu açıktır.” hükmü ile kabul etmiştir.

Anayasa Mahkemesi de verdiği kararlarda mükerrer defa hukuk devletinin bu ilkesine değinmiştir. Mahkeme bir kararında<sup>276</sup>:

“...Hukuk devletinde bütün faaliyetler hukuk kurallarına uygun yürütmeli, devletin bütün organ ve kurumları, her türlü faaliyetlerinde kendilerini hukuk kurallarıyla bağlı saymalıdır...” diyerek hukuk devletinin bir gereği olarak tüm kurumların tüm faaliyetlerinde bu bilinci taşımaları gerektiğini vurgulamıştır.

Mahkeme yine bir kararında<sup>277</sup>: “...itiraz konusu dördüncü fıkra hükmü ise... Nedeni ve sınırı belirsiz yetki ile planlama sürecinde merkezi idarenin tek başına söz sahibi olduğu yeni bir dönemin başlamasına neden olmuştur.”Gerekli görülen halde” gibi soyut bir anlatımla açıklanan bu yetkinin etkili bir yargı denetimine bağlı olduğu düşünülemez... Anayasanın 2.maddesinde belirtilen Cumhuriyetin “Hukuk Devleti” niteliğinde en önemli işlev “yargı” denetimi nedeni ile yargı organına düşmektedir. Hukuk devletinde yargı denetiminin sağlanabilmesi için yasalarda yönetimin görev ve yetkilerinin sınırının açıkça gösterilmesi gerektiğinde duraksamaya yer yoktur. Hukuk devleti ilkesi, bu özelliği nedeniyle, belirsizliğe ve sınırsızlığa yola açacak düzenlemeleri uygun karşılamaz, İtiraz konusu kurulla takdire bağlı sınırsız bir yetki

<sup>275</sup> Özbudun (2005): s.114–115

<sup>276</sup> AYM, E 1988/7, K 1988/27 sayılı kararı için bkz. 26.12.1988 tarih ve 20031 sayılı R.G.

<sup>277</sup> AYM, E 1990/38, K 1991/32 sayılı kararı için bkz. 28.11.1991 tarih ve 21065 sayılı R.G.

verilerek merkezi yönetimin yerel yönetimlere müdahalesine olanak sağlamış olduğundan hukuk devleti ilkesine aykırılık açıktır.” demektedir.

Söz konusu karardan anlaşılacağı üzere mahkeme bu kararına özgürlükçü tutumunu çok iyi bir şekilde yansıtarak idarenin işlem ve eylemlerinin yargı denetimine kapalı olmasından farklı olarak yapılan bir yasal düzenlemede idareye verilen yetkilerini sınırlarının yeterince açık olmamasını bile Anayasanın ihlali saymıştır. Mahkemenin bu tutumu da “hukuk devleti” ilkesi açısından yargı denetiminin sağlam ve yeterli bir şekilde yapılabilmesinin önemini açığa çıkartmaktadır.

### C- Bağımsız Yargı ve Hâkimlik Teminatı

“İdarenin yargısal denetiminin etkili bir biçimde yapılabilmesi için, mahkemelerin bağımsızlığının ve yargıç güvencesinin tam anlamıyla sağlanmış olması gerekir”<sup>278</sup>. Aksi halde yukarıda bahsedilen ilkenin de bir anlamı kalmaz. Çünkü Yürütmeyi yargısal açıdan denetleyecek olan yargıçların yürütmeden korkması başka bir deyişle yürütme karşısında korumasız kalması halinde yürütmenin de objektif bir şekilde yargılanması mümkün olmayacaktır.”Yargı denetimini yerine getiren mahkemelerin ve hâkimlerin bağımsız olmaları hukuk devletinde esastır. Çünkü bu devlette, kişi hak ve hürriyetlerinin en büyük teminatı bağımsız yargı organlarıdır”<sup>279</sup>.

Anayasa Mahkemesi bir kararında hukuk devleti için bağımsız mahkemeler ve hâkimin önemini şöyle açıklamıştır<sup>280</sup>:

“...Yargı yetkisi Türk Ulusu adına bağımsız mahkemelerce kullanılır. Hâkim demek, mahkemelerde bağımsız yargı yetkisini Türk Ulusu adına kullanan kimse demektir... Anayasanın düzenlediği hiçbir kuruluş için bağımsızlıktan söz edilemez ve herhangi bir devlet görevlisinin görevinde bağımsız bulunduğu bildirilmemiş iken mahkemelerin ve hâkimlerin bağımsızlığından açıkça söz edilmiş olması ve bu kavram üzerinde genel kurallarla yetinilmeyip askeri yargı ile idari yargı konusunda bu kavrama ayrıca yer verilmesi, hâkimlerin hiçbir devlet görevlisinin görevi ile

<sup>278</sup> Günday (2003): s.46.

<sup>279</sup> Kocabay Hamit, **Hukuk Devleti İlkesi ve 1982 Anayasası Açısından Y.A.Ş Kararlarının Yargı Denetimini Dışında Tutulması**, Gazi Üniv. Sosyal Bilimler Ens, Kamu Hukuku Anabilimdalı, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara 1992, s.40.

<sup>280</sup> AYM, E 1972/44, K 1972/11 sayılı kararı için bkz.13.5.1972 tarih ve 14186 sayılı R.G.

ölçülemeyecek önemde görev yaptıklarının Anayasaca kabul edildiğini belirtmektedir... Çağdaş hukuk anlayışına göre hukuk devletinin bütün iş ve işlemlerinin hukuk kurallarına bağlı olmasını gerçekte sağlayacak tek ilke ise bu iş ve işlemlerinden ötürü bağımsız mahkemelerde dava açılabilmesinin kabulü ve bütün bu iş ve işlemlerin bağımsız hâkimlerce hukuka uygun olup olmadığının karara bağlanabilmesidir...”.

Anayasa Mahkemesi, vermiş olduğu kararlarda mahkemelerin bağımsızlığını ve hâkimlik teminatını korumada çok büyük bir duyarlılık göstermiş, bu ilkeleri zedeleyecek nitelikteki kanunları iptal etme yoluna gitmiştir. Bunun nedeni hukuk devletini korumanın yanında belki de kendilerinin de birer hâkim olmasıdır.

#### **D- Kanunların Genelliği ve Kanun Önünde Eşitlik**

Kanunların genelliği ve kanun önünde eşitlik, hukuk devletinde ön planda olan fert için bir güvence teşkil eder. Benzer nitelikte olan meselelerin aynı şekilde çözümlenmesine “kanunların genelliği” ilkesi adı verilir bir başka deyişle bir kanunun uygulama alanı içerisinde kalan herkese uygulanabilmesine denir. Kanunların genel olması hukuk devletinin de gereğidir. Eşitlik ise kanunların genelliğinin teminatıdır. Anayasanın 10. maddesine göre; “Herkes, dil, ırk, renk, cinsiyet, siyasi düşünce, felsefi inanç, din, mezhep ve benzeri sebeplerle ayırım gözetilmeksizin kanun önünde eşittir. Hiçbir kişiye, aileye, zümreye veya sınıfa imtiyaz tanınamaz.” Hukuk devleti hukukun üstünlüğü temeli üzerine kurulmuştur. Bu nedenle her türlü ayrıcalığı reddeder.

Anayasa Mahkemesi pek çok kararında kanun önünde eşitlik kavramına değinmiş ve bu konuyu açıklamıştır. Mahkeme bir kararında<sup>281</sup>:

“...Anayasa Mahkemesi'nin birçok kararında da belirtildiği gibi Anayasa bir tek kişiye veya kimi topluluklara aynı durumda bulunan vatandaşlardan daha çok veya daha geniş hak ve yetkiler tanınmasını eşitlik ilkesine aykırı bulmuştur. Ancak, kanun önünde eşitlik bütün vatandaşların her yönden aynı kurallara bağlı tutulmaları anlamında değerlendirilemez. Bu ilke ile güdülen amaç, aynı şartlar içinde bulunan özdeş nitelikteki durumların kanunlarla aynı işleme bağlı tutulmasıdır. Bir takım vatandaşların başka kurallara bağlı tutulmaları haklı bir nedene dayanmakta ise böyle bir durumda kanun önünde eşitlik ilkesi çiğnenmemiş sayılmaz...”

<sup>281</sup> AYM, E 1988/11, K 1988/11 sayılı kararı için bkz. 28.7.1988 tarih ve 19862 sayılı R.G.

Mahkeme kararından da anlaşılacağı üzere Anayasa Mahkemesi “eşitlik” anlayışı olarak “yatay eşitlik” anlayışını benimsemektedir. Yani mahkemeye göre aynı şartlar ve özdeş durumlar ancak aynı kanuna tabi tutulmalıdır. Yani eğer farklı bir durum varsa başka bir ifade ile kişinin kanun kapsamına dâhil edilmemesi haklı bir nedene dayanıyorsa veya konumu itibarıyla kanun kapsamına girmiyorsa düzenlenen bir kanundan yararlanamaması Anayasayı ihlal anlamına gelmez. Çünkü eşitliğe aykırı husus, aynı statüde bulunan kişilerden birinin haklı bir neden olmaksızın kanun kapsamından yararlandırılmaması veya yararlandırılmasıdır. Dolayısıyla “yatay eşitlik” anlayışı gereği olarak Anayasa Mahkemesi’nin anladığı anlamda “eşitlik ilkesi” mutlak bir eşitlik anlayışı değildir<sup>282</sup>.

Mahkeme başka bir kararında aynı durumda bulunan kişiler hakkında farklı bir uygulamaya gidilmesini Anayasa’nın eşitlik anlayışına aykırı bulurken şu cümlelere yer vermektedir.

“...Hukuk devletinin ana ilkelerinden birisi de eşitliktir. Bütün kamu görevlilerine ve bu arada Yargıtay ve Danıştay hâkimlerine özlük haklarıyla ilgili olarak uygulanan idari işlemlerden dolayı yargı yoluna başvurma hakkı tanındığı halde adliye mahkeme hâkimlerine bu hak tanınmamaktadır. Bu durumun eşitlik ilkesiyle bağdaşmadığı herhangi bir kuşkuyla yer vermeyecek derecede açıktır...”<sup>283</sup>

## **E- Kanunların Anayasaya Uygunluk Denetimi**

“Yasaların anayasaya aykırı olmayacaklarını belirtme yeterli değildir. Bunun yanında, yasaların anayasaya uygunluğunu sağlayacak bir denetim mekanizmasının da kurulması gerekir.1961 ve 1982 Anayasa’larında, bu görev Anayasa Mahkemesine verilmiştir. Anayasa Mahkemesinin bu alandaki yetkisine, 1961 Anayasasına göre, 1982 Anayasası ile, hem başvuranlar açısından, hem de içerik açısından bazı kısıtlamalar getirilmiştir”<sup>284</sup>.

Esas olan kanun koyucunun Anayasaya aykırı kanunlar çıkarmamasıdır. Fakat zaman zaman bu ilkeye aykırı yasalar ortaya çıkabilmektedir. Bu halde bulunan yasaları da hukuk âleminde temizlemek de Anayasa Mahkemesine düşmektedir.

<sup>282</sup> Öden Merih, **Eşitlik**, Yetkin Yayınları, Ankara 2003, s.78.

<sup>283</sup> AYM, E 1976/143, K 1977/4 sayılı kararı için bkz. 21.04.1977 tarih ve 15916 sayılı R.G.

<sup>284</sup> Gözübüyük (1993): s.164.

Anayasa Mahkemesi aşağıdaki kararında; yasama organının Anayasa Mahkemesi kararlarını dikkatlice incelemesi gerektiğini ve eğer mahkeme tarafından bir iptal kararı verilmişse, bunun gerekçesindeki hususları dikkate alarak yeni kanun hükmünü bu bağlamda hazırlaması gerektiğini vurgulamaktadır.

“...Bu bağlılık Anayasa Mahkemesi'nin Anayasaya aykırı bularak iptal ettiği bir konuda aynı içerik ve nitelikte yeni bir yasa çıkarılmamasını da gerekli kılar. Anayasanın bu hükmü gereğince, yasama organı Anayasa Mahkemesi'nin Anayasaya aykırı bularak iptal ettiği bir kuralın aynısını ya da değişik ifadelerle benzerini yasalaştırmaması gerekir. Yasama organı, Anayasa Mahkemesi'nin iptal kararından sonra aynı konuda bir yasa yaparken Anayasa Mahkemesi kararı gerekçesinde gösterilen iptal nedenlerini dikkate almalıdır.”<sup>285</sup>

## **F- Kuvvetler Ayrılığı**

Yasama, yürütme ve yargı makamlarının görev ve yetkileri Anayasada duraksamaya yer vermeyecek şekilde düzenlenmiştir. Bu üç gücün birbirinden ayrılış tarzlarına göre devlet sistemleri belirlendiği hatırlanırsa kuvvetler ayrılığı ilkesinin önemi daha açık bir şekilde ortaya koyabilme imkânı doğmaktadır. Kuvvetler ayrılığı ile devleti oluşturan üç gücün birbirinin alanına müdahale etme niteliği belirlenmektedir. Eğer bu müdahale tamamıyla imkânsız ise yani yasama, yürütme ve yargı organı çok katı çizgilerle birbirinden ayrılmışsa bu takdirde tipik bir “başkanlık sistemi” niteliği ortaya çıkmaktadır; ya da Yasama, yürütme ve yargının birbirinden ayrılış tarzları daha esnek ise bu halde de “parlamentar sistem” den bahsetmek gerekecektir<sup>286</sup>. Bu kadar öneme sahip olan bir kavramın “hukuk devleti” ilkesini gerçekleştirmek amacıyla yüklendiği ödevde hiç kuşkusuz çok büyük öneme sahiptir.

Anayasa Mahkemesi de yukarıdaki açıklamalara paralel olarak bu ilkenin öneminden bahisle sık sık kararlarında bu ilkeye atıf yapmış ve bu ilkeden ne anlaşılması gerektiğini açıklama yoluna gitmiştir. Mahkeme bir kararında kuvvetler ayrılığından ne anlaması gerektiği ve bu yetkilerin hangi makamlar tarafından kullanılması gerektiğiyle ilgili olarak şu açıklamada bulunmuştur<sup>287</sup>:

<sup>285</sup> AYM, E 1988/11, K 1988/11 sayılı kararı için bkz. AMKD, Sayı 24, s.138 vd.

<sup>286</sup> Teziç (1998): s.399 vd.

<sup>287</sup> AYM, E 1967/19, K 1969/6 sayılı kararı için bkz. 17.4.1970 tarih ve 13474 sayılı R.G.

“... 1961 tarihli Anayasamız 1924 tarihli Anayasamızdan farklı olarak kuvvetler ayrılığı prensibini kabul etmiş ve yasama, yürütme ve yargı diye anılan üç kuvvetten yasama yetkisinin TBMM’de olduğunu... yürütme gücünün kanunlar çerçevesinde Cumhurbaşkanı ve Bakanlar Kurulu tarafından yerine getirileceğini... yargı yetkisinin Türk Milleti adına bağımsız mahkemelerce kullanılacağını belirtmiştir. Ancak yasama, yürütme ve yargı kuvvetleri yekdiğerinden ayrı, bağımsız organlara verilmekle beraber kuvvetler muvazenesi şeklinde ayarlanmıştır...”

Mahkeme başka bir kararında yürütmenin yasamanın yetkisine giren bir konuda kendisini yetkili sayamayacağıyla ilgilide şu tespitlerde bulunuştur<sup>288</sup>:

“...Anayasada ifadesini bulan... ayırık haller dışında yasalarla düzenlenmiş bir alanda yürütmenin sübjektif hakları etkileyen bir kural koyma yetkisi bulunmamaktadır. Yasa ile yetkili kılınmış olması da sonuca etkili değildir... Yürütmeye verilen yetkinin genişliği ve belirsizliği apaçık ortadadır. Yasada esasla alakalı birçok yönler düzenlenmiştir. Bu durum açıkça bir yetki devridir ve Anayasanın “Yasama yetkisi Türk Milleti adına TBMM’dedir. Bu yetki devredilemez.” biçimindeki 7.maddesine ve ayrıca Başlangıç kısmına aykırıdır...”

Mahkeme kararlarının genelini incelenmesinden de anlaşılacağı üzere Anayasa Mahkemesi “hukuk devleti” ilkesinin gerçekleştirilmesi hususunda çok önemli bir rolün sahibidir. Öyle ki Anayasa Mahkemesi hukuk devletinin tanımını yaparken bugün terminolojik olarak kullandığımız pek çok ilkeyi tanımlama ve kullanmasıyla öne çıkmaktadır. Ancak mahkeme yukarıda ki kararlarında da görüldüğü üzere hukuk devletinin tam anlamıyla bir tanımını yapmak yerine bu kavramın niteliklerine, bu kavramı gerçekleştirmek için hangi unsurların bulunması gerektiğine ve de bu unsurların hukuk devleti ilkesi açısından sahip olduğu önemi ortaya koymaktadır.”Hukuk devleti” ilkesi üzerine yapılan ve birbirinden farklı olan bu kadar çok tanımın incelenmesinden de anlaşılacağı üzere mahkemenin bu tutumuna hak vermek gerekir. Çünkü “hukuk devleti” ilkesi bir bakıma bir “ide”dir. Dolayısıyla bu ilkenin tam anlamıyla uygulandığı bir ülke bulmak mümkün değildir. Bu da bu kavramın tam anlamıyla ne olduğu sorusuna olumsuz cevap verme sonucunu doğurur. Ancak “hukuk devleti” ilkesi üzerine yapılan çalışmalardan anlaşılacağı üzere bu kavramın nitelikleri hususunda büyük oranda bir birliktelik vardır. En son aşamada da bu tespit Anayasa Mahkemesi’nin “hukuk devleti” kavramının tanımlanması hususundaki tutumunun haklı bir tutum olduğu sonucuna vardırır.

<sup>288</sup> AYM, E 1986/18, K 1986/24, AMKD, Sayı 23, s.233 vd.

## IV. HUKUK DEVLETİNİN MEKANİZMALARI

### A- 1982 Anayasasında Yasama ve Yürütme İşlemlerinin Yargısal Denetimi

#### 1. 1982 Anayasasında Yürütme İşlemlerinin Yargısal Denetimine İlişkin kurallar

Hukuka bağlı olan yürütme organının bütün işlemlerinin hukuka uygun olması gerekir. Tarihi olarak kişi hak ve hürriyetleri pratikte yürütme organı tarafından ihlal edildiği için, yürütme işlemlerinin keyfilikten kurtarılmasının ancak yargı denetimi ile sağlanabileceği anlaşılmıştır<sup>289</sup>. Anayasa, “İdarenin her türlü eylem ve işlemlerine karşı yargı yolu açıktır” (md.125), hükmüyle yürütme işlemlerinin yargısal denetimini kabul etmiştir.

Yürütme organının eylem ve işlemlerinin yargısal denetimi konusunda iki sistem vardır. Bunlardan birincisi, söz konusu denetimi genel yargı organlarına bırakan ve özellikle Anglo-Sakson ülkelerinde uygulanan “adli idare” veya “yargı birliği” sistemidir. Bu sistemde tek bir yargı organı vardır ve devletle fert arasındaki hukuki uyuşmazlıklar tıpkı fertler arasındaki hukuki uyuşmazlıklar gibi, bu yargı organınca yani genel mahkemelerce çözülür. İkinci sistem ise, yürütmenin eylem ve işlemlerinden doğan hukukî uyuşmazlıkların çözümünü, genel mahkemelere değil, özel birtakım yargı kuruluşlarına yani idare mahkemelerine bırakır. “İdarî yargı” adı verilen bu sistem, Fransa’da doğmuş ve oradan diğer Kara Avrupacı ülkelere yayılmıştır. Türkiye’de de, yüzyılı aşkın bir süredir uygulanmakta olan sistem budur<sup>290</sup>.

Türkiye’de Danıştay, idari yargı sisteminin en üst merciidir. Anayasanın 13.8.1999 tarih ve 4446 sayılı Kanunla değiştirilmiş olan 155’inci maddesine göre “Danıştay, idarî mahkemelerce verilen ve kanunun başka bir idari yargı merciine bırakmadığı karar ve hükümlerin son inceleme merciidir. Kanunla gösterilen belli davalara da ilk ve son derece mahkemesi olarak bakar. Danıştay, davaları görmek, Başbakan ve Bakanlar Kurulunca gönderilen kanun tasarıları, kamu hizmetleri ile ilgili imtiyaz şartlaşma ve sözleşmeleri hakkında iki ay içinde düşüncesini bildirmek, tüzük tasarılarını incelemek, idari uyuşmazlıkları çözmek ve kanunla gösterilen diğer işleri yapmakla görevlidir.” Bu maddeden de anlaşılacağı gibi, Danıştayın idari yargı görevinin yanında, merkezi idarenin danışma organı olma fonksiyonu da vardır. Bizi burada hukuk

<sup>289</sup> Atar (2005): s.94; dipnot 104; Kaboğlu (2002): s. 135.

<sup>290</sup> Özbudun (2005): s. 114.

devleti açısından ilgilendiren, Danıştayın sadece idarî yargı fonksiyonudur. Danıştay, idarî davaların bir kısmında ilk ve son inceleme mercii, bir kısmında ise son inceleme (temyiz) merciidir. 20.1.1982 tarih ve 2576 sayılı Kanun, bölge idare mahkemelerinin, idare mahkemelerinin ve vergi mahkemelerinin kuruluşuna imkân vermek suretiyle, Danıştayın ilk ve son derece mahkemesi olarak baktığı idarî davaların sayısını azaltmıştır. Aynı tarih ve 2577 sayılı Kanun da, 45, 46 ve 47'nci maddelerinde idare ve vergi mahkemelerinin tek hâkimle verdikleri kararlara karşı, kural olarak temyiz yoluna başvurulamayıp sadece, o yargı çevresindeki bölge idare mahkemesine itiraz edilebileceğini; idare ve vergi mahkemelerinin tek hâkimle verdikleri kararlar dışındaki kararların Danıştay'da temyiz yoluyla incelenip, karar bağlanacağını öngörmüş, Danıştay Kanununun 24'üncü maddesi ise, Danıştayın ilk ve son derece mahkemesi olarak göreceği davaları belirtmiştir<sup>291</sup>.

Hukuk devleti ilkesi, gerek adli idare, gerek idari yargı sistemleriyle bağdaşabilir. Hukuk devleti bakımından önemli olan nokta, yürütmenin eylem ve işlemlerinin bağımsız yargı organlarınca denetlenip denetlenememesidir. Bu denetim sağlandıktan sonra, denetimi yapan mahkemenin genel mahkeme veya idare mahkemesi oluşu, hukuk devleti açısından önem taşımaz. Nitekim hukuk devleti, adli idareyi benimseyen Anglo-Sakson ülkelerinde olduğu kadar, idarî yargıyı benimseyen Kara Avrupası ülkelerinde de mevcuttur<sup>292</sup>.

Buna karşılık, gene denetim sistemi ne olursa olsun, eğer yürütmenin bir kısım eylem ve işlemleri, çeşitli yollarla yargı denetimi dışında bırakılabiliyorsa hukuk devleti ilkesinin zedelenmiş olduğu sonucuna varabiliriz. 1924 Anayasası döneminde Danıştay, bir kısım yürütme işlemlerini siyasal nitelikli görerek, bunlardan doğan uyuşmazlıklara bakmayı reddediyordu. "Hükümet tasarruf" adı verilen ve idari yargı organının bir oto-limitasyonuna (kendi kendisini sınırlama) dayanan bu işlem kategorisinin yanı sıra, özellikle 1950–1960 döneminde çıkarılan bazı kanunlar (mesela Emekli Sandığı Kanununun 39'uncu maddesi) bir kısım idari işlemler hakkında yargı yoluna başvurulmasını yasaklamış, yani yargı denetimi imkânını kanunla ortadan kaldırmıştır. 1961 Anayasasının 114'üncü maddesi, "İdarenin hiçbir eylem ve işlemi, hiç bir halde, yargı mercilerinin denetimi dışında bırakılamaz" hükmünü getirmek suretiyle, hukuk devleti ilkesini saran bu çeşit uygulamaları önlemiş oldu. Bu hüküm, bir yandan yasama

---

<sup>291</sup> Özbudun (2005): s. 114.

<sup>292</sup> Özbudun (2005): s. 115.

organına, bir yandan da idarî yargı organına yönelik bir direktif niteliği taşıyordu. Madde, yasama organına hitap eden yönüyle, idarî yargı yolunu kapatacak kanunların çıkarılmasını yasaklıyor; idari vargıya hitap eden yönüyle de bu mahkemelerin bir kısım yürütme işlemlerinden doğan uyuşmazlıkları kendi görev alanları dışında görerek bunlara bakmayı reddetmeleri imkânını ortadan kaldırmış oluyordu. Böylece, 1961 Anayasasının 114'üncü maddesinin, hukuk devleti bakımından çok önemli bir aşama sağladığı kuşkusuzdur<sup>293</sup>.

1961 Anayasasının 114'üncü maddesinin ilk fıkrası, bu Anayasanın 1961'de geçirdiği değişiklikle, "idarenin her türlü eylem ve işlemine karşı yargı yolu açıktır" haline getirilmiş, bu hüküm 1982 Anayasasının 125'inci maddesinde de (f. 1) aynen korunmuştur. Bu ifadenin, 1961 Anayasasının ilk şekline göre daha az kuvvetli olduğu düşünülebilirse de, aslında aralarında anlam farkı yoktur. İdarenin herhangi bir eylem veya işlemine karşı yargı yolunu kapatan bir kanun, yine de elbette Anayasaya aykırı olacaktır. Ne var ki, 1982 Anayasasının kendisi (md.125/2) bu kurala iki istisna getirmiştir. Buna göre,"Cumhurbaşkanının tek başına yapacağı işlemler ile Yüksek Askeri Şuranın kararları yargı denetimi dışındadır." <sup>294</sup>.

Bunların dışında Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulu kararları (md.159/4) ile uyarma ve kınama şeklindeki disiplin cezaları (md.129/3)yargı denetimi dışında tutulduğu gibi, 1402 sayılı Sıkıyönetim Kanunu da (Ek.m.3), sıkıyönetim komutanlarının işlemlerini yargı denetimi dışında tutmuştur<sup>295</sup>.

1982 Anayasasının 125'inci maddesi, 1961 Anayasasının 1488 sayılı Kanunla değiştirilen 114'üncü maddesine benzer olarak, idarî vargı denetiminin niteliği ve sınırları ile ilgili bazı hükümler getirmektedir. Maddenin 4'üncü fıkrasına göre, "yargı yetkisi, idari eylem ve işlemlerin hukuka uygunluğunun denetimi ile sınırlıdır. Yürütme görevinin kanunlarda gösterilen şekil ve esaslara uygun olarak yerine getirilmesini kısıtlayacak, idarî eylem ve işlem niteliğinde veya takdir yetkisini kaldıracak biçimde yargı kararı verilemez"<sup>296</sup>

Özbudun'a göre, fıkrada sayılan bütün bu hususlar yeni bir hüküm getirmeyip, idari yargının "yerindelik" (opportunité) denetimi değil, ancak "kanunilik" veya "hukuka uygunluk" (legalite) denetimi yapabileceği, idari yargı kararının idari eylem ve işlem niteliğinde olamayacağı ve bu karar üzerine onun

<sup>293</sup> Özbudun (2005): s. 115.

<sup>294</sup> Özbudun (2005): s. 115.

<sup>295</sup> Atar(2005): s.94; Gözler (2000a):s.155.

<sup>296</sup> Özbudun (2005): s.116.

içeriğini yerine getirecek yeni bir işlem yapma görevinin idari yargıya değil, faal idareye ait olduğu; idari yargının, kanun çerçevesi içinde idareye takdir hakkının tanınmış olduğu durumlarda, bu takdirin yerindeliğini denetleyemeyeceği, idare hukukunun öteden beri yerleşmiş ve herkesçe bilinen ilkeleridir. İdari yargının mahiyetinden doğan ve dolayısıyla Anayasada ayrıca belirtilmesine hiç gerek olmayan bu sınırlar içinde, idarî yargının hukuka uygunluk denetimi yapma yetkisini sınırlayıcı herhangi bir kural, hukuk devleti anlayışı içinde düşünülemez<sup>297</sup>.

1982 Anayasasının 125'inci maddesi (f.5 ve 6) 1961 Anayasasında verilmemiş olan "yürütmenin durdurulması" konusunu düzenlemektedir. Beşinci fıkraya göre, "İdarî işlemin uygulanması halinde telâfisi güç veya imkânsız zararların doğması ve idari işlemin açıkça hukuka aykırı olması şartlarının birlikte gerçekleşmesi durumunda gerekçe gösterilerek yürütmenin durdurulmasına karar verilebilir".

Özbudun'a göre bu fıkra hakkında da, dördüncü fıkra hakkında söylenenler tekrarlanabilir. Yürütmenin durdurulmasının istisnai bir işlem olduğu, buna ancak idari işlemin uygulanmasından telafisi güç veya imkânsız zararların doğacak olması ve idarî işlemin hukuka aykırı görünmesi<sup>298</sup> durumlarında karar verilebileceği de, yine idare hukukunun bilinen ve yerleşmiş ilkeleri arasındadır. Buna karşılık, 6'ncı fıkradan, olağanüstü hallerde, sıkıyönetim, seferberlik ve savaş halinde, ayrıca millî güvenlik, kamu düzeni, genel sağlık nedenleri ile kanunun, yürütmenin durdurulması kararı verilmesini sınırlayabileceği anlaşılmaktadır. Su halde, fıkroda sözü edilen durumlarda, idari işlemin uygulanması halinde telâfisi güç veya imkânsız zararlar doğacak olsa ve idarî işlem açıkça hukuka aykırı bulunsa bile, idari yargının yürütmeyi durdurma kararı verme yetkisi kanunla sınırlanabilecektir ki, bunu hukuk devleti ilkesiyle bağdaştırmak güçtür<sup>299</sup>.

Hukuk devleti ilkesi, idarenin kişilere verdiği zararlardan dolayı mali sorumluluğunun (tazminat sorumluluğu) kabul edilmesini de gerektirir. Anayasa idarenin malî sorumluluğunu, kabul etmiştir. Anayasasının 125'inci maddesinin son fıkrasına göre, "idare, kendi eylem ve işlemlerinden doğan zararı ödemekle yükümlüdür."<sup>300</sup>

<sup>297</sup> Özbudun (2005): s.116,117, Aynı görüş; Atar (2005):s.94,95.

<sup>298</sup> Görünme tabiri kullanılmıştır. Çünkü Özbudun'a göre işlemin gerçekten hukuka aykırı olup olmadığı ancak yargılamanın sonunda ortaya çıkabilir.

<sup>299</sup> Özbudun (2005): s.117.

<sup>300</sup> Özbudun (2005): s.117, Atar (2005): s.95.

## 2. Yasama İşlemlerinin Yargısal Denetimi

Yürütme işlemlerinin yargısal denetimi, hukuk devletinin temel ilkelerinden biri olmakla birlikte, tek başına hukukun üstünlüğünü ve vatandaşların hukukî güvenliğim sağlamaya yeterli değildir. Çünkü bu denetim, nihayet, yürütme işlemlerinin “kanunlara” uygunluğunu sağlayabilecektir. Oysa, kanunların kendisi Anayasaya aykırı olduğu takdirde, vatandaşların anayasal haklarının çiğnenmesi yine önlenemeyecektir. Şu halde hukuk devletinin tam anlamıyla gerçekleşmiş sayılabilmesi için, sadece yürütme organının işlemlerinin kanunlara uygunluğunun değil, yasama işlemlerinin de Anayasaya uygunluğunun yargı organlarınca denetlenebilmesi gerekir<sup>301</sup>.

1982 Anayasası, kanunların anayasaya uygunluğunun yargısal denetimine iki istisna getirmiştir. Biri, Anayasanın 174'üncü maddesinde sayılan inkılâp kanunlarının Anayasaya aykırılığının iddia edilememesi, ikincisi de Millî Güvenlik Konseyi döneminde çıkarılmış kanunların, kanun hükmünde kararnamelerin ve 2324 sayılı Anayasa Düzeni Hakkında Kanun uyarınca alınan karar ve tasarrufların Anayasaya aykırılığının ileri sürülememesidir (geçici madde 15, f. 3). Hukuk devleti açısından ciddi sorunlar yaratan ikinci istisna, 3.10.2001 tarihli Anayasa değişikliği ile ortadan kaldırılmıştır<sup>302</sup>.

Yasama organının hukukla bağlı olması yasama işlemlerinin hukuka aykırı olmamasını gerektirir, Yasama organı anayasaya aykırı kanun yapmamalıdır. Hukuk devletinin yerleşmesiyle, sadece yürütme işlemlerinin yargısal denetiminin vatandaşların haklarının korunması ve hukuki güvenliklerinin sağlanması için yeterli olmadığı anlaşılmış ve kanunların anayasaya uygunluğunun yargısal denetimi de kabul edilmiştir. Türkiye'de de kanunların anayasaya uygunluğunun denetlenebilmesi için Anayasa Mahkemesi kurulmuştur. Anayasa Mahkemesi, kanunların şekil ve esas bakımından Anayasaya uygunluğunu denetler (AY.md.148)<sup>303</sup>.

## 3. Yargı Bağımsızlığı

---

<sup>301</sup> Özbudun (2005): s. 119,120.

<sup>302</sup> Özbudun (2005): s. 119,120.

<sup>303</sup> Atar (2005): s.93,94.

Hukuk devletinin en önemli unsurlarından biri de, “yargı bağımsızlığı”dır. Gerçekten, eğer yürütme veya yasama işlemlerinin hukuka uygunluğunu denetleyecek olan organlar, yürütme ve yasama organları karşısında tam bir bağımsızlığa sahip değıllerse, yargı denetiminden beklenen yararlar büyük ölçüde ortadan kalkmış olur. Özbudun’a göre, yargı bağımsızlığının güvence altına alınmamış olduğı sistemlerde, gerçek anlamda bir hukuk devletinden söz etmeye imkân yoktur<sup>304</sup>.

Anayasanın 138 nci maddesinde geçtiğı şekliyle de, yargı bağımsızlığı, yargı organlarının, yasama ve yürütme organları karşısında bağımsız olması ve karar verirken kimseden emir almaması ve etkilenmemesini ifade eder (AY.m.138). Yargı bağımsızlığını sağlamak amacıyla Anayasa, Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulunu öngörmüş (md.159) ve hâkimlik teminatına ilişkin hükümler koymuştur (md.139). Yasama ve yürütme işlemlerim denetleyecek olan yargı organlarının bağımsızlığının olmaması denetimin etkinliğini zayıflatabilecektir<sup>305</sup>.

#### **a) Mahkemelerin bağımsızlığı**

Anayasa, yargı yetkisinin, Türk Milleti adına bağımsız mahkemelerce kullanılacağını öngörmüştür (md.9).

Anayasanın “mahkemelerin bağımsızlığı” başlığını taşıyan 138’inci maddesine göre, hâkimler, görevlerinde bağımsızdırlar; Anayasaya, kanuna ve hukuka uygun olarak vicdanı kanaatlerine göre hüküm verirler. Hiçbir organ, makam, merci veya kişi, yargı yetkisinin kullanılmasında mahkemelere ve hâkimlere emir ve talimat veremez; genelge gönderemez; tavsiye ve telkinde bulunamaz. Görülmekte olan bir dava hakkında Yasama Meclisinde yargı yetkisinin kullanılması ile ilgili soru sorulamaz, görüşme yapılamaz veya herhangi bir beyanda bulunulamaz. Yasama ve yürütme organları ile idare, mahkeme kararlarına uymak zorundadır; bu organlar ve idare, mahkeme kararlarını hiçbir surette değıştiremez ve bunların yerine getirilmesini geciktiremez<sup>306</sup>.

---

<sup>304</sup> Özbudun (2005): s. 118

<sup>305</sup> Atar (2005): s. 282.

<sup>306</sup> Atar (2005): s. 282; Özbudun (2005):s.357.

Mahkemelerin bağımsızlığı ilkesi, bir mahkemenin, yasama organına, yürütme organına, diğer yargı organlarına ve çevreye karşı bağımsız olmasını gerektirir<sup>307</sup>. Ancak Tanör ve Yüzbaşıoğlu'na göre Hâkimlerin (Mahkemelerin) bağımsız karar verebilmeleri için Yasama, Yürütme ve Yargı organlarına karşı korunmaları zorunludur, ancak yeterli değildir<sup>308</sup>.

#### **aa) Yasama organına karşı bağımsızlık**

Buna göre, yasama organı, belli bir davanın görülmesiyle ilgili olarak kanunla bile bir mahkemeye emir veremez. Görülmekte olan bir dava hakkında Yasama Meclisinde yargı yetkisinin kullanılması ile ilgili soru sorulamaz, görüşme yapılamaz veya herhangi bir beyanda bulunulamaz (AY.md.138/3). Bir kimseyi kanunen tâbi olduğu mahkemeden başka bir merci önüne çıkarma sonucunu doğuran yargı yetkisine sahip olağanüstü merciler kurulamaz (AY.md.37/2)<sup>309</sup>.

#### **bb) Yürütme organına karşı bağımsızlık**

Anayasanın (md.138/2), “hiçbir organ, makam, merci veya kişi, yargı yetkisinin kullanılmasında mahkemelere ve hâkimlere emir ve talimat veremez; genelge gönderemez; tavsiye ve telkinde bulunamaz” şeklindeki hükmü, özellikle yürütme organının hâkimler üzerinde baskı kurmasını veya nüfuz kullanmasını önlemeye yöneliktir<sup>310</sup>.

Ancak, “yargı yetkisinin kullanılmasıyla ilgili olmamak şartıyla” Adalet Bakanlığınca mahkemelere genelge gönderilmesi bağımsızlığı zedelemes<sup>311</sup>. Bu genelgeler, kalem işleri ve personel yönetimi gibi “idari nitelikteki” işlemlerin yapılmasıyla ilgilidir. Nitekim Anayasaya göre de (md.140/6), hâkimler ve savcılar idarî görevleri yönünden Adalet Bakanlığına bağlıdır<sup>312</sup>.

#### **cc) Diğer yargı organlarına karşı bağımsızlık**

<sup>307</sup> Atar (2005): s. 282. Gözler (2000a): s.439–441; Tanör-Yüzbaşıoğlu (2005): s.428–430; Kunter, Nurullah, **Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku**, Kazancı Yayınları, 8'nci Baskı, İstanbul, 1986, s.320–326; Özbudun (2005):s.358.

<sup>308</sup> Tanör-Yüzbaşıoğlu (2005): s.429.

<sup>309</sup> Atar (2005): s. 282,283; Tanör-Yüzbaşıoğlu (2005): s.429; Özbudun (2005):s.358

<sup>310</sup> Atar (2005): s. 283; Tanör-Yüzbaşıoğlu (2005): s.429; Özbudun (2005):s.358

<sup>311</sup> Atar (2005): s. 283; Özbudun (2005):s.358

<sup>312</sup> Atar (2005): s. 283; Özbudun (2005):s.358

Mahkemeler, üst mahkemelerin itiraz ve temyiz mercii sıfatıyla verdikleri kararlar dışında, kendileri dışındaki mahkemelerin kararlarıyla kural olarak bağlı değildirler. Bu nedenle, üst mahkemelerin alt mahkemelere davaların görülmesiyle ilgili olarak genel nitelikte emir ve talimat vermeleri mümkün değildir<sup>313</sup>.

#### **dd) Çevreye karşı bağımsızlık**

Mahkemelerin hiçbir etki ve baskı altında kalmadan Anayasaya, kanuna ve hukuka uygun olarak vicdani kanaatlerine göre karar verebilmeleri için, başta basın yayın organları olmak üzere hiçbir kişi ve kuruluşun yargı kararlarını etkilemeye yönelik bir çaba içinde olmaması gerekir<sup>314</sup>.

Atar'a göre Anayasanın, "hiçbir organ, makam, merci veya kişi, yargı yetkisinin kullanılmasında mahkemeler ve hâkimlere... tavsiye ve telkinde bulunamaz" (md.138/2) ve "hâkimler ve savcılar, kanunda belirtilenlerden başka, resmî ve özel hiçbir görev alamazlar" (md.140/5) şeklindeki hükümleri hâkimlerin çevreye karşı bağımsızlığının korunması amacıyla yöneliktir. Basın Kanununa göre de (md.302), ceza kovuşturmasının başlamasından hükmün kesinleşmesine kadar geçen sürede hâkim ve mahkemelerin hüküm, karar ve işlemlerine ilişkin görüş yayımlanamaz<sup>315</sup>.

#### **b) Hâkimlik Teminatı**

Hâkimlik teminatı, mahkemelerin bağımsızlığı kavramından farklıdır. Hâkimlik teminatı, "Hâkimlerin bağımsızlığını korumaya hizmet eden müesseselerden bir tanesi ancak en önemlisidir. Mahkemelerin Bağımsızlığı ise hâkimlerin gerek yürütme gerek yasama organına bağlı olmadıkları, bu iki organın hâkimlere emir ve talimat veremeyeceği ve tavsiyelerde bulunamayacağı anlamına gelir." <sup>316</sup>

Yargı bağımsızlığının sağlanması sadece mahkemelere bağımsızlık tanınması ile gerçekleştirilemez. Bunun için hâkimlere de tayin, terfi, görevden alma, maaş ve diğer özlük haklarıyla ilgili güvenceler tanınarak, onların her türlü maddî ve manevî baskıdan uzak olarak huzur ve sükûn içinde tam bir

<sup>313</sup> Atar (2005): s. 283.

<sup>314</sup> Atar (2005): s. 283.

<sup>315</sup> Atar (2005): s. 283.

<sup>316</sup> Özbudun (2005):s.358; Kuru, Baki, **Hâkim ve Savcılarının Bağımsızlığı ve Teminatı**, A.Ü.H.F. yayını, Ankara, 1966, s.6

serbestlik ve tarafsızlıkla görev yapabilmelerine imkân hazırlanmalıdır. İşte hâkimlere tanınan bu kişisel güvencelere “hâkimlik teminatı” adı verilmektedir<sup>317</sup>. Hâkimlik teminatı, kural olarak savcılarını da kapsamaktadır.

Anayasanın “hâkimlik ve savcılık teminatı”nı düzenleyen 139'uncu maddesine göre, hâkimler ve savcılar azlolunamaz, kendileri istemedikçe Anayasada gösterilen yaştan önce emekliye ayrılamaz; bir mahkemenin veya kadronun kaldırılması sebebiyle de olsa, aylık, ödenek ve diğer özlük haklarından yoksun kılınmaz. Meslekten çıkarılmayı gerektiren bir suçtan dolayı hüküm giymiş olanlar, görevini sağlık bakımından yerine getiremeyeceği kesin olarak anlaşılanlar veya meslekte kalmalarının uygun olmadığına karar verilenler hakkında kanundaki istisnalar saklıdır.

Anayasa ile tanınan “hâkimlik teminatı”nın uygulamada tam olarak gerçekleşebilmesi için, yasama ve yürütme organının azil dışında kalan bir takım yöntemlerle hâkim ve savcılarının mesleki hayatını ve özlük haklarını olumsuz olarak etkileyen işlemler yapamamaları gerekir<sup>318</sup>.

Yasama ve yürütme organının hâkimlik teminatını zayıflatıcı nitelikte düzenleme ve işlemler yapmasını önlemek için Anayasa şu hükümlere yer vermiştir (md.140/2–4): “Hâkimler, mahkemelerin bağımsızlığı ve hâkimlik teminatı esaslarına göre görev ifa ederler. Hâkim ve savcılarının nitelikleri, atanmaları, hakları ve ödevleri, aylık ve ödenekleri, meslekte ilerlemeleri, görevlerinin ve görev yerlerinin geçici veya sürekli olarak değiştirilmesi, haklarında disiplin kovuşturması açılması ve disiplin cezası verilmesi, görevleriyle ilgili veya görevleri sırasında işledikleri suçlarından dolayı soruşturma yapılması ve yargılanmalarına karar verilmesi, meslekten çıkarmayı gerektiren suçluluk veya yetersizlik halleri ve meslek içi eğitimleri ile diğer özlük işleri malzemelerin bağımsızlığı ve hâkimlik teminatı esaslarına göre kanunla düzenlenir. Hâkimler ve savcılar altmış beş yaşını bitirinceye kadar hizmet görürler; askerî hâkimlerin yaş haddi, yükselme ve emeklilikleri kanunda gösterilir.”

Anayasanın bu hükmünde belirtilen hâkim ve savcılarının mesleki hayatları ve özlük haklarına ilişkin hususular, 24.2.1983 tarih ve 2802 sayılı Hâkimler ve Savcılar Kanunu ile düzenlenmiştir.

<sup>317</sup> Özbudun (2005):s.358,359; Kuru (1966): s.29; Atar (2005): s. 284. Gözler (2000a): s.442–443; Tanör-Yüzbaşıoğlu (2005): s.430–432.

<sup>318</sup> Atar (2005): s. 284; Özbudun (2005):s.359.

### c) Hâkimler Savcılar yüksek Kurulu

Hâkimlik teminatının gerçekleştirilebilmesi için, hâkimlerin tayin, terfi, nakil, denetim ve disiplin gibi özlük işlerinin yürütme organı dışında kalan bir organ tarafından yürütülmesi zorunludur. Bu nedenle Anayasamız (md.159), hâkimlerin özlük işleri hakkında karar vermek üzere, mahkemelerin bağımsızlığı ve hâkimlik teminatı esaslarına göre kurulup görev yapacak olan Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulu oluşturulmasını öngörmüştür.

Anayasaya göre Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulunun görevleri şunlardır (md. 159/3):

(1) Adli ve idarî yargı hâkim ve savcılarını mesleğe kabul etme, atama ve nakletme, geçici yetki verme, yükselme ve birinci sınıfa ayırma, kadro dağıtma, meslekte kalmaları uygun görülmeyenler hakkında karar verme, disiplin cezası verme, görevden uzaklaştırma işlemlerini yapmak.

(2) Adalet Bakanlığının, bir mahkemenin veya bir hâkimin veya savcının kadrosunun kaldırılması veya bir mahkemenin yargı çevresinin değiştirilmesi konusundaki tekliflerini karara bağlamak.

(3) Anayasa ve kanunlarla verilen diğer görevleri yerine getirmek.

Anayasa (md.159/7), Adalet Bakanına ise, gecikmesinde sakınca bulunan hallerde hizmetin aksamaması için, Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulunun ilk toplantısında onaya sunulmak üzere hâkim ve savcılarını geçici yetki ile görevlendirme yetkisi vermiştir.

Anayasaya göre Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulunun oluşumu şu şekildedir (md.159/2):

Kurulun Başkanı, Adalet Bakanıdır. Adalet Bakanlığı Müsteşarı Kurulun tabîî üyesidir. Kurulun üç asil ve üç yedek üyesi Yargıtay Genel Kurulunun, İki asil ve iki yedek üyesi Danıştay Genel Kurulunun kendi üyeleri arasından, her üyelik için gösterecekleri üçer aday içinden Cumhurbaşkanınca, dört yıl için seçilir. Süresi biten üyeler yeniden seçilebilirler. Kurul, seçimle gelen asil üyeleri arasından bir başkanvekili seçer.

Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulu üyelerinin kimlerden oluşacağı ve nasıl seçileceği hakkında ciddi tartışmalar bulunmaktadır. Bazı yazarlar<sup>319</sup>, yürütme organının bir unsuru olan ve siyasi tercihlere sahip Adalet Bakanı ile Adalet Bakanlığı müsteşarının bu Kurulun üyesi olmasının yargı bağımsızlığını zedeleyeceğini ileri sürerken, diğer bazı yazarlar<sup>320</sup>, Kurulda hâkim üyelerin çoğunlukta olması nedeniyle, mevcut sistemin sakıncalı olmadığını savunmaktadırlar. İkinci görüşü savunanların dayandıkları gerekçeler şunlardır: Hâkimlerin hâkimler tarafından seçilmesi ve bütün özlük işlerinin hâkimler tarafından yürütülmesi anlamına gelen “kooptasyon” sistemi, bir çeşit kast zihniyetine sahip bir “yargı teknokrasisi” nin oluşmasına ve yargı organının toplumdaki değişimlere duyarsız kalmasına yol açabileceği gibi, millî iradeye dayanmadığı için de demokrasiye uygun düşmeyebilir<sup>321</sup>. Ayrıca, Adalet Bakanı ülkenin adalet politikasının genel gidisinden sorumludur. Hizmetlerdeki aksaklığın hesabını ise, bağımsız hâkimler değil, Adalet Bakanı verecektir<sup>322</sup>.

Anayasa, hâkim ve savcılarının denetlenmesiyle ilgili olarak şu düzenlemeyi yapmıştır. “Hâkim ve savcılarının görevlerini; kanun, tüzük, yönetmeliklere ve genelgelere (hâkimler için idarî nitelikteki genelgelere) uygun olarak yapıp yapmadıklarını denetleme; görevlerinden dolayı veya görevleri sırasında suç işleyip işlemediklerini, hal ve eylemlerinin sıfat ve görevleri icaplarına uyup uymadığını araştırma ve gerektiğinde haklarında inceleme ve soruşturma, Adalet Bakanlığının izni ile adalet müfettişleri tarafından yapılır. Adalet Bakanı soruşturma ve inceleme işlemlerini, hakkında soruşturma ve inceleme yapılacak olandan daha kıdemli hâkim veya savcı eliyle de yaptırabilir (md.144). Ancak bu soruşturmalar sonucunda disiplin cezası verilmesi Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulu kararıyla olmaktadır (md.159/3)<sup>323</sup>.

Bununla birlikte, hâkim ve savcılarla İlgili denetim ve soruşturmanın, Adalet Bakan yerine, Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulunca görevlendirilen

---

<sup>319</sup> Tanör (1986):s.117; Aynı görüş için bkz. Ünal, Şeref: **Anayasa Hukuku Açısından Mahkemelerin Bağımsızlığı ve Hâkimlik Teminatı**, TBMM Kültür ve Sanat Kurulu Yayınları Ankara, 1994, s.85–86.

<sup>320</sup> Özbudun (2005):s.358,359; Gözler (2000a): s.445–447

<sup>321</sup> Özbudun (2005):s.359

<sup>322</sup> Gözler (2000a): s.446; Ünal (1994):s.93.

<sup>323</sup> Atar (2005):s.286.

müfettişler tarafından yapılması mahkemelerin bağımsızlığı ve hâkimlik teminatı ilkelerine daha uygun olurdu<sup>324</sup>.

Anayasaya göre, Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulu kararlarına karşı yargı mercilerine başvurulamaz (md.159/4). Ancak, Hâkimler ve Savcılar Kurulu üyelerinin çoğunluğu hâkim olmakla birlikte, bu Kurul idarî bir organdır ve aldığı kararlar da yargı kararı değil idarî işlem niteliğindedir<sup>325</sup>. Dolayısıyla, Anayasanın “İdarenin her türlü eylem ve işlemlerine karşı yargı yolu açıktır” (md.125/1) hükmü gereğince, Kurul kararlarının da yargı denetimine tâbi olması gerekirdi.

## **B- Diğer Hak Arama Yolları**

Yargısal denetim dışında, dilekçe hakkı, bilgi edinme hakkı ve idarî başvuru gibi başka bazı hak arama yolları vardır.

### **1. Dilekçe Hakkı**

Anayasanın 74'üncü maddesinde yer alan dilekçe hakkıyla ilgili düzenlemeye göre, “vatandaşlar ve karşılıklılık esası gözetilmek kaydıyla Türkiye'de ikamet eden yabancılar, kendileriyle veya kamu ile ilgili dilek ve şikâyetleri hakkında, yetkili makamlara ve Türkiye Büyük Millet Meclisine yazı ile başvurma hakkına sahiptir. Kendileriyle ilgili başvuruların sonucu, gecikmeksizin dilekçe sahiplerine yazılı olarak bildirilir.” Dilekçe hakkının kullanılmasıyla ilgili usul ve kurallar ise, 3071 sayılı Dilekçe Hakkının Kullanılmasına Dair Kanun ile düzenlenmiştir<sup>326</sup>.

### **2. Bilgi Edinme Hakkı**

Bilgi edinme hakkını düzenleyen 4982 sayılı Bilgi Edinme Hakkı Kanununa göre de, “Herkes bilgi edinme hakkına sahiptir” (md.4). “Kurum ve kuruluşlar,

<sup>324</sup> Atar (2005):s.286;Özbudun (2005):s.359; Kuzu, Burhan, **1982 Anayasasının Temel Nitelikleri ve Getirdiği Yenilikler**, Filiz Kitabevi, İstanbul, 1990, s.155.

<sup>325</sup> Atar (2005):s.286;Özbudun (2005):s.359; Kuzu (1990): s.154,155; Gözler (2000a): s.266,267.

<sup>326</sup> Atar (2005): s.96.

bu Kanunda yer alan istisnalar dışındaki her türlü bilgi veya belgeyi başvuruların yararlanmasına sunmak ve bilgi edinme başvurularını etkin, süratli ve doğru sonuçlandırmak üzere, gerekli idari ve teknik tedbirleri almakla yükümlüdürler”(md.5)<sup>327</sup>

### 3. İdari Başvuru

İdari başvuru ise, kişilerin idari makamlara başvurarak kendileri hakkında işlem yapılmasını talep etmelerine imkân sağlayan bir hak arama yoludur. İdare hukukunun bireylere tanıdığı genel bir hak arama yolu olan idarî başvuru, idari işlemlere karşı dava açılmasında ise, idari Yargılama Usulü Kanunuyla (md.11) “üst makamlara başvuru” adıyla davadan önce yerine getirilmesi gereken bir önşart olarak düzenlenmiştir<sup>328</sup>.

## V. AVRUPA İNSAN HAKLARI SÖZLEŞMESİ VE AVRUPA BİRLİĞİ UYUM SÜRECİNDE HUKUK DEVLETİ OLMA YOLUNDA YAPILAN VE YAPILMASI GEREKEN REFORMLAR

1982 Anayasasında Hukuk Devleti olma yolunda ve Avrupa Birliğine uyum sürecinde Ekim 2005’e kadar 10 adet değişiklik yapılmıştır. Biz de bu bölümü yapılan bu 10 adet değişiklik içerisinde bizim konumuzla alakalı olan değişiklikleri inceleyerek anlatmaya çalışacağız. Ayrıca AİHS ışığında Askeri Yüksek İdare Mahkemesi kanun tasarısı taslağı hazırlanmış ve Askeri İdari Yargının bu yönde gelişimi sağlanmaya çalışılmıştır.

Bu değişikliklerde Hukuk devleti yönündeki gelişmelere şu örnekler verilebilir: Kişi dokunulmazlığı, maddi ve manevi varlığı (md. 17/son) (9 ncu değişiklik), kişi hürriyeti ve güvenliği (md. 19/5, 6, son) (6 ncı değişiklik), özel hayatın gizliliği (md. 20) (6 ncı değişiklik), konut dokunulmazlığı (md. 21) (6 ncı değişiklik), haberleşme hürriyeti (md. 22) (6 ncı değişiklik), dernek kurma (md. 33) (6 ncı değişiklik), toplantı ve gösteri yürüyüşleri (md. 34) (6 ncı değişiklik), “âdil yargılanma” (md. 36/1) (6 ncı değişiklik), ölüm cezası verilememesi, kanuna

<sup>327</sup> Atar (2005): s.96.

<sup>328</sup> Atar (2005): s.96.

aykırı olarak elde edilen bulguların delil olarak kabul edilememesi (md. 38) (6 ncı değişiklik) şeklindeki yenileştirmeler. Bunlar, yargıç güvencelerini geliştirmeleri bakımından burada ‐hukuk devleti‐ bağlamında da ele alınabilir.

Daha somut yenilikler İse, DGM'lerdeki önce subay üyenin varlığına son verilmesi daha sonra DGM'lerin tümüyle kaldırılması (md. 143) (4 ncü değişiklik), dolayısıyla yargı bağımsızlığı ve yargıç güvenceleri konusuna bir destek getirilmesi, Anayasa Mahkemesinin parti kapatma davalarında davalı parti genel başkanını ya da onun belirleyeceği bir vekili dinlemesi, asıl önemlisi parti kapatma davalarında ‐odak hali‐ tespitinin sadece mahkemenin takdirine bırakılmayıp, somut ölçütlere bağlanması, kapatma kararları için de salt çoğunluk yerine nitelikli çoğunluk usulünün (3/5) kabulü, partilerle ilgili yaptırımlarda ‐kapatma‐ dışında, nispî yumuşatmalara gidilmesi (devlet yardımından kısmen ya da tamamen yoksun bırakılma) şeklindeki değişiklikler de hukuk devleti açısından daha güvencelidir.

Hukuk devleti kavramının en çok zarar gördüğü hususlardan biri, 12 Eylül rejimiyle kabul edilen yasa ve KHK'lerin anayasa yargısına tâbi tutulmalarının engellenmesiydi. Geçici 15. md. nin son fıkrasında 2001(6 ncı değişiklik) yılında yapılan değişiklikle bu yasak kaldırılmıştır. Her ne kadar 60 günlük iptal davası süresi içinde bu yönde bir iptal başvurusu yapılmamışsa da, itiraz yoluyla mahkemeye başvuru yolu açılmıştır. Bu hususu da 20 yıllık bir kayıptan sonra, ‐teselli mükâfat‐ olarak kabul etmek gerekiyor.

Yukarıda da belirttiğimiz üzere Hukuk Devleti yolunda ve Avrupa Birliğine uyum sürecinde bu değişikler içerisinde öne çıkan 3 adet değişiklik vardır. Bunlar sırasıyla 4 ncü, 6 ncı ve 9 ncu değişiklerdir. Yine Hukuk Devleti olma yolunda hazırlanan Askeri Yüksek İdare Mahkemesi kanun tasarısı taslağı da önemli adımlardan biri olarak görülebilir.

Şimdi sırasıyla bu gelişmeleri incelemeye devam edeceğiz.

## **A- Dördüncü Değişiklik (1999)**

### **1. Adil Yargılanma Hakkı**

Kavram olarak “Adil Yargılanma Hakkı”, demokratik bir toplumda adaletin adil bir biçimde dağıtılmasını isteme hakkı olarak değerlendirilmekte ve “Hukukun Üstünlüğü” prensibinin temel unsurlarından birisi olarak kabul edilmektedir.

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin (AIHS) 7 No’lu protokolle değişik 6 nci maddesinin 1 nci fıkrası, ceza hukuku dışında hukuk davaları ve idari davaları da kapsadığından; salt ceza hukukuyla ilgili olan 6 nci maddenin 2 ve 3 ncü fıkraları metnine bu incelememizde temas edilmeyecektir.

AIHS.’nin “Adil Yargılanma Hakkı” başlıklı 6 nci maddesinin 1 nci fıkrası şöyledir: “Herkes, gerek medeni hak ve yükümlülükleri ile ilgili nizalar, gerek ceza hukuku alanında kendisine yöneltilen suçlamalar konusunda karar verecek olan, kanunla kurulmuş bağımsız ve tarafsız bir mahkeme tarafından davasının makul bir süre içinde hakkaniyete uygun ve açık olarak görülmesini istemek hakkına sahiptir...”

AIHS.’nin 6 nci maddesi ile öngörülen düzenlemenin amacı, kişinin hak arama özgürlüğünü, dürüst ve adil bir şekilde yargılanmasını güvence altına almaktadır. 6 nci maddenin 1. paragrafı hem hukuk hem de ceza davaları, 2. ve 3. paragrafları ise ceza davaları açısından uygulanmak üzere düzenlenmiştir.

7 No’lu Protokol ile geliştirilen AIHS.’nin 6. maddesinin 1. fıkrası kapsamına giren hukuk davaları arasında; haksiz fiilden kaynaklanan tazminat talepleri, sözleşmelerden doğan hak ve yükümlülükler, aile hukuku alanındaki uyuşmazlıklar konu edilmektedir. Ayrıca, kişinin hak ve yükümlülüklerinin belirlenmesi açısından sonuç doğurucu bütün idari tasarrufların da bu kapsama girdiği kabul edilmektedir.

6. maddede sözü edilen “Medeni hak ve yükümlülükler” ve “ceza isnatları” Kavramları, AIHS’ deki diğer kavramlar gibi, ulusal niteleme ve değerlendirmeden bağımsız “otonom” kavramlardır. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi medeni hak ve yükümlülüklerden, “Özel hukuktan” kaynaklanan hak ve yükümlülüklerin anlaşılması gerektiğini içtihat etmiştir. Mahkeme, bu kavramları yorumlarken maddi ölçütlere

başvurmakta; yargılamanın konusunu oluşturan hak ya da iddiayı esas almaktadır. Kural olarak, kamu hukukundan kaynaklanan uyuşmazlıklara ilişkin idari davalar ile Anayasaya aykırılık iddiaları madde kapsamı dışında tutulmuştur. (Vatandaşlık hukuku, mülteci hukuku, oy verme hakkı vb.)

Daha açık bir ifadeyle, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesine göre 6. madde sonucu itibariyle, özel nitelikteki hak ve vecibeyi etkileyen her türlü yargılamayı kapsamaktadır. Nizanın çözümünde uygulanacak mevzuat ile bu nizayı çözmek için yetkili kılınan organın niteliği 6. maddenin uygulamasında önem taşımamaktadır.

Dördüncü değişiklik, 1999 Temmuzunda yargı alanında ve halkoylamasına gerek kalmaksızın yapıldı<sup>329</sup>. Devlet Güvenlik Mahkemelerinde yer alan subay üyelerin yerine sivil yargıçların atanması esası kabul edildi (md. 143). Bunda, İnsan Hakları Avrupa Komisyonu ile Mahkemesinin DGM davalarında verdikleri kararların etkisi belirleyiciydi. Bu kararlar, subay yargıçların yeterince bağımsız olmadıklarından dolayı DGM'lerin "âdil yargılama" ilkesine (Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi md. 6) aykırı düştükleri merkezindeydi<sup>330</sup>.

Adil yargılanma hakkı (AİHS, Mad. 6), "medeni nitelikli hak ve yükümlülöklere ilişkin uyuşmazlıklara" da uygulanabilir ise de, ceza davaları bakımından önem kazanmaktadır. Avrupa Mahkemesi bu iki kavramı, sözleşmenin "özerk konseptler" olarak yorumlamıştır. Üye devletlerarasında işlem eşitliğini sağlamak amacıyla, dar yorumu reddedip, deyimlere bir "Avrupa anlamı" vermiştir<sup>331</sup>.

Adil yargılanma kuralları Sözleşmenin 6. maddesinin 1. paragrafında sıralanmıştır:

"Yasa ile kurulmuş, bağımsız ve tarafsız bir mahkeme tarafından yargılanma" hakkı ile, "makul bir süre içinde açık duruşma" ve "hakkaniyete uygun bir biçimde dinlenilme", kararın aleni (kamuya açık) olarak verilmesi esastır<sup>332</sup>.

<sup>329</sup> Tanör-Yüzbaşıoğlu (2005):s. 41; Md. 143 (4388 -18.6.1999). RG. 18.6.1999 – 23729 mük.). İlgili yasa değişikliği: 4390 – 22.6.1999 (RC.22.6.1999 – 23733 mük.).

<sup>330</sup> Tanör-Yüzbaşıoğlu (2005):s. 41; İncal kararı: 9 Haziran 1998.

<sup>331</sup> Kaboğlu (2002):s.315.

<sup>332</sup> Kabođlu (2002):s.316; 1982 Anayasasının DGM'leri düzenleyen 143. maddesi, İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi kararı doğrultusunda değiştirilerek "askeri hakim üye"nin varlığına son verilmiştir (bkz. Kanun no. 4388, R. G.: 18.6.1999); Ayrıca geniş bilgi için bkz; Erkuť, Celal - İnceoğlu, Sibel, **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Adil Yargılanma İlkesi Işığında Hukuk Devleti ve Yargı Reformu**, TUSİAD Yayını, Ankara, 2005,s. 53-137.

Ulusal yargı organının örgütü, oluşumu ve davanın cereyanına ilişkin güvencelere uyulması çerçevesinde Avrupa Mahkemesi, ilkeleri somutlaştırmaktadır. Mahkeme içtihadına göre, makul süre ya da prosedürün makul süresi, üç ölçüte göre değerlendirilir. Davanın karmaşıklığı, davacının tavrı ve siyasal bağlama göre ulusal organların tutumu.<sup>333</sup> Suçlanan sanığa bahşedilen güvencelerden, "suçsuzluk varsayımı"<sup>334</sup> modern ceza hukukunun temel ilkelelerinden biridir. Savunma hakları, adil bir dava hakkı genel ilkesinin tikel uygulamalarından biridir (Prgf. 2).

6. maddenin 3. paragrafında beş bent halinde sayılan sanığın hakları:
- Anladığı dilde suçlanması ve neden suçlandığını bilmesi;
  - Savunma hazırlığı için yeterli zamana ve uygun mekâna sahip olması;
  - Kendisini bizzat ya da seçeceği avukat yoluyla savunması;
  - Tanıkları sorgulaması ya da sorgulatması;
  - Duruşmada gerekiyorsa bir çevirmen yardımından ücretsiz yararlanması.

Türkiye, Avrupa Mahkemesi tarafından, 'adil yargılanma hakkı'nı ihlal etmekten sıkça mahkûm edilmektedir. Konuya ilişkin ilk kararında Mahkeme, N. Yağcı ve N. Sargın'ın "geçici tutukluluk" ve "ceza yargılaması" sürelerini "aşırı" bularak Türkiye'nin AİHS Mad. 5/3 hükümlerini ihlal ettiğine karar vermiştir (8.6.1995; 16419/90)<sup>335</sup>.

1982 Anayasası, Avrupa Sözleşmesi'nin 6. maddesinin birinci paragrafında yer alan hakları, "hak arama özgürlüğü" (md. 36), "kanuni hâkim güvencesi" (md. 37) ve "Duruşmaların açık ve kararların gerekçeli olması" (md. 141) kenar başlıklı maddelerinde düzenlemektedir. "Makul süre içinde yargılanma"yı 19. maddede (f. 7) öngörmektedir. Adil yargılanma hakkı, Anayasa'ya kavram olarak 2001 değişikliklerinde konmuştur<sup>336</sup>.

"Herkes, meşru vasıta ve yollardan faydalanmak sureliyle yargı mercileri önünde davacı veya davalı olarak iddia ve savunma ile adil yargılanma hakkına sahiptir." (md. 36).

<sup>333</sup> Kaboğlu (2002):s.316; dipnot 113.

<sup>334</sup> Erkut- İnceoğlu ( 2005); s.145–151.

<sup>335</sup> Kaboğlu (2002):s.316;Bkz yeni bir karar için, Case of Dede and Others v. Turkey, 7 May. 2002.

<sup>336</sup> Kaboğlu (2002):s.317.

Adil yargılanma hakkı, özellikle CMUK hükümleriyle güvencelenebilir. 1992'de CMUK'nda yapılan değişiklikler bu amaca yöneliktir<sup>337</sup>.

Değişikliklerde, hazırlık soruşturmasının gizliliği kaldırılmış, avukata hazırlık evrakını inceleme olanağı sağlanmıştır (md. 143). Tutuklama koşulları değiştirilmiştir (md. 104). Tutuklulukta geçecek süre belirlenmiştir. Bu süre, hazırlık soruşturmasında en çok altı aydır; kamu davası açılmışsa, hazırlıkta tutukluluk halinde geçen süre de dahil, en çok iki yıldır (md. 110). Sanığın ifadesinin alınması ve sorgulama büyük ölçüde değiştirilmiştir: "Yasak sorgu yöntemleri" ile ilgili 135. maddede, ifade verenin ve sanığın beyanlarının özgür iradeye dayanması gerektiği belirtildikten ve iradeyi zorlayıcı çeşitli yöntemlere başvurulması (kötü davranma, işkence, zorla ilaç verme, yorma, aldatma, bedensel cebir ve şiddette bulunma, bazı araçlar uygulama, kanuna aykırı bir menfaat vaat etme) yasaklandıktan sonra, bu yasaklara aykırı davranmanın yaptırımını "yasak yöntemlerle elde edilen ifadeler rıza olsa dahi delil olarak değerlendirilemez" şeklinde hükme bağlanmıştır. Sanığa "susma hakkı" da tanınmıştır (md. 135, 4. bent). Savunma hakkına ilişkin en önemli değişiklik, kişilere soruşturmanın her aşamasında müdafinin yardımından yararlanma hakkının tanınmasıdır (md. 135). Yakalanan veya tutuklu bulunan kişi, avukatı ile her zaman, başkalarının duyamayacağı ortamda görüşebilecektir (md. 144)<sup>338</sup>.

Anayasa Mahkemesi, Terörle Mücadele Kanunu'ndaki (md. 10), sanığın ya da müdahilin en fazla üç avukatla temsil edilebileceğine ilişkin kuralı, hak arama özgürlüğüne aykırı ve savunma hakkını sınırlayıcı bulmuştur<sup>339</sup>. Anayasa Mahkemesi, Meşhud Suçların Muhakeme Usulü Yasasındaki, sanığa, savunmasını hazırlamak için üç günlük süre verilmesine ilişkin kuralı; AİHS'in 6. maddesinin 3. paragrafının (b) bendindeki, "Her sanık, müdafaasını hazırlamak için gerekli zamana ve kolaylıklara malik olmak hakkına sahiptir" kuralından hareketle ve Anayasa'nın 36. maddesine aykırı bularak iptal

<sup>337</sup> Kaboğlu (2002):s.317.

<sup>338</sup> Kaboğlu (2002):s.317. CMUK'unda yapılan değişikliklerin değerlendirilmesi ve eleştirisi için bkz. Erem, Faruk, "İnsan Hakları ve Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu Değişikliği". İHY-1992, s. 25-46; Toroslu Nevzat, "Ceza Muhakemesinde Yapılan Son Değişiklikler", İHY-1992, c. H. s. 13-24; Ayrıca ayrıntılı bilgi için bkz. Erkut-İnceoğlu (2005); s.123-168 AYM' nin 31.3.1992 günlü, E. 1991/18, K. 1992/20 sayılı kararı, R. G.:27.1.1993.

<sup>339</sup> Kaboğlu (2002):s.317; AYM' nin 31.3.1992 günlü, E. 1991/18, K. 1992/20 sayılı kararı, R. G.:27.1.1993.

etmiştir<sup>340</sup>.

## B- Altıncı Değişiklik (2001)

Anayasa konusunda en kapsamlı değişiklik, şimdilik, bu pakettir<sup>341</sup>. Burada da halkoymasına gerek kalmadı; çünkü TBMM'deki oylamada üçte ikinin üstünde kabul sayısına ulaşılmıştı. Özet halinde bu yeniliklerin de ana noktalarına işaret edilmektedir<sup>342</sup>.

### 1. Genel esaslar

Genel esaslar ile ilgili olarak Başlangıç bölümünün 5. fıkrasında geçen "hiçbir düşünce ve mülahazanın (...) korunma görmeyeceği" şeklindeki mutlak ibarenin biraz esnetilerek, "hiçbir faaliyetin (...) korunma görmeyeceği" şekline dönüştürüldüğü görülmektedir. Yine genel esaslarla ilgili 13. md. nin genel ve özel sınırlama sebebi olmaktan çıkarılıp, genel koruma sebebi haline getirildiği görülmektedir. Temel hak ve özgürlükler artık yalnız ilgili maddelerindeki sebeplerle sınırlanabilecek, sınırlamalar daha önce olduğu gibi yine kanunla yapılabilecek, bunların özüne dokunulmayacak, demokratik toplum düzeninin ve laik cumhuriyetin gereklerine ve ölçülülük ilkesine aykırı düşülmeyecektir. Genel esaslarla ilgili 14. maddede, temel hak ve özgürlüklerin sadece kişiler için değil devlet tarafından da kötüye kullanılmayacağı; devletin sadece "insan haklarına saygılı" (md. 2) değil, bu defa "insan haklarına dayanan" bir rol de üstlendiği ifadesi yer alır. Asıl önemlisi, hak ve özgürlüklerin kötüye kullanılmasına ilişkin eski 14. maddedeki kısıtlayıcı hükümlerin azaltıldığı görülmektedir: "Anayasada yer alan hak ve hürriyetlerden hiçbiri, Devletin ülkesi ve milletiyle bölünmez bütünlüğünü bozmayı ve insan haklarına dayanan demokratik ve laik Cumhuriyeti ortadan kaldırmayı amaçlayan faaliyetler biçiminde kullanılamaz"<sup>343</sup>.

---

<sup>340</sup> Kaboğlu (2002):s.317; AYM'nin 16.6.1992 günlü, E. 1991/18, K. 1992/39 sayılı karar, R. G :6.10.1992/21367. Adil yargılanma hakkı konusunda karşılaştırmalı bir inceleme için bkz. Aliefendioğlu, Yılmaz, "Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Anayasal Acidan Adil Yargılanma Hakkı", **Anayasa Yargısı-10**, Ankara, 1993, s. 359-172.

<sup>341</sup> Tanör-Yüzbaşıoğlu (2005):s. 41; 4709-3.10.2001 (RG.17.II.2001 - 24556 - mükerrer).

<sup>342</sup> Tanör-Yüzbaşıoğlu (2005):s. 41,42; Erdoğan, Mustafa, "Anayasa değişiklikleri ne getiriyor?", **İdea-Politika**, sayı 13,2001-2002, s.37-41

<sup>343</sup> Özbudun (2005):s. 104.

## a) Ölçülülük İlkesi

Özbudun'a göre bu ilke, sınırlamada başvuru aracının sınırlama amacını gerçekleştirmeye elverişli olmasını; bu aracın, sınırlama amacı açısından gerekli olmasını ve araçla amacın ölçüsüz bir oran içinde bulunmamasını ifade eder<sup>344</sup>.

Tanör ve Yüzbaşıoğlu'da Özbudun'la aynı doğrultuda ölçülülük ilkesini açıklamaktadır. Tanör ve Yüzbaşıoğlu'na göre ölçülülük ilkesi denen bu ölçüt özgürlüğün kural sınırlamanın istisna olduğu mantığına dayanır<sup>345</sup>.

Ölçülülük, bir idare hukuku ilkesidir. Birey ve kamu gücü arasındaki ilişkilerde ölçülülük ilkesi, devlet müdahalelerinin elden geldiğince sınırlandırılmasını ifade eder. Yasama organınca belli idari makamlara özülenen yetkilerin ağırlığını ılımlılaştırma endişesi baskındır<sup>346</sup>.

Ölçülülük ilkesi Almanya ve İsviçre'de doğmuştur. "Düzenin korunması daha yumuşak bir araçla mümkün gözüküyor iken, eğer kamusal otorite daha sert bir araç kullanırsa yetki aşımı vardır."<sup>347</sup> Alman hukukunda bugün kısaca şöyle tanımlanıyor: Belli bir amaca (veya sonuca) ulaşmak için uygulamaya konan önlem zorunlu olarak deyimden geniş anlamında belirli bir orantılılığa uygun düşmelidir; yani önlem, elverişli ve zorunlu olmalı, amaca göre dengeli bir orantı içinde kalmalıdır<sup>348</sup>.

Ölçülülük ilkesi, Alman Anayasa Mahkemesi kararlarında sınırlamanın denetiminde başvuru temel kriter olarak geniş yer tutmaktadır<sup>349</sup>.

Türk hukukunda ise, ne 1961 Anayasasının 11'inci maddesinde, ne de 1982 Anayasasının 13'üncü maddesinin ilk metninde ölçülülük kriterine rastlanmaktadır. Bununla birlikte, 1982 Anayasasının temel hak ve hürriyetlerin kullanılmasının durdurulmasını düzenleyen 15'inci maddesinde, "savaş, seferberlik, sıkıyönetim veya olağanüstü hallerde, milletlerarası hukuktan doğan

<sup>344</sup> Kaboğlu (2002):s. 186.

<sup>345</sup> Tanör-Yüzbaşıoğlu (2005): s.137.

<sup>346</sup> Kaboğlu (2002):s. 186.

<sup>347</sup> Kaboğlu (2002):s. 186; dipnot 121.

<sup>348</sup> Kaboğlu (2002): s. 186; dipnot 122; Tanör-Yüzbaşıoğlu (2005): s.137.

<sup>349</sup> Sağlam, Fazıl, **Temel Hakların Sınırlanması ve Özü**, Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi yayını, Ankara, 1982, s. 110–128; Özbudun (2005): s.104.

yükümlülükler ihlâl edilmemek kaydıyla, durumun gerektirdiği ölçüde temel hak ve hürriyetlerin kullanılması kısmen veya tamamen durdurulabilir veya bunlar için Anayasada öngörülen güvencelere aykırı tedbirler alınabilir” denilmektedir. Olağanüstü durumlarda bile temel hak ve hürriyetlerin kullanılmasının tamamen veya kısmen durdurulmasına ancak “durumun gerektirdiği ölçüde” izin verildiğine göre, bunun normal zamanlarda evleviyetle geçerli olması gerekir. Danışma Meclisi Anayasa Komisyonununun 13'üncü madde gerekçesinde de bu husus açıkça ifade edilmiştir “...öngörülen amaçlar yahut nedenler bahane edilerek, başka bir amaca ulaşmak için hak ve hürriyetler sınırlanmayacak yahut meşru amaç güdülerek sınırlanmış olsalar bile getirilen sınırlama bu amacın zorunlu yahut gerekli kıldığından fazla olmayacaktır. Diğer bir deyimle, amaç ve sınırlama orantısı herhalde korunacaktır.” Esasen bazı yazarlara göre Ölçülülük ilkesi, hukuk devleti temeline oturtulabilir veya hukuk devletinin zorunlu bir sonucu sayılabilir. Nitekim Anayasa Mahkemesi de. 1961 Anayasası dönemindeki bazı kararlarında, adını açıkça koymamakla beraber, ölçülülük kriterine dayanmıştır<sup>350</sup>.

1982 Anayasası döneminde Anayasa Mahkemesi, ölçülülük ilkesini daha sık kullanmıştır. Meselâ bir kararında “önleyici ve caydırıcı düzenleme gereksinimi ile bulunan çare arasında adaletli ve kabul edilebilir denge”nin bozulmuş olduğundan söz ederek, “araç ile amaç arasındaki mantıki bağ kaybolmaktadır” gerekçesiyle iptal kararı vermiştir<sup>351</sup>. Başka bir kararda ölçülülük ilkesi şöyle ifade edilmiştir: “Makul, kabul edilebilir sınırların aşılması aykırılığı oluşturur... Makul ölçülerin aşılması bir iptal nedenidir... Yapılan sınırlamayla sağladığı yarar arasında hakkaniyete uygun bir dengenin bulunması gerekir. Amaçla araç arasındaki makul ölçüyü aşmış görülen yeni sınırlamanın uygun olmadığı önadadır”<sup>352</sup> Diğer bir kararında da Anayasa Mahkemesi, “makul, kabul edilebilir bir ölçü aşılmadıkça sınırlamanın Anayasa'ya aykırılığı söz konusu olamaz... Yapılan sınırlamayla sağlanan yarar arasında hakkaniyete uygun dengenin bozulduğunu gösteren bir belirti yoktur. Amaçla araç arasındaki makul ölçüyü aşmayan yeni sınırlamanın aykırı olmadığı görülmektedir” gerekçesiyle iptal istemini reddetmiştir<sup>353</sup>.

<sup>350</sup> Özbudun (2005): s.104.

<sup>351</sup> Özbudun (2005): s.105; E. 1986/12 K. 19874, k.t. 11.2.1987, **AMKD**. Sayı 23, s. 85.

<sup>352</sup> Özbudun (2005): s.105; E. 1986/17, K.1987/11, k.t. 22.5.1987. **AMKD**. Sayı 23, s. 222.

<sup>353</sup> Özbudun (2005): s.105; E. 1988 14, K.198818, k.t. 14.6.1988, **AMKD**, Sayı 24, s. 253 – 254.

İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi ve Avrupa Topluluğu Adalet Divanı kararlarında da ölçülülük önemli bir yer tutar. Avrupa yargı organlarının kararlarının etkisiyle, ulusal mahkemeler ve doktrin bu ilkeyi yaşama geçirmeye başlamıştır. Ülkemizde Danıştay, kararlarında ölçülülük ilkesini açıkta ayırık bir durum olarak, ancak daha çok örtülü biçimde kullanmaktadır. Olanaklı olmasına karşılık bu ölçütü göz önüne almadığı kararları az değildir<sup>354</sup>.

Anayasa Mahkemeleri “açık hata, makul nitelik, mantıki, kendine özgü, aşırı, zorunlu vb.” farklı adlandırmalarla, özgürlük ihlallerinin anayasaya uygunluğu üzerinde karar vermek için ölçülülük fikrine “Bir temel hakka getirilen sınırlama ve kayıtlamalar, zorunlu mudur, orantılı mıdır, yoksa tam tersine, yasaca izlenen genel çıkara oranla ya da toplumun bu sınırlamalardan çıkaracağı (kamu düzeni örneği) avantajlara oranla aşın ve makul olmaktan uzak mı?” soruları ile başvurur<sup>355</sup>.

Türk Anayasa Mahkemesi, Anayasa'nın, sınırlamaların “öngörülükleri amaç dışı” kullanılma yasağı (md. 13/2) ile olağanüstü yönetimlerde temel hak ve hürriyetlerin kullanılmasının “durumun gerektirdiği ölçüde” durdurulabileceğini öngören (md. 15/1) hükümleri ışığında ölçülülük ilkesini, “karşılaştırmalı içtihadı anayasa hukuku” bağlamında kullanmaktadır. Anayasa Mahkemesi, bu ilkelerin açıkça öngörülmediği 1961 Anayasası döneminde; de, örtülü ya da açık şekilde, zaman zaman ölçülülük ilkesi ya da alt öğelerini katarlarında ölçüt olarak kullanmaktaydı<sup>356</sup>.

Yüksek mahkemenin kullandığı; “Amaç ve sınırlama oranlısının korunmasıyla ilgili ölçülülük temel ilkesinin alt ilkeleri olan yasal önlemin sınırlama amacına ulaşmaya elverişli olup olmadığını saptamaya yönelik elverişlilik, sınırlayıcı önlemin sınırlama amacına ulaşma bakımından zorunlu olup olmadığını arayan zorunluluk-gereklilik, ayrıca amaç ve aracın ölçüsüz bir oranı kapsayıp

<sup>354</sup> Kaboğlu (2002):s. 186; Konuya ilişkin Danıştay içtihadı için Bkz. Bereket, Zuhale, **Hukukun Genel İlkeleri ve Danıştay**, Yetkin Yayınları, Ankara 1996,s. 109–177.

<sup>355</sup> Kaboğlu (2002):s. 187.

<sup>356</sup> Kaboğlu (2002):s. 187; Bkz. Kaboğlu, İbrahim Ö., **Kolektif Özgürlükler**, Diyarbakır, Dicle Ü. Hukuk Fak. Yay, 1989, s. 269–270.

kapsamadığını, bu yolla ölçüsüz bir yükümlülük getirip getirmediğini belirleyen oranlılık...<sup>357</sup> formülü, ölçülülük ilkesinin öğeleriyle birlikte tanımını da vermektedir.

Amaç dışı kullanım yasağı yerine 13. maddeye açıkça ölçülülük ilkesinin konmuş olması, bu ölçütün yasalara ve uygulamaya yansıtılabilmesi bakımından önem taşımaktadır. Özgürlüklerde sapmayı önlemeye yönelik amaç dışı kullanma gereği, ölçülülük ilkesini dolaylı olarak ifade etmekteydi<sup>358</sup>.

Anayasa Mahkemesi, “durumun gerektirdiği ölçü” ile; “temel hak ve özgürlüklerin kullanılmasının sınırlandırılması veya durdurulması için başvuru aracın, amacı gerçekleştirmeye elverişli, gerekli olması ve araçla amacın ölçülü bir oran içinde bulunması”nın anlatılmak istendiğini ortaya koymuştur<sup>359</sup>.

İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi de, dava konusu olguların AİHS metni karşısında hukuksal nitelendirmesini denetlediği gibi, haklara getirilen sınırlamanın “gerekli olup olmadığını” da teyit eder. Bunun için izlenen amaçla getirilen sınırlama ölçüsü arasında orantı arar. Demokratik toplum kavramına referansla, sınırlayıcı önlemin gerekliliği ile bunun izlenen amaca orantılılığını denetler, “Gereklilik kavramı zorlayıcı bir toplumsal ihtiyacı zorunlu kılar, özellikle alınan önlem, izlenen amaca orantılı olmalıdır.”<sup>360</sup>

AİHM, devletlerin kamusal çıkarlarının korunmasıyla, Sözleşme’ce güvence altına alınan hakların ve özgürlüklerin etkili korunması arasında “adil bir denge”ye ulaşma konusunda çaba gösterir<sup>361</sup>. Fakat yabancıların sınır dışı edilmesine ilişkin kararları arasında uyumsuzluk bulunmaktadır<sup>362</sup>. Bu uyumsuzluk, “hukuki güvensizlik” yaratmaktadır<sup>363</sup>.

Özetle, temelde kamu makamlarının yetkilerini ılımlaştırma işlevini gören ölçülülük ilkesi, özgürlükler güvencesi olarak bir hukukun genel ilkesidir. Yukarıda

<sup>357</sup> Kaboğlu (2002):s. 188; E. 1988/50, K. 1989/27, k.t. 23.6.1989, **AYMKD**–25, s. 312.

<sup>358</sup> Kaboğlu (2002):s. 188; dipnot 130.

<sup>359</sup> Kaboğlu (2002):s. 189; E. 1990/25, K. 1991/1, k.t.: 10.1.1991, **AYMKD**–27, c. 1, s. 97.

<sup>360</sup> Kaboğlu (2002):s 189; dipnot 132.

<sup>361</sup> Kaboğlu (2002):s 189; dipnot 133.

<sup>362</sup> Kaboğlu (2002):s 189; dipnot 134.

<sup>363</sup> Kaboğlu (2002):s 189,190; dipnot 135.

da belirtildiği gibi 2001 Anayasa değişiklikleriyle de, 13'üncü maddede açıkça ifade edilmiştir<sup>364</sup>.

## 2. Kişi özgürlüğü ve güvenliği

Kişi özgürlüğü ve güvenliği konusunda şu noktalar dikkat çekicidir: Toplu olarak işlenen suçlarda hâkim önüne çıkarılma (gözaltı ve tutuklama) süresinin en çok dört gün olması (eski metin: 15 gün); durumun ilgilinin yakınlarına mutlak olarak bildirilmesi (md. 19); özel hayatın gizliliği ve korunması (md. 20), konut dokunulmazlığı (md. 21), haberleşme hürriyeti (md. 22), yurt dışına çıkma hakkı (md. 23/son) gibi hususlarda yapılan iyileştirmeler, vb<sup>365</sup>.

2001 değişikliği ile “adil yargılanma hakkı” anayasalaştırılmıştır. “Herkes, meşru vasıta ve yollardan faydalanmak suretiyle yargı mercileri önünde davacı veya davalı olarak iddia ve savunma ile adil yargılanma (2001 değişikliği) hakkına sahiptir” (md. 36/1)<sup>366</sup>.

Böylece, hem AİHS’ la paralellik sağlanmış, hem de doğal yargıç hakkının içeriği tamamlanmıştır. (md. 36)<sup>367</sup>.

### a) Gözaltı ve Tutuklama

Her türlü keyfi ve yetkilerin kötüye kullanımıyla yakalama ve tutuklamalara karşı kişi özgürlüğünü korumayı amaçlayan güvenlik hakkına getirilecek istisnalar konusunda uluslararası belgeler, ya doğrudan belirleme veya ulusal mevzuata yollama yapar. Burada ilke “yasal” dayanaktır, insan Hakları Avrupa Sözleşmesi (AİHS);

“Her ferдин hürriyete ve güvenliğe hakkı vardır. Aşağıda mezkûr haller ve kanuni usuller dışında hiç kimse hürriyetinden mahrum edilemez” kuralını koyduktan sonra özgürlükten alıkoymaya izin veren altı durumu birer birer sayar (md. 5), 1982 Anayasası, özgürlükten alıkonma nedenlerini hemen aynen benimsemiştir:

<sup>364</sup> Özbudun(2005):s.105.

<sup>365</sup> Tanör-Yüzbaşıoğlu (2005):s. 42.

<sup>366</sup> Tanör-Yüzbaşıoğlu (2005): s.182.

<sup>367</sup> Tanör-Yüzbaşıoğlu (2005):s. 42.Kaboğlu (2002):s 167,168.

“Mahkemelerce verilmiş hürriyeti kısıtlayıcı cezaların ve güvenlik tedbirlerinin yerine getirilmesi; bir mahkeme kararının veya kanunda öngörülen bir yükümlülüğün gereği olarak ilgilinin yakalanması veya tutuklanması; bir küçüğün gözetim altında ıslahı veya yetkili merci önüne çıkarılması için verilen bir kararın yerine getirilmesi...” (md. 19/2).

Güvenlik hakkının demokratik bir toplumda özel bir öneme sahip olduğunu resmen kabul eden İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi'ne göre devlet, toplumsal düzen için tehlikeli kişileri özgürlüğünden alıkoyabilmelidir. Buna karşılık Mahkeme, önce 5. maddeyi dar yorumla “sınırlı sayıda nedenler” şeklinde niteleyerek, madde uygulamasının devletlere çok dar bir değerlendirme payı bıraktığı sonucuna varmıştır<sup>368</sup>. 5. maddenin amacı, Mahkemeye göre, “kişinin keyfi olarak hareket özgürlüğünden yoksun kılınmasını önlemektir”.<sup>369</sup> Özgürlük, yakalama ve tutuklamanın yokluğunu belirtir. Güvenlik hakkı, yakalama ve tutuklama konusunda keyfiliğe karşı güvencedir. Öngörülen nedenlere dayanarak özgürlükten alıkoymanın Sözleşme'ye uygun olması için yasal yollara uyulmalı ve usulüne uygun olmalıdır. Mahkeme, yasal yollara saygı konusunda ulusal mevzuata gönderme yapar. Bu bakımdan mevzuatın belirlediği prosedüre uyulup uyulmadığını denetleyen Mahkeme, özgürlük ve güvenlik hakkına dokunulması durumunda “derinleştirilmiş bir denetim” icra eder<sup>370</sup>.

Mahkeme, usule uygunluğu, kişiyi özgürlüğünden alıkoyan önlemlerin hem alınış biçimi, hem de uygulanış biçimi bakımından aramakla; kısaca, ulusal mercilerin, özgürlükten mahrumiyetle sonuçlanan kararı alırken bu konudaki “kurallar”a (rules) ve “usuller”e (procedures) uyup uymadıklarını denetlemektedir. Burada yasallığın içeriğinden Divan'a göre sadece yürürlükteki metinler ve içtihatlar değil, gelenekte anlaşılmalıdır<sup>371</sup>.

AİHS, özgürlüğünden alıkonulmuş kişiye çeşitli haklar tanımaktadır (md. 5 bent 2–5). Bu haklar güvence niteliğinde olup, bireye kendini savunma olanağı tanıma amacına yöneliktir<sup>372</sup>:

<sup>368</sup> Kaboğlu (2002): s. 306; dipnot 87.

<sup>369</sup> Kaboğlu (2002): s. 306; Bkz. Gölcüklü Feyyaz, “**Kişi Özgürlüğü ve Kişi Güvenliği**”, **İnsan Hakları Kurallarının İç Hukukta Uygulanması**, AÜSBFİHM yay.. Ank. 1992, s. 39. Avrupa Komisyonu'na göre, “özgürlük ve güvenlik” kelimeleri bir bütün oluşturur Şekilde anlaşılmalıdır ve bu kavramlar kişinin yalnızca beden özgürlüğü ve güvenliğine yöneliktir” (Gölcüklü (1992): s. 41).

<sup>370</sup> Kaboğlu (2002): s. 307.

<sup>371</sup> Kaboğlu (2002): s. 307; dipnot 89.

<sup>372</sup> Kaboğlu (2002): s. 307; Erkut- İnceoğlu (2005):s. 127–143

— İliki, yakalamanın niteliği ve nedeni konusunda bilgi sahibi olma hakkıdır (b. 2). Yakalanan her kişi, yakalanmasını gerektiren nedenler ve kendisine yöneltilen her suçlamadan, en kısa sürede ve anladığı dilde haberdar edilmelidir.

— İkincisi, yargıç önüne çıkarılma hakkıdır (b. 3): “Bu maddenin 1/c bendinde öngörülen koşullara göre yakalanan ya da tutuklanan herkesin hemen bir yargıç (...) önüne çıkarılması gerekir. Kendisinin makul bir süre içinde yargılanmaya veya adli kovuşturma sırasında serbest bırakılmaya hakkı vardır...” Burada amaç, tutukluluk süresinin aşırı uzamaması, cezanın bir tür önceden infazı yolunun (suçsuzluk karinesini kaldıran) kapatılmasıdır<sup>373</sup>.

— Üçüncü olarak, başvuru hakkı tanınmıştır (b. 4); “Yakalanma ya da tutuklanma nedeniyle özgürlüğünden alıkonulan her kişi, tutukluluk durumunun yasallığı üzerine karar vermesi ve tutukluluk yasal değilse serbest bırakılma emrini vermesi için mahkemeye başvuru hakkına sahiptir.” Mahkemeye göre, “makul” bir ritm ile gerçekleştirilen süreli ve otomatik adli denetim anlaşılmalıdır ve böyle bir denetim, bireye özellikle bir mahkemeye etkili giriş ve dinlenilme hakkını (droit d'etre entendu) sağlamalıdır<sup>374</sup>.

— Nihayet, bu madde hükümlerine aykırı koşullarda yakalama ya da tutuklama işleminin mağduru olan her kişinin tazmini isteme hakkı vardır (b. 5).

Bu kapsamda AİHM verdiği bir kararında Türkiye Cumhuriyeti devletini AİHS'nin 5 nci maddesine aykırı davrandığı gerekçesiyle tazminat ödemeye mahkûm etmiştir. Karara göre<sup>375</sup>,

“Türkiye Cumhuriyeti Devleti aleyhine açılan 29986/96 başvuru no'lu davanın nedeni, Türk vatandaşı A.D.'nin (Başvuran) Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'ne (AİHM) 17 Ocak 1996 tarihinde, Avrupa İnsan Hakları ve Temel Özgürlükleri Sözleşmesi'nin (AİHS) eski 25. maddesi uyarınca yapmış olduğu başvurudur.

Olaya hukuk açısından bakıldığında, AİHS'nin 5–1 maddesinin ihlal edildiği iddiası ile Başvuran, oda hapsi cezasının, AİHS'nin 5–1 maddesi uyarınca yetkili mahkeme tarafından değil askeri üstü tarafından verilmesinden şikâyetçi olmaktadır.

<sup>373</sup> Kaboğlu (2002): s. 307; Bkz. Sudre, Levinet ve diğerleri 1992 tarihli karar, RUDH–1993, S.7.

<sup>374</sup> Kaboğlu (2002): s. 307; Bkz. Sudre, Levinet ve diğerleri 1992 tarihli karar, RUDH–1993, S.7.

<sup>375</sup> A.D. Türkiye davası; Başvuru no:29986/96, 22 Aralık 2005, Erişim Tarihi 11.10.2006; [http://www.yargitay.gov.tr/aihm/upload/29986\\_96.pdf](http://www.yargitay.gov.tr/aihm/upload/29986_96.pdf).

AİHM, başvuruyu kabul edilebilir bulmuş ve Türkiye'nin de taraf olduğu bu kararında, bir astsubaya disiplin amiri yarbay tarafından emre itaatsizlikten dolayı 1632 sayılı Askeri Ceza Kanununun 171 nci maddesine göre verilen 21 gün oda hapsi cezasının maddenin 1/a bendini ihlal ettiğine karar vermiş ve Türkiye'yi 1500 Euro tazminat ödemeye mahkûm etmiştir.

### **C- Dokuzuncu Değişiklik (2004)**

Mayıs 2004'de yapılan dokuzuncu değişikliğin en belirgin özelliği Avrupa Birliğine uyum amaçlı yapılmış olmasıdır. Anayasayı değiştiren 5170 sayılı kanunun değişiklik gerekçesinde bu husus çok açık olarak vurgulanmıştır. Gerekçede, yapılan değişikliğin, "Avrupa Birliğine üye adayı olan Ülkemizin Kopenhag siyasi kriterleri bağlamında yerine getirilmesi gereken" ve bu doğrultuda "Avrupa Birliği Müktesebatının üstlenilmesine ilişkin Ulusal Programda belirlenmiş bulunan" yasal düzenlemelerden olduğu ifade edilmektedir. Anayasa değişikliği, bu amaçla yapılmasının da etkisiyle, Mecliste iktidar ve muhalefetin uzlaşmasıyla üçte ikiyi fazlasıyla aşan çoğunlukça kabul edilip, Cumhurbaşkanınca da uygun bulunmasıyla, halk oylamasına gerek kalmaksızın yürürlüğe girmiştir<sup>376</sup>.

#### **1. Suç ve Cezalar (Ölüm Cezasının Kaldırılması)**

2004 değişikliği, 1982 Anayasasının on maddesi ile ilgili ve ilk bakışta Anayasada yapılan üçüncü büyük değişiklik paketi olmakla birlikte; bunlardan dördü 2001 değişikliğinde sınırlanmasına rağmen, İçerde ve dışarıda tartışılmaya devam edilen ölüm cezasının nihayet Anayasadan ayıklanmasına ilişkindir. Tanör ve Yüzbaşıoğlu'na göre kuşkusuz bunda, ölüm cezasını tümüyle kaldıran İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesine Ek 13 No'lu protokolün de payı olmalıdır. Nitekim, yapılan değişiklikte Anayasanın 15., 17., 38. ve 87. maddelerindeki ölüm cezalarına ilişkin ibareler madde metinlerinden çıkarılmış; 38. maddenin onuncu fıkrası, "ölüm cezası ve genel müsadere cezası verilemez" şeklinde değiştirilmiştir. Keza, aynı maddenin son fıkrasında yapılan değişiklikle, "Uluslararası Ceza Divanına taraf olmanın gerektirdiği yükümlülükler hariç olmak üzere vatandaş, suç sebebiyle yabancı bir ülkeye verilemez", hükmü konularak; Uluslararası Ceza

<sup>376</sup> Tanör-Yüzbaşıoğlu (2005):s. 46; 5170-7.5.2004 (RG.22.5.2004-25469).

Divanının yargılama yetkisine anayasal dayanak kazandırıldığı gibi, bu yetkinin kullanılmasından doğan yükümlülükler, vatandaşın suç sebebiyle yabana bir ülkeye verilememesi güvencesinin istisnası sayılmıştır<sup>377</sup>.

## 2. Adil Yargılanma Hakkı (Devlet Güvenlik Mahkemelerinin Kaldırılması)

### a) DGM'lerde Savunma Haklarında Sapma

Kaboğlu kitabında CMUK'unda yapılan bazı değişikliklerin Devlet Güvenlik Mahkemelerinin (DGM) görev alanına giren suçlara uygulanamaması (md. 31), Anayasa ve Avrupa Sözleşmesi açısından nasıl değerlendirilebilir, sorusunu sormaktadır. Hemen belirtmek gerekir ki işkence yasağı, ancak usuli güvencelerle anlam ifade eder. Bununla birlikte, 3842 sayılı yasayla yapılan iyileştirmelerden, "sürelerin kısaltılması, avukat bulundurma ve susma hakkı" gibi özellikle "işkenceyi önleme araçları"na ilişkin hükümler, DGM'nin görev alanına giren suçlarda uygulanmayacaktır (md. 3). Savunma haklarında ayrılma (sapma), "yasak sorgu yöntemleri"ni düzenleyen 13. (CMUK değişik 135/a) maddenin DGM'nin görev alanına giren suçlar bakımından etkililiğini azaltmaktadır<sup>378</sup>.

Hatırlatmak gerekir ki, AİHS, dokunulmaz haklarda 15. maddeyle bile sapma (derogation) kabul etmemektedir. CMUK değişiklikleri ise, belli suçlar açısından, işkencenin önlenmesinin usuli güvencelerini azaltmış ya da ortadan kaldırmıştır. Dolaylı olarak belli suçlar açısından "dokunulmaz alanlar"ın zedelenebileceği sonucu çıkmaktadır. Bu bakımdan, 3842 sayılı yasanın 31. maddesinin, Anayasa'nın işkenceyi açık ve kesin olarak yasaklayan hükmüne (md. 17/3) ve 15. maddesinin 2. fıkrasına aykırılığı öne sürülebilir. Daha genel açıdan, Avrupa Sözleşmesi kapsamında "dokunulmaz alanlar" her zaman, her yerde ve herkes için geçerli olduğundan, DGM'nin görev alanına giren suçlar bakımından bu ilkeyi zedeleyici bir ayırımın yapılmış çalması haklı gösterilemeyeceğinden, yaratılan farklılık "eşitlik ilkesi"ne de aykırı düşmekteydi<sup>379</sup>. Nitekim 4744 sayılı Yasa ile; yakalanan ve tutuklananın hakları

<sup>377</sup> Tanör-Yüzbaşıoğlu (2005):s. 46.

<sup>378</sup> Kaboğlu (2002): s.311; Toroslu (1992): s. 20,21,23-24.

<sup>379</sup> Kaboğlu (2002):s.312; 1842 sayılı yasanın kimi maddelerinin DGM'nin görev alanlarına giren suçlarda uygulanmayacağına ilişkin kurala (md. 31) karşı Anayasa Mahkemesi'ne itiraz yoluyla Sulh Mahkemesi tarafından yapılan başvuru, mahkemenin bakmakta olduğu davada uygulayacağı hüküm olmaması nedeniyle reddedilmiştir (AYM'nin 19.1. 1993 günlü, E. 1993/1, K. 1993/1 sayılı kısa kararı).

bakımından olumlu değişiklik yapılmıştır. Buna göre, olağanüstü hal ilan edilen bölgelerde işlenen toplu suçlarda yakalanan veya tutuklanan kişiler hakkında hâkim önüne çıkarmak için en çok 10 gün olarak belirlenen süre, “Cumhuriyet savcısının talebi ve hâkim kararıyla yedi güne kadar uzatılabilir (...) Tutuklu bulunan sanık, müdafii ile her zaman görüşebilir (...)”<sup>380</sup>.

2004 yılında yapılan diğer değişikliklerle, Anayasanın 143. maddesi yürürlükten kaldırılarak, Devlet Güvenlik Mahkemeleri nihayet anayasal dayanaktan yoksun kılınmıştır<sup>381</sup>.

#### **D- 1602 Sayılı Askeri Yüksek İdare Mahkemesi Kanununun Avrupa Birliğine Uyum Sürecinde Adil Yargılanma Hakkı Merceği Altında İncelenmesi Ve Askeri Yüksek İdare Mahkemesi Kanun Taslağı**

Bilindiği üzere Askeri Yüksek İdare Mahkemesi (AYİM), Türk hukukuna ilk kez 1971 Anayasa değişikliği ile girmiş (1961 Anayasasının 140.Maddesi), 1982 Anayasasının 157 nci maddesi ile de Türkiye'deki alti Yüksek Mahkeme'den biri olarak düzenlenmiştir.

AYİM, Askeri kişileri ilgilendiren ve askeri hizmete ilişkin idari işlem ve eylemlerin yargısal denetimini yapan, Milli Savunma kamu hizmetinin ve askerlik mesleğinin kendisine has isleyişı ve kuralları gözetilerek, bu mesleğin içinden yetişmiş yargıç ve subaylardan oluşmuş, özel görevli bir Yüksek Mahkeme konumundadır.

AYİM, 4.7.1972 tarih ve 1602 sayılı Kanunla yargılama faaliyetine başlamış ve asker kişileri ilgilendiren ve askeri hizmete ilişkin işlem ve eylemlerden doğan ihtilafları çözümlemeye başlamıştır. 1602 sayılı Kanunda 25.12.1981 tarih ve 2568 sayılı Kanunla geniş çaplı değişikliklere gidilmiş; 1982 Anayasasının kabulünden önce yapılan bu değişikliklerin bir bölümü, sonradan 1982 Anayasasının 157 nci maddesine de aynen aktarılmıştır.

Anayasanın 157 ve 1602 sayılı AYİM Kanununun 7-8 nci maddeleri uyarınca AYİM en az yarbay rütbesinde birinci sınıf askeri hâkim subaylarla, yarbay-albay

<sup>380</sup> Kaboğlu (2002):s.312; 4744 sy. Kanun, md. 35 (DGM'ler Hak. 2845 sy.lı Kanun, md. 16 (III, IV).

<sup>381</sup> Tanör-Yüzbaşıoğlu (2005):s. 47.

rütbelerinde kurmay subaylardan oluşmaktadır. Gerek askeri hâkim gerek subay üyelerin seçimleri Cumhurbaşkanınca yapılmakta; ancak, askeri hâkim üye adayları Mahkemenin hâkim sınıfından üyelerinin oluşturduğu Kurulca belirlenirken, kurmay subay üye adayları Genelkurmay Başkanınca belirlenip Cumhurbaşkanının tensip ve seçimine sunulmaktadır. Halen Mahkemede 3 Daire, her Dairede biri Daire Başkanı olmak üzere beş askeri hâkim üye, iki de kurmay subay üye görev yapmaktadır.

Burada ilk olarak incelenmesi gereken husus, AYIM'nin belirtilen bu kuruluş şeklinin AIHS'nin 6.Maddesinin 1.fıkrasında öngörülen "Adil yargılanma hakkı" ilkesine uyarlı düşüp düşmediğidir. AIHM kararlarında benimsenen ilke ve kriterler dikkate alındığında, AYIM'nin, bünyesinde hâkim sınıfından olmayan üyeler (kurmay subaylar) bulursa da, belirtilen madde anlamında bir "Mahkeme" olarak kabul edilmesi gerektiği kuskusuzdur. Nitekim doktrinin konuya yaklaşımı da bu doğrultudadır. AYIM'nin kanunla kurulmuş olması ve bir yargısal fonksiyon üstlenmesi karşısında, aksine bir görüşün ileri sürülmesi de AIHM içtihatları karşısında mümkün görülmemektedir.

AYIM'nin "Mahkeme" ve "Kanunilik" koşullarını taşıdığına temas ettikten sonra, soruna "Bağımsızlık" ve "Tarafsızlık" ölçeklerine uygunluk açısından da temas etmek gerekmektedir.

Gerek "Bağımsızlık", gerek "Tarafsızlık" kriterlerinin, AYIM'nin kuruluş yapısı gereği askeri hâkim sınıfından olan üyelerle, bu sınıftan olmayan üyeler (kurmay subaylar) bakımından ayrı ayrı ele alınması gerekli bulunmaktadır.

Bilindiği üzere bağımsızlık, başka bir kişi veya organdan emir almamak ve tarafların ve özellikle yürütme organının etki alanının dışında olmak demektir. Nitekim, AIHM bir mahkemenin bağımsızlığını araştırırken, üyelerinin atanma ve görevden alınma usulünü, görev süresini, üyelere emir verme ve, baskı yapma yetkisine sahip bir makamın bulunup bulunmadığını dikkate almakta nihayet mahkemenin bağımsız bir görünüm verip vermediğine bakmaktadır.

AYIM'nin hâkim sınıfından olan üyeleri bakımından (seçim ve atama usulü) AIHS'ne bir aykırılık ve "Bağımsızlık" kriteri yönünden bir sorun bulunmamaktadır. Bir sorun olarak değerlendirilebilecek husus, hâkim sınıfından olmayan üyelerin konumudur. Doktrinde, AYIM'nin hâkim sınıfından olmayan üyelerinin (kurmay

subayların) Genelkurmay Başkanınca önerilen adaylar arasından Cumhurbaşkanınca seçilmesi usulünün ve bunların görev süresinin alt sınırının belli bir yıl ile sınırlandırılmamasının (bunların görev süresi en çok dört yıl olarak öngörülmüştür.) bu statüdeki üyelerin bağımsızlığını zedelediği, dolayısıyla AYIM'in bu yapısı itibarıyla "bağımsız bir görünüm" vermediği ileri sürülmektedir.

Özgüldür'e göre<sup>382</sup>; AIHM'nin temas edilen kararları bir bütün olarak ele alındığında, bu eleştirinin hâkim sınıfından olmayan üye adaylarının Genelkurmay Başkanınca saptanarak Cumhurbaşkanına bildirilmesi ve Cumhurbaşkanınca bu adaylar arasından üye seçimi yapılmasının AIHS'ne aykırı düştüğüne ilişkin bölümüne, katılmak mümkün değildir. AIHM, bu konuya ilişkin kararlarında "Mahkeme" olarak kabul edeceği yargısal fonksiyon üstlenen kuruluşlarda görev yapacak kişilerin hangi organ, merci ya da kişi tarafından seçildiği ya da belirlendiği hususu üzerinde hiç durmamakta; ancak yargısal işlevde bunların bir yargıç gibi tam bağımsız, tarafsız ve teminatlı şekilde görev yapıp yapmadıkları, bu olanağın kendilerine mevzuatla sağlanıp sağlanmadığına bakmaktadır. Ancak, eleştirinin ikinci bölümü, yani bu statüdeki üyelerin asgari görev sürelerinin belli olmamasının Mahkemenin (AYIM'nin) bağımsız bir görünüm sergilemesine mani teşkil edeceğine dair kısmı, üzerinde ciddiyetle durulması gereken bir husustur. Nitekim AYIM Genel Kurulu, hazırladığı AYIM Kanun Tasarısı Taslağında bu mahzura son vermek amacıyla, AIHM'nin bu konudaki kararlarına paralel biçimde, mahkemenin hâkim sınıfından olmayan üyeleri için en az üç yıl (en çok da dört yıl) görev yapma koşulu öngörülmüştür. Bu günkü uygulamada bu statüdeki üyelere iki yıldan az görev yapan yoksa da, en azından mevzuat bazında, tersine işlemle her an görevden alınmaları mümkün olabileceğinden; AIHM'nin öngördüğü kriterlere göre söz konusu yasal düzenlemenin (1602 sayılı AYIM Kanununun 10.Maddesi) AIHS'nin 6.maddesinin 1.fıkrasındaki bağımsız mahkeme ilkesi ile uyum içinde olmadığı söylenebilecektir.

Konunun ikinci adımı, "Tarafsızlık" ilkesidir. Yukarıda kısmen açıklandığı üzere, AIHM "tarafsızlık" kavramı "objektif" ve "sübjektif" olmak üzere ikiye ayırarak incelemektedir. Sübjektif tarafsızlık, mahkeme üyesi hâkimin birey sıfatıyla kişisel

---

<sup>382</sup> Özgüldür, Serdar, "Adil Yargılanma Hakkı Merceğinde Ele Alınması Gereken Bir Kod Kanun Hazırlık Çalışması Örneği: Askeri Yüksek İdare Mahkemesi Kanun Tasarısı Taslağı" **Askeri Yüksek İdare Mahkemesi 18 Numaralı Dergi**, Erişim Tarihi: 25.10.2007. , [http://www.msb.gov.tr/ayim/Ayim\\_makale\\_detay.asp?IDNO=53](http://www.msb.gov.tr/ayim/Ayim_makale_detay.asp?IDNO=53)

tarafsızlığıdır. Sübjektif tarafsızlığından şüpheye düşülen yargıcın davadan çekilmesi gerekir. Objektif tarafsızlık ise kurum olarak mahkemenin kişide bıraktığı izlenim, yani hak arayanlara güven veren, tarafsız bir görünüme sahip bulunma demektir. Objektif tarafsızlık değerlendirmesi organik, yani mahkemenin kuruluş şekli ve fonksiyonel (görevin yerine getirilme tarzı) açıdan yapılmaktadır. Bu kriter yönünden AYIM'nin hâkim sınıfından üyeleri için AIHS bakımından bir sorun yoksa da, yukarıda açıklanan nedenlerle subay üyeler yönünden objektif tarafsızlık bakımından AIHM'nin koyduğu ölçütlere uyarlık olmadığı değerlendirilmesi yapılabilecektir. Nitekim, doktrinde de bu kanaat ihzar edilmektedir.

“Prensibe ilişkin dava” kavramının belirsizliği, üzerinde spekülasyon yapılmasına çok elverişli olduğu gibi; davacının açtığı davanın Mahkemenin hangi biriminde (Dairesinde) görüşüleceğini bilememesi, önceden bilse dahi dava sonuçlanana kadar belirtilen yetkinin AYIM'nin sayılan organ ve makam sahiplerince her zaman kullanılabilme olasılığı nedeniyle bir belirsizlik ortamının doğabileceği göz önüne alındığında, bu yasal düzenlemenin AIHS'nin 6.Maddesinin 1.fıkrasındaki “hakkaniyete uygun” yargılama ilkesiyle örtüşmediği gözlenmektedir. Nitekim, AYIM Kanun Tasarısı Taslağında bu düzenlemeye yer verilmemiş ve “Tabii hâkim” ilkesi esas alınarak, dava konularına göre bir is bölümü yapılmıştır.

AYIM üyelerinin disiplin suçları, görevle ilgili suçları, adli ve askeri yargıya tâbi suçları ile ilgili 1602 sayılı Kanununun 30-33 ncü maddeleri üyeler bakımından tam teminat sağlayıcı, açık ve net kurallara bağlanmış, hakkaniyete tam anlamıyla uygun bir düzenleme getirmedeğinden; bu sekliyle anılan düzenlemenin AIHS'nin 6.Md.nin 1.fıkrasıyla uyum içerisinde olduğu söylenemeyecektir. AYIM Kanun Tasarı Taslağında bu konu çok net ve detaylı biçimde, hakkaniyete uygun şekilde yeniden düzenlenmiştir.

Adil yargılanma hakkının içeriğindeki “hakkaniyete uygun yargılama” ilkesiyle uyumlu düşmeyen, Anayasa Mahkemesinin yeni bir kararıyla da Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununun paralel hüküm öngören düzenlemesi (HUMK.Md.87) Anayasaya aykırı görülen, buna eşdeğer söz konusu müessese hâlâ sorun olmaya devam etmektedir. AYIM Kanun Tasarısı Taslağı ile bu konu da çözüme kavuşturulmuştur.

1602 sayılı Kanunun Başsavcılık Düşüncesi ile ilgili 47 nci maddesi uyarınca, savcılarca hazırlanan yazılı Düşünce taraflara tebliğ edilmemektedir. Bir önceki başlık altındaki AIHM kararlarında işaret edildiği üzere, bu hüküm “silahların eşitliği” ilkesi ile bağdaşmamakta ve bu haliyle AIHS'nin 6.maddesinin 1.fıkrasına uygun düşmemektedir. AYIM Kanun Tasarısı Taslağı ile bu sorun da çözüme kavuşturulmuştur.

Duruşma isteminin yalnız dava dilekçesi ile davalı idare yönünden birinci savunmada yapılabileceğine ilişkin 1602 sayılı Kanunun 48 nci maddesinin de “hakkaniyete uygun yargılama” ilkesi yönünden taraflara yeterli imkân ve kolaylık sağlamadığı bir gerçek olup; bu husus da hazırlanan “Tasarı Taslağı” ile “silahların eşitliği” ilkesine uygun biçimde yeniden düzenlenmiştir.

1602 sayılı Kanunun AIHS'nin 6.Maddesinin 1. fıkrası yönünden en sorunlu düzenlemelerinden biri, gizli bilgi, belge ve dosyaların davacı ve vekillerine incelettirilmeyeceğine ilişkin 52 nci maddesidir. Doktrinde, anılan düzenlemenin AIHM'nin “silahların eşitliği” ilkesine ters düştüğü, diğer yönü itibariyle “alenilik” kuralına da aykırı olan düzenlemenin “hakkaniyete uygun yargılanma hakkı” ile bağdaşmağı öne sürülmektedir. İdari Yargılama Usulü Kanunundaki 20 nci madde paralelinde bir düzenleme ideal görünmekle beraber; askerlik hizmetinin bünyesinde doğal olarak mevcut bulunan “gizlilik” ve “bilmesi gereken” prensipleri dikkate alındığında, dengeli ve adil yargılanma hakkının özünü de zedelemeyen yasal bir düzenlemeye ihtiyaç olduğu açıktır. Nitekim, AYIM Kanun Tasarısı Taslağı'nda bu konuda dengeli bir yaklaşımla “askeri hizmetin gerekli ve zorunlu kıldığı anlamda gizlilik” kriteri esas alınmak suretiyle, “silahların eşitliği” ve “hakkaniyete uygun yargılama” ilkeleri dikkate alınmıştır.

1602 sayılı Kanun ve Askeri Yüksek İdare Mahkemesi üzerinde en çok tartışma yapılan konulardan birisi, mahkemenin “tek dereceli” (ilk ve son derece) olması; bu nedenle de verilen kararlara karşı kanun yollarına gidilmesi halinde, aynı kurullarca (Daireler ve Daireler Kurullarınca) dosyanın incelenmekte olması, bunun da “hakkaniyete uygun yargılanma hakkı” ile tam olarak örtüşmediği yolundaki iddia ve itirazlardır.

Askeri İdari yargı sisteminde alt derece askeri idare mahkemelerinin bulunmayışının yol açtığı bu görünümün mahzurunun asgariye indirmek ve AIHS'ne

ek 7 No'lu Protokol ile salt ceza yargısı bakımından iki dereceli bir yargı mekanizması öngörülmesine karşın, askeri idari yargı bakımından da iki dereceliye benzer bir sistem oluşturulması hedeflenerek, AYIM Kanun Tasarısı Taslağı'nda tarafların AYIM Daireleri ile Daireler Kurulunun verdiği nihai kararlara karşı karar düzeltme istemlerinin Daireler Kurulu ile Genel Kurul'da ayrı heyetlerce incelenmesi esasi getirilmiş ve böylelikle ideale en yakın şekilde "hakkaniyete uygun" (dolayısıyla adil) yargılanma mekanizması düşünülmüştür.

Son olarak şunu söyleyebiliriz ki; AYIM Kanun Tasarısı Taslağı'nın yasalaşması halinde, bugün için hem Türk İdari yargısında öteden beri eleştiri konusu yapılan pek çok soruna AYIM Yönünden bir çözüm getirilmiş olacak, hem de AIHS'nin 6.maddesinin 1. fıkrasındaki "Adil yargılanma hakkı" ve buna AIHM'nce getirilen yoruma ve bu konuda geliştirilen ölçütlere uyumlu bir Yüksek Mahkeme Kod Kanunu Türk Hukukuna kazandırılmış olacaktır.

## **BÖLÜM 2**

### **TÜRK HUKUKUNDA İDARENİN YARGISAL DENETİMİNE İLİŞKİN İLKELER VE İDARİ YARGI DENETİMİ DIŞINDA BIRAKILAN İŞLEMLER**

#### **I. İDARENİN YARGISAL DENETİMİNE İLİŞKİN İLKELER**

##### **A- İDARİ YARGININ ORTAYA ÇIKIŞI VE ÖZELLİKLERİ**

###### **1. Yargı Denetiminin Gereği ve Sakıncaları**

###### **a) Yargı Denetiminin Gereği**

İdare üzerinde uygulanan ve idarenin dışındaki denetim yollarından biri ve en etkili yargı denetimidir. İdareye yargı denetiminin uygulanmasının gereği, bugün üzerinde tartışılmayacak kadar açıktır. Demokratik bir toplumda, idarenin kendini hukuk kurallarına bağlı sayması, bu kuralların dışına çıktığında, kendini bir yaptırım karşısında bulması, hukuk devleti anlayışının zorunlu bir ögesi ve aynı zamanda doğal bir sonucudur<sup>383</sup>.

<sup>383</sup> Gözübüyük, A. Şeref – Tan, Turgut, **idare Hukuku**, Cilt I. Genel Esaslar. Güncelleştirilmiş 2. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara, 2001, s. 964.

Anayasa Mahkememizin de bir kararında belirttiği gibi, hukuk devleti kavramının öğelerinden en önemlileri kuvvetler ayrılığı ilkesi bağlamında "idarenin hukuka bağlılığı ile zarar verici işlem ve eylemlerinden sorumlu tutulması ve yargı güvencesidir. "Anayasa Mahkemesi'ne göre, "Hukuk devletinde, yönetimin tüm eylem ve işlemlerinin hukuka uygunluğu zorunludur. Bu nedenle hukuk devletinin vazgeçilmez koşullarından birisi, idarenin yargısal denetimidir"<sup>384</sup>.

Bilindiği gibi, kişiler arasında çıkan anlaşmazlıkların giderilmesinde en etkili ve nesnel yol, yargı yerlerinin işe karışmaları ve anlaşmazlıkları gidermeleridir. İdare ile idare edilenler arasında çıkan anlaşmazlıkların giderilmesinde de, en etkili ve nesnel yol, yargı yerlerinin işe karışmaları ve idarenin eylem ve işlemlerini yargı denetimine tabi tutmalarıdır<sup>385</sup>.

## **b) Yargı Denetiminin Sakıncaları**

İdarenin yargı yolu ile denetiminin en önemli sakıncası, yargı denetiminin, diğer denetim yollarına göre, yavaş işlemesi ve sonucun geç alınmasıdır. Yargı denetiminin başka bir sakıncası da, idarenin yargı yolu ile denetiminin kişilere sağladığı güven ve yarara karşılık, idarenin işlerini, kamu hizmetlerinin yürütülmesini güçleştirmesidir. Bu sakıncaların etkisini azaltmak için, kişisel yararlar kamu yaran arasında bir dengenin kurulmasını sağlamak zorunlu görülmektedir, idarî yargı yerlerinin yapılarının, idarenin tutumunu değerlendirecek nitelikte bulunması, idari yargıda görülmekte olan davalara özel ve basit bir yargılama yönteminin uygulanması, yargılama giderlerinin, adil yargıya göre daha az olması, kişi yararı ile kamu yaran arasında bir dengenin kurulmaya çalışıldığını gösteren belirtilerdir<sup>386</sup>.

## **c) Yargı Denetiminde Uygulanan Sistemler**

Bugün gerek Kara Avrupası, gerekse Anglo-Amerikan ülkelerinde olduğu gibi, Türk hukuk sisteminde de idarenin eylem ve işlemlerinden «menfaati» ya da «hakkı etkilenen kimse yetkili yargı yerine başvurarak idari işlemin iptalini, ya da karşılaştığı haksızlığın giderilmesini isteyebilir. Bu sonucun elde edilebilmesi için

---

<sup>384</sup> Gözübüyük-Tan (2001): s. 964–965; Anayasa Mahkemesi, 1.10.1991 tarih ve E. 990/40-K. 991/33 sayılı karar. RG. 7.2.1992, sayı: 21135, s, 19.

<sup>385</sup> Gözübüyük-Tan (2001): s. 965.

<sup>386</sup> Gözübüyük-Tan (2001): s. 965.

birbirinden farklı iki ana sistem uygulanmaktadır. Bunlardan biri, Anglo-Amerikan ülkelerinde uygulanan «yargı birliği» sistemi, diğeri Kara Avrupası ülkelerinde ve bu arada ülkemizde uygulanan «idari yargı» sistemidir. Birinci sistemde, genel olarak idarenin yargı yolu ile denetimi «adalet mahkemeleri», ikinci sistemde ise «idari mahkemeler» eliyle yapılmaktadır. Gerçekte, bu iki ana sistemden hiç biri tek başına uygulanmamaktadır. Çeşitli ülkelerde, bu iki ana sistemden birine, ya da diğesine ağırlık veren çeşitli sistemler uygulanmaktadır.

## 2. Türkiye'de İdari Yargının Ortaya Çıkışı ve Gelişimi

İdari yargının doğuşu ve gelişimini Cumhuriyet öncesi ve sonrası dönemleri ayrı ayrı incelemek gerekir. Gerçek anlamda idari yargının ortaya çıkışı, idare hukukundaki gelişmelere koşut olarak Cumhuriyet dönemindedir<sup>387</sup>.

### a) Cumhuriyet Öncesi Dönem

İdari yargının ortaya çıkışı 1868 yılında Fransız örneğine göre "Şurayı Devlet" in kuruluşuna kadar geriye götürülebilir. Şurayı Devletin görevleri arasında "hükümet ile eşhas beyninde" olan davalara bakmak da vardı. O dönemde Şurayı Devlet' in kararları sadrazamın onayı ve padişahın iradesi ile yürürlüğe girdiği için Fransa'daki sisteme benzetilerek "tutuk adalet" olarak nitelenmiştir<sup>388</sup>.

1876 Anayasası bu sistemden ayrılarak, idare ile kişiler arasındaki davaları adli yargıya bırakmıştır. Başkanı 1909 yılına kadar Bakanlar Kurulu'nun bir üyesi konumunda olan Şurayı Devlet, 1922 yılında diğeri Osmanlı kurumları gibi kaldırılmıştır<sup>389</sup>.

<sup>387</sup> Gözübüyük-Tan (2001): s. 966.

<sup>388</sup> Gözübüyük-Tan (2001): s. 966–967.

<sup>389</sup> Gözübüyük-Tan (2001): s. 967; Tarihsel gelişim için bkz. Özdeş, Orhan, **Danıştayın Tarihçesi, Yüzyıl Boyunca Danıştay** 1868-1968, TTK Yayını, Ankara, 1968, s. 41 vd.; Aral, Rüştü, **Yargı Yönünden Danıştay'ın Gelişimi'nin Yüzyıl Boyunca Danıştay** 1968-1968, Ankara, 1968, s. 225. Şenlen, Süheyla, "Türkiye'de İdari Yargının Doğuşu ve Gelişimi Tarihi", **Prof. Dr. Y. Günel'a Armağan, Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi**, c. 49, sayı; 3-4, 1994, s. 401 vd.

## b) Cumhuriyet Dönemi

1924 Anayasası (md. 51) "İdari davalara bakmak ve idari uyuşmazlıkları çözmek üzere" Danıştay'ın kurulacağını öngörmektedir. Bu hüküm doğrultusunda 1925 yılında 669 sayılı Şurayı Devlet Kanunu çıkarılmış ve 1927 yılında Danıştay çalışmaya başlamıştır<sup>390</sup>.

1961 Anayasası hazırlanırken Danıştay yerine, biri "Devlet Şurası" adı ile Devlete yardımcı bir kurul, diğeri de "Yüksek İdare Mahkemesi" olarak yüksek bir yargı organı oluşturulmak işlenmişse de kabul görmemiştir. 1961 Anayasası (md. 140) Danıştay'ı hem "ilk derece ve genel olarak üst derece idari mahkemesi", hem de idari görevleri olan bir yüksek mahkeme olarak düzenlemiştir. Bu iki tür görevin Danıştay'da birleştirilmiş olması, Danıştay'ın idare ile ilişkilerini olumsuz yönde etkilediği ve danışma görevinin yeterince gelişmesini engellediği için eleştirilmektedir<sup>391</sup>.

1961 Anayasasındaki düzenlemeler doğrultusunda 1964 yılında 521 sayılı Danıştay Kanunu çıkarılmıştır. Bu dönemde bazı idari uyuşmazlıkları çözüme yetkisi mahkeme niteliğinde olmayan, idare içinde yer alan il idare kurulu, vergiler itiraz ve temyiz komisyonları, gümrük hakem heyetleri gibi kurullara verilmişti. Bunların kararlarına karşı da Danıştay'a gidiliyordu. Alt kademe idari yargı yerleri olarak bölge idare mahkemeleri kurulması yönünde çabalar 1981 yılına kadar sonuç vermemiştir<sup>392</sup>.

Bu arada 1971 yılında 1488 sayılı Yasa ile Anayasa'da (md. 140) yapılan değişiklikle; "Asker kişilerle ilgili eylem ve işlemlerin yargı denerimi Askeri Yüksek idare Mahkemesince yapılır" hükmü getirilmiş; buna paralel olarak da 1972 yılında 1602 sayılı Askeri Yüksek idare Mahkemesi Kanunu çıkarılmıştır. Gene 1971 Anayasa değişiklikleri sırasında Anayasa'nın (md. 114) "idarenin hiçbir eylem ve işlemi hiç bir halde yargı mercilerinin denetimi dışında bırakılamaz" hükmü "idarenin her türlü eylem ve işlemine karşı yargı yolu açıktır" şeklinde değiştirilmiş; aynen, maddeye "Yargı yetkisi yürütme görevinin kanunlarda gösterilen şekil ve esaslara uygun

<sup>390</sup> Gözübüyük-Tan (2001): s. 966–967.

<sup>391</sup> Gözübüyük, Şeref, **Yönetmelik Yargı**, 10. Bası, Ankara, 1996, s. 16.

<sup>392</sup> Gözübüyük-Tan (2001): s. 967.

olarak yerine getirilmesini sınırlayacak tarzda kullanılamaz. İdari eylem ve işlem niteliğinde yargı kararı verilemez" hükmü eklenmiştir<sup>393</sup>.

İdarenin yargısal denetimini daraltmaya yönelik bu tür girişimler yargıda ve doktrinde eleştirilere neden olmuştur<sup>394</sup>.

İdari yargı alanında kapsamlı yeniden düzenleme, 1982 yılında üç temel yasa çıkarılarak gerçekleştirilmiştir: Bunlar 2975 sayılı Danıştay Kanunu, 2576 sayılı Bölge İdare Mahkemeleri, İdare Mahkemeleri ve Vergi Mahkemelerinin Kuruluşu ve Görevleri Hakkında Kanun ile 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'dur. Bu arada 1981 yılında 2568 sayılı Yasa ile 1602 sayılı Askeri Yüksek İdare Mahkemesi Yasası'nda bazı değişiklikler yapılmıştır<sup>395</sup>.

1982 Anayasası Danıştay'ı idari mahkemelerce verilen ve yasanın başka bir idari yargı merciine bırakmadığı karar ve hükümlerin son inceleme mercii; yasa ile gösterilen belli davaların da ilk ve son derece mahkemesi olarak düzenlemiştir. Ancak, hemen belirtelim ki, 1982 Anayasası'nın idarenin yargısal denetimine ilişkin hükümleri de eleştirilmiştir<sup>396</sup>.

Benzer eleştiriler 2575 sayılı Danıştay Kanunu ile 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nda değişiklik yapan, 1990 yılında çıkarılmış, 3619 ve 3622 sayılı yasalarla ilgili olarak da sürdürülmüştür<sup>397</sup>. Nitekim 1982 Anayasası'nın idarenin yargısal denetimine ilişkin düzenlemeleri ve getirilen sınırlamalar "kökeninde rasyonel-hukuksal nedenler yerine geçmişe tepki, denetlememe eğilimi, yargıya güvensizlik gibi ekstra -jüridik ve kendi temel yaklaşımıyla çelişen nedenlerle idari yargı alanında bir takım ciddi sapmalar" olarak nitelenmiştir<sup>398</sup>. Son olarak 1994 yılında 4001 sayılı Yasa ile

---

<sup>393</sup> Gözübüyük-Tan (2001): s. 968.

<sup>394</sup> Gözübüyük-Tan (2001): s. 968; Yüzbeş ve Yüzaltıncı Yıllarında Danıştay, Ankara, 1975; Danıştay Başkanı İ.H.Ülgen'in 1979 "Danıştay Günü" Açış Konuşması, Ankara, 1979.

<sup>395</sup> Gözübüyük-Tan (2001): s. 968.

<sup>396</sup> Gözübüyük-Tan (2001): s. 968; Günday, Metin, "1982 Anayasasına Göre idari Yargı Denetiminin Kapsamı ve Sınırları", **1- Ulusal İdare Hukuku Kongresi, Birinci Kitap İdari Yargı**, 1-4 Mayıs 1990, Ankara, s. 139.

<sup>397</sup> Gözübüyük-Tan (2001): s. 968; Özay, İl Han, Kendine özgü bir "hukuk Devleti", **1. Ulusal İdare Hukuku Kongresi, 1. Kitap, İdari Yargı**, Ankara, 1990, s. 115. ; Duran, Lütfi, Keyfi Yönetim Yasalaştırılıyor, **Cumhuriyet Gazetesi**, 1.2.1990.

<sup>398</sup> Gözübüyük-Tan (2001): s. 968-969; Güran, Sait, "Yargı Denetiminin Kapsamı", **İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası**. Ord. Prof. Dr. Sulhi Dönmezer'e Armağan, Cilt: LII, Sayılar: 1-4, 1986-1987, s. 45.

2577 sayılı İYUK'nda yapılan değişikliklerle, özellikle iptal davasının yeni tanımı, siyasal iktidarın idari yargıdan rahatsızlığının sürdüğünü göstermektedir<sup>399</sup>.

Bu tür eğilimleri, özellikle siyasal iktidarın işlemlerini denetlemekle görevli, idari yargı ve anayasa yargısının bir yazgısı olarak görmek yanlış olmaz. Zira son yıllarda verdiği yürürlüğün durdurulması ve yetki yasaları ile özelleştirme yasalarına ilişkin iptal kararları nedeniyle Anayasa Mahkemesi'nin de eleştirisi konusu olduğu görülmektedir<sup>400</sup>.

Öte yandan, yap-işlet-devret yönteminin uygulanmasında yapılan sözleşmelerin yargı organlarıncam kamu hizmeti imtiyaz sözleşmesi sayılması; buna karşılık bu yöntemle yatırım yapmak isteyen yabancı yatırımcıların yapacakları sözleşmelerden kaynaklanan uyuşmazlıkların tahkim yolu ile çözülmesini istemeleri karşısında 13.8.1999 tarih ve 4446 sayılı Yasa ile Anayasa'nın 125. maddesinin birinci fıkrasının sonuna "Kamu hizmetleri ile ilgili imtiyaz şartlaşma ve sözleşmelerinde bunlardan doğan uyuşmazlıkların milli veya milletlerarası tahkim yoluyla çözülmesi öngörülebilir. Milletlerarası tahkime ancak yabancılık unsuru taşıyan uyuşmazlıklar için gidilebilir" hükmü eklenmiştir. Anayasa değişikliğinden sonra 2577 ve 2575 sayılı yasaların ilgili hükümlerinde değişiklik yapıldığı gibi; ayrıca 21.1.2000 tarih ve 4501 sayılı "Kamu Hizmetleri ile İlgili İmtiyaz Şartlaşma ve Sözleşmelerinden Doğan Uyuşmazlıklarda Tahkim Yoluna Başvurulması Halinde Uyulması Gereken ilkelere Dair Kanun" çıkarılmıştır<sup>401</sup>.

### **c) İdari Yargının Bugünkü Varlık Nedeni**

İdarî yargının varlık nedeninin yalnızca geleneklerle veya tarihsel nedenlerle açıklanması doğru olmaz. Gözübüyük ve Tan'a göre Fransa'da idari makamların, adli makamlar karşısındaki bağımsızlığını savunmak gibi siyasal gerekçelerin yerini, iki farklı hukukun uygulanmasında uzmanlaşmış iki yargı düzeni arasındaki işbölümü gibi teknik nedenlere bıraktığı kabul edilmektedir<sup>402</sup>.

<sup>399</sup> Gözübüyük-Tan (2001): s. 969.

<sup>400</sup> Gözübüyük-Tan (2001): s. 969.

<sup>401</sup> Gözübüyük-Tan (2001): s. 969.

<sup>402</sup> Gözübüyük-Tan (2001): s. 969; dipnot 40.

İşte bu uzmanlaşma gereği, idari uyuşmazlıkların çözümü, idare hukukunun gelişmesini izleyen, idarenin gereklerini bilen bir yargı düzeni olarak idari yargıya bırakılmıştır. Zira, adli yargının idarenin tek yanlı işlemlerini denetlemede yetersiz kaldığı kabul edilmektedir<sup>403</sup>. Ancak, idari-adli yargı ayrımını klasik nedenlere dayandıran görüşün değerini yitirdiğini, adli yargının uzun süredir idare hukukunu anlama ve uygulama yeteneğini kanıtladığını savunanlar da vardır<sup>404</sup>.

Anayasa Mahkemesi 2802 sayılı Hâkimler ve Savcılar Kanununda değişiklik yaparak, adli yargı hâkim ve savcılığından idari yargı hâkim ve savcılığına veya tersine geçiş olanağını getiren 3446 sayılı Yasa hükmünü iptal ederken iki yargı düzeni arasındaki farklılığı şöyle belirlemektedir:

"Anayasa'nın da yargı ayrılığını benimsediği gerçeği ortaya çıkmaktadır... Anayasa'nın 140. maddesindeki adli ve idari yargı hakim ve savaları ayranının adli ve idari yargı ayrımına dayandığı, Anayasa'nın yüksek mahkemelerle ilgili 154. maddesinde Yargıtay'ı adliye mahkemeleri, 155. maddesinde de Danıştay'ı idare mahkemeleri için son inceleme merci olarak gösterilmesiyle bellidir... idari yargının adli yargıdan ayrıldığı, yalnız Danıştay'ın korunmasıyla değil, idare mahkemelerinin kurulmasıyla kesinlik kazanmış bir olgudur.

"..Her erkin kendi içinde ayırımları gibi yargının da görev alanları değişikliğine göre değişik türleri olabilir. Anayasa bu değişiklikleri göstererek adli ve idari yargı ayrımını benimsemiştir... Adli ve idari yargı ayrımı bu alanlarda yetişerek deneyim kazanmış, uzmanlaşmış hâkim ve savcılarını gerekli kılmaktadır... işlevleri kapsamındaki konuların ayrılığı, yargılama düzenlerinin dayandığı esasların değişikliği, kimi özgün kuralların varlığı bu ayrımı zorunlu kılınıp, tarihsel gelişimin sonucu olarak ortaya çıkmış ve Anayasal ilke durumuna gelmiştir."

Anayasa'nın 125, 138, 139, 140, 154 ve 155. maddeleriyle adli idari yargı ayrılığının kurumlaştığını belirten Anayasa Mahkemesi'ne göre, "Adli ve idari yargı yolu ayrımı, uyuşmazlıklara uygulanan kurallardan değil, anlaşmazlığın kaynaklandığı esaslardaki ayrılıktan ileri gelmektedir. Bu nedenle adli yargı alanındaki bir uyuşmazlığın idari yargı hâkimine, idari yargı alanındaki bir uyuşmazlığın da adli yargı hâkimine gördürülmesi sonucunu doğuracak, savcılarını da aynı biçimde

<sup>403</sup> Gözübüyük (1996): s.8 vd.

<sup>404</sup> Gözübüyük-Tan (2001): s. 969; dipnot 42.

görevlendirmeye elverişli bir düzenleme Anayasa'nın öngördüğü yargı ayrılığı ilkesi ile çelişecektir...

"Uyuşmazlık Mahkemesi'nin varlığı daha önce kabul edilen yargı ayrılığı sistemini doğrulayan somut örgütlenme biçimleridir. Anayasa'nın yargılama alanlarını ayırarak, son inceleme yerlerini yine ayrı ayrı belirleyerek kurduğu yargı düzeni, adli ve idari olmak üzere iki türde ortaya çıkmaktadır. Böylece benimsenen yargı ayrılığının anayasal bir ilke olarak korunması ve buna uyulması zorunluluğu açıktır."<sup>405</sup>

## **B- İdari Yargının Örgütlenme Biçimi**

### **1. İdari Yargının Örgütlenmesi**

İdari yargı alanı örgütlenirken çeşitli sistemler uygulanmaktadır. Gözübüyük ve Tan'a baktığımızda idari yargının örgütlenmesini iki grupta toplamıştır. Bunlar; Kuruluş yönünden örgütlenme ve görev yönünden örgütlenmedir<sup>406</sup>.

#### **a) Kuruluş Yönünden Örgütlenme**

Kuruluş yönünden idari yargı alanında başlıca iki sisteme rastlanmaktadır, idari yargı yerleri, kimi ülkelerde «Danıştay», kimilerinde ise «Mahkeme» biçiminde örgütlenmiştir.

#### **aa) Danıştay Biçiminde Örgütlenme**

Kimi ülkelerde, bu arada Türkiye'de idari yargı, idare ile ilişkileri olan ve başında Danıştay'ın yer aldığı bir yargı düzeni oluşturmaktadır. Genellikle idari yargı yerleri ve başında bulunan Danıştay, hem yargı görevleri, hem de idari görevleri olan kuruluştur. Danıştay, yalnız idari davalara bakmakla kalmaz, bunun

<sup>405</sup> Anayasa Mahkemesi, 28.2.1989, E. 988/32-K. 989/10, Anayasa Mahkemesi kararlar Dergisi, sayı 25,s.97 vd.

<sup>406</sup> Gözübüyük-Tan (2001): s. 971 vd.

yanında hükümete görüş bildirir ve yasalarda öngörülen diğer idari işleri de yürütür<sup>407</sup>.

## **bb) Mahkeme Biçiminde Örgütlenme**

İdari yargı görevleri, kimi ülkelerde, adalet mahkemelerinin dışında yer alan tam bir mahkeme niteliğine sahip kuruluşlarca yürütülmektedir. Bunlar genellikle idari mahkeme adını almakta ve başında da «Yüksek İdare Mahkemesi» bulunmaktadır. Bu tür uygulama, örneğin Almanya'da vardır. Bunlar, yalın görevli kuruluşlardır; idareyle bir ilişkisi yoktur, yalnız yargısal görevleri vardır<sup>408</sup>.

## **b) Görev Yönünden Örgütlenme**

Görev yönünden idari yargı yerleri genel olarak iki kümeye ayrılabilir. Bunlardan biri «geniş görevli» diğeri «dar görevli» olanlardır<sup>409</sup>.

## **c) Geniş Görevli**

Kimi ülkelerde örneğin Fransa ve Türkiye'de olduğu gibi idari yargının görev alanı oldukça geniş tutulmuştur. İlke olarak idare hukukundan doğan anlaşmazlıklar, idari yargıda giderilir. İdare hukukundan doğan anlaşmazlıklar, çok sınırlı bir biçimde adli yargıda da giderilebilir. Böyle olabilmesi için açık yasa hükmüne gerek vardır<sup>410</sup>.

## **d) Dar Görevli**

Dar görevli idari yargı sisteminin egemen olduğu ülkelerde, idare hukukundan doğan tüm uyuşmazlıklar idari yargıda giderilmez. Çoğu kez, idari işlemin iptali için açılan davalar, idari yargı yerlerinde, idarenin mali sorumluluğunu gerektiren davalar, adalet mahkemelerinde karara bağlanır. Örneğin, Belçika ve İtalya'da idari yargının görev alanı dar tutulmuştur<sup>411</sup>.

<sup>407</sup> Gözübüyük-Tan (2001): s. 971.

<sup>408</sup> Gözübüyük-Tan (2001): s. 971–972.

<sup>409</sup> Gözübüyük-Tan (2001): s. 972.

<sup>410</sup> Gözübüyük-Tan (2001): s. 972.

<sup>411</sup> Gözübüyük-Tan (2001): s. 972.

## 2.Türkiye'de Uygulanan İdari Yargının Özellikleri

Ülkemizde uygulanan idari yargının özelliklerinden başlıcaları aşağıdaki gibi sıralanabilir<sup>412</sup>:

a) İdari yargı sistemimiz dayanağını Anayasa'dan alır. Ülkemizde idarenin yargı denetiminin "idari yargı" yolu ile yapılması, Fransa ve Anglo-Amerikan ülkelerinden farklı olarak Anayasa'ya dayanır.

b) İdari yargı sistemimiz Danıştay biçiminde örgütlenmiştir. Danıştay hem yargısal, hem de idari görevleri olan bir yüksek mahkemedir.

c) İdari yargı sistemimizde, «genel görev» ilkesi uygulanır. İdarenin, idare hukukundan doğan eylem ve işlemlerine karşı idari yargıda dava açılır. Bunun için, açık bir yasa kuralına gerek yoktur. İdari işlemlere karşı adalet mahkemelerinde dava açılabilmesi için, açık bir yasal düzenlemeye gerek vardır.

d) İdari yargının görev alanı, geniş tutulmuştur. İdari yargıda, hem idari işlemlerin iptali, hem idarenin eylem ve işlemlerinden doğan haksızlıkların giderilmesi dava edilebilir.

e) İdari yargı, iki dereceli olarak örgütlenmiştir. İlk derece mahkemesi olarak, Danıştay, idare mahkemeleri ve vergi mahkemeleri yer alır. İlk derece mahkemelerinin kararlarına karşı temyiz yoluna başvurulabilir.

İdarî yargıda genel görevli mahkeme, idare mahkemeleridir. Danıştay ve vergi mahkemeleri özel görevli yargı yerleridir. İdari yargı alanında iki yüksek mahkeme vardır. Bunlardan biri Danıştay, diğeri Askerî Yüksek İdare Mahkemesi'dir. Askerî Yüksek İdare Mahkemesi özel görevli bir yüksek mahkemedir. Bir de bunlara özel nitelikli bir yargı yeri olan Sayıştay da eklenebilir<sup>413</sup>.

İdarenin işlem ve eylemleri üzerindeki yargı denetimi, kural olarak hukuka uygunluk açısından yapılır. İdarenin eylem ve işlemlerinin yerindeliği yargı yerlerince denetlenmez. Yerindelik denetimi, yargısal denetimin dışında kalan diğeri denetim yolları ile yapılabilir<sup>414</sup>.

<sup>412</sup> Gözübüyük- Tan: (2001),s.973–974.

<sup>413</sup> Gözübüyük-Tan (2001): s. 974.

<sup>414</sup> Gözübüyük-Tan (2001): s. 974.

## II. YASAMA KISINTISI KAVRAMI VE TÜRK HUKUKUNDAKİ GÖRÜNÜMÜ

1961 Anayasası gibi, 1982 Anayasası'nda yer alan "idarenin her türlü eylem ve işlemine karşı yargı yolu açıktır." kuralı İdari eylem ve işlemlerin, yargı denetimi açısından kısıtlanmasını önleyici niteliktedir. 1961 Anayasası yürürlüğe girmeden önce, Fransız Danıştay gibi, Türk Danıştay'ının da yargı denetimini kısıtlayıcı uygulamaları olmuştur. Yargı denetimini kısıtlama, yalnız yargı yerlerinden gelmemiş, yasama organı da çıkardığı yasalarla, yargı denetimini sınırlamış, idarenin bazı işlemlerini yargı denetimi dışında tutmuştur<sup>415</sup>.

Yargı yerlerinin getirdikleri kısıntıya "hükümet tasarrufları", yasama organınca konan kısıntıya da "yargı yolunu kapayan yasalar" örnek olarak gösterilir. Bunlardan birincisine "yargı kısıntısı", ikincisine de "yasama kısıntısı" diyebiliriz<sup>416</sup>. Profesör Balta, yargı yerlerince konan kısıntıya "prensip kısıntısı", yasama organınca konanlara da "kanuni kısıntı" adını vermiştir<sup>417</sup>.

Tanör ve Yüzbaşıoğlu'da Anayasanın geçici 15 nci maddesine atıf yaparak yargı bağışıklığı konusuna değinmiştir<sup>418</sup>. Yargı bağışıklığı ile ilgili konuyu 1980–1983 dönemi Milli Güvenlik Kurulu kararları ile birlikte değerlendireceğiz.

İdarenin yargı yoluyla denetiminde yargı yerleri tarafından getirilen kısıntı "Yargı Kısıntısı" olarak adlandırılmaktadır. Kara Avrupa'sında özellikle Fransa ve Türkiye'de "hükümet tasarrufu", Anglo-Amerikan ülkelerinde ise "devlet tasarrufu" (act of State), "siyasi meseleler" (political questions) kavramları kullanılmaktadır<sup>419</sup>.

Gerek 1961, gerekse 1982 Anayasası'nın getirdiği kurallar karşısında, yargı kısıntısı, başka bir deyişle hükümet tasarrufu yoluna gidilemez. Onar'ın da belirttiği gibi, idari yargı yerlerinin, yüksek politika alanına giren idari işlemlere karşı açılan

<sup>415</sup> Gözübüyük-Tan (2001): s. 974.

<sup>416</sup> Gözübüyük-Tan (2001): s. 974; Ayrıntılı Bilgi için Bkz. Aşğ. Prg. 3....

<sup>417</sup> Balta, Tahsin Bekir, **İdare Hukuku I: Genel Konular**, AÜSBF Yayınları, Ankara, 1970-1972, s. 145.

<sup>418</sup> Tanör-Yüzbaşıoğlu (2005):s.25

<sup>419</sup> Giritli, İsmet, **Türkiye'de ve Yabancı Memleketlerde Hükümet Tasarrufları**, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, İstanbul 1958; Gözübüyük, A.Şeref, **Amerika'da ve Türkiye'de İdarenin Kazai Denetlemesi**, 1961; s.34' ten aktaran Gözübüyük, Şeref – Tan, Turgut, **İdare Hukuku, Cilt:II, İdari Yargılama Hukuku**, Mevzuattaki Son Değişiklikler İşlenerek Güncelleştirilmiş Bası, Ankara, 2003, s. 32 vd.; Onar (1966): s.441.

davaları ön koşullar yönünden reddetmeyerek, davanın esasına geçmesi, işin esasını da idarenin sahip olduğu takdir yetkisi içinde görmesi<sup>420</sup> hem hukuk devleti anlayışına, hem de Anayasa'nın "İdarenin her türlü eylem ve işlemine karşı yargı yolu açıktır" kuralına uygun düşer.

Yasama kısıntısı, Yasama Organının kanunlar yoluyla İdari Yargı alanına getirdiği kısıtlamalardır. Bu kısıtlamalara "Yasama kısıntısı" yanında, "Yargı yolunu kapayan kanunlar", "Yasalarla denetim dışı bırakılan işlemler" de denmektedir<sup>421</sup>. Böyle kurallara, ülkemizde olduğu gibi, Fransa ve Amerika Birleşik Devletleri gibi ülkelerde de rastlanmaktadır<sup>422</sup>.

Esas itibariyle, yargı yolunu kapayan kurallar, hukuk devleti anlayışına aykırıdır. Milli Güvenlik Konseyi döneminde çıkarılan bazı yasalarda ve 1982 Anayasası'nda yargı yolunu kapayan kurallar yer almaktadır.

İdari Yargı yolunu kapayan kanunlar dediğimizde, Yasama Organının kimi kanunlarla, doğrudan doğruya, İdare'nin kimi işlemlerini Yargı denetimi dışında bırakması anlaşılır<sup>423</sup>.

Örneğin, Anayasa'ya göre, Cumhurbaşkanı'nın tek başına yapacağı işlemlere (Anayasa, m.105/2 ve 125/2), Yüksek Askerî Şûra kararlarına (Anayasa, m.125/2), Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulu kararlarına (Anayasa, m.159/4), Uyarma ve kınama disiplin cezalarına (Anayasa, m.129/3), Yüksek askeri Şura Kararlarına, Sıkıyönetim Komutanlarının Sıkıyönetim Kanununda yazılı işlem ve eylemleri ile disiplin suç ve tecavüzlerinden ötürü disiplin üstlerince verilen cezalarına ( Anayasa m.125/2 1602 sayılı Askeri Yüksek İdare Mahkemesi Kanunu m. 21) karşı yargı yoluna başvurulamaz. Anayasa'dan önce çıkarılmış olan, Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulu, İdari Yargılama Usulü, Askerî Yüksek İdare Mahkemesi, Sıkıyönetim yasalarında da yargı yolunu kapayan kurallar yer almıştır.

Bazı idari işlemlere karşı yargı yolunu kapayan kurallar yasalarda yer almaktadır. Böyle kurallara, ülkemizde olduğu gibi, Fransa ve Amerika Birleşik Devletleri gibi ülkelerde de rastlanmaktadır. Fransa'da yargı yolunu kapayan yasaların sayısı az olmakla birlikte, Fransız Danıştayı yasalarda yer alan «hiçbir yere başvurulamaz», «aleyhine dava açılmaz» gibi kuralları, iptal davası açılmasına engel

<sup>420</sup> Onar (1966): s.441.

<sup>421</sup> Giritli-Bilgen-Akgüner (2006): s.115.

<sup>422</sup> Gözübüyük (1961): s.43' ten aktaran; Gözübüyük-Tan (2003): s. 32 vd.

<sup>423</sup> Giritli-Bilgen-Akgüner (2006): s.115-116.

saymamaktadır. Danıştay, yasada «Danıştay'da iptal davası açılmaz» biçiminde açık bir düzenleme varsa, ancak bu gibi düzenlemeleri dikkate alarak, açılan davalara bakmamaktadır<sup>424</sup>.

Amerika Birleşik Devletleri'nin İdari Usul Yasası, yasa ile yargı yolunun kapatılabileceği hükmünü taşımaktadır. Amerika'da da yargı yolunu kapayan yasalara rastlanmaktadır. Amerikan Yüksek Mahkemesi, yasalarda idarenin kararının “kesin” olduğu yolundaki kuralların, yargı yolunu kapamadığı görüşündedir. Hemen işaret edelim ki, Amerikan Yüksek Mahkemesi, yargı yolunu kapayan kuralın, Anayasa ile güvence altına alınmış bir hakkı ihlâl etmesi durumunda, yasanın açık kuralına karşın, açılan davaları karara bağlamaktadır<sup>425</sup>.

Bunlar, idari yargının görev alanını, yasama yolu ile daraltmıştır. Bu kısıtlamalar, hem hukuk devleti, hem iç hukukumuzun bir parçası olan Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ne aykırıdır. Bu konuyla ilgili olarak doktrindeki ve Türk yargı içtihadındaki eleştiriler ve yaklaşımlar ileride ele alınacaktır.

## **A- Yasama Kısıntılarının Tarihsel Süreci**

### **1. 1924 Anayasası Dönemi**

Bu konuda ilk örneği, (400) sayılı ve 24.1.1924 tarihli "Cidal-i Milliyeye İştirak Edenlerin Sureti Taltifleri Hakkında Kanun"<sup>426</sup> dan kaynaklanan uyuşmazlıklarda görüyoruz. Uyuşmazlığın temelini, cephelerde savaşarak ya da iç isyanların bastırılmasında görev alarak hizmet edenlerin kimilerinin, ilerlemeleri gerektiği halde, ilerleme yaptırılmadıklarından söz açarak, Devlet Şûrasına (Danıştay'a) başvurmaları oluşturmaktaydı. İstiklal Madalyası vermek için, kumandan ya da kurulların raporları gerekliydi. Ancak, T.B.M.M., 01 Aralık 1928 tarihli ve (457) sayılı kararı ile, bu raporları takdiri nitelikte görerek, bu işlemlere karşı Yargı yolunu kapatmıştır. Bu Yasama kararım, Yargı yolunu kapayan kanunların Türkiye'deki ilk örneği olarak görebiliriz<sup>427</sup>.

Başka bir örnek de, 18 Haziran 1934 tarihli ve (2515) sayılı "Milli Müdafaa Vekâletinde Zatişterinin Son Tetkik Mercii Encümeni Teşkili Hakkında' Kanun" dur. Anılan kanunla yargısal denetim askeri disipline aykırı görülerek, asker

<sup>424</sup> Gözübüyük-Tan (2003): s.32; dipnot 77.

<sup>425</sup> Gözübüyük (1961): s. 45.' ten aktaran; Gözübüyük-Tan (2003): s. 32 vd.

<sup>426</sup> Giritli-Bilgen-Akgüner (2006): s.116; dipnot 110.

<sup>427</sup> Giritli-Bilgen-Akgüner (2006): s.116

kişilerden oluşan bir encümen (kurul) oluşturulmuş", politikadan uzak durması gereken ordu mensupları için, yargısal denetim yerine, idari ve bir yerde siyasal bir denetim yolu konmuştur<sup>428</sup>.

Yargı yolunu kapayan yasalara son örnek ise, 1954 yılında çıkarılan «Bağlı buldukları teşkilât emrine almak suretiyle vazifeden uzaklaştırılacaklar hakkında» ki 6435 sayılı Yasa gösterilebilir. Bu Yasaya göre yapılan işlemlerden dolayı gerek idareye, gerek kişilere karşı, «hiçbir idari ve adli kaza merciine» başvurulmayacağı, Yasanın üçüncü maddesinde öngörülmüştür. Bu ve benzer hükümlerle, idarenin işlemlerinin hukuka uygun olup olmadığının denetlenmesi önlenmek istenmiştir. Bu tutuma, gerek doktrinde, gerekse Danıştay içtihatlarında tepki gösterilmiştir. Danıştayımız bu gibi hükümleri, idari işlemin takdir ögesine hasretme yolunu denemek suretiyle, yasama kısıntısını daraltma eğilimi göstermiş ise de, içtihadında kararlı olamamıştır<sup>429</sup>.

Danıştay bir kararında "... Kazai mercie müracaat olunamayacağı yolundaki hükümleri idari tasarrufun takdir unsuruna taalluk eden kısmının kontrol dışında kalacağı şeklinde manalandırmak gerek nazari ve gerekse mevzu hukukun esaslarına daha uygun düşer" görüşünde bulunmuştur<sup>430</sup>.

## 2. 1961 Anayasası Dönemi

Yargı yolunu kapayan yasalar hukuk devleti anlayışına aykırıdır. Yasama organının bu gibi davranışlarını önlemek için, bazı anayasalara açık kurallar konmuştur. Böyle bir kural Federal Almanya Anayasası'nın 19 ve İtalyan Anayasası'nın 113 üncü maddesinde yer almıştır<sup>431</sup>. 1961 Anayasası'nın 114 üncü maddesinde de aynı sonucu sağlayacak bir kural bulunmaktadır. Buna göre, "idarenin hiçbir eylem ve işlemi, hiçbir halde, yargı mercilerinin denetimi dışında bırakılmaz." 1971 yılında Anayasa'da yapılan değişiklikle bu kural, "idarenin her türlü eylem ve işlemine karşı yargı yolu açıktır." şeklini almıştır<sup>432</sup>.

Gözübüyük ve Tan'a göre bu değişiklikle, yargı yolunun kısıtlanması düşünülmemiştir; değişiklik gerekçesinde durum açıkça belirtilmiştir. 1961 Anayasası

<sup>428</sup> Giritli-Bilgen-Akgüner (2006): s.116-117

<sup>429</sup> Gözübüyük-Tan (2003):s.33; Giritli-Bilgen-Akgüner (2006): s.117

<sup>430</sup> Gözübüyük-Tan (2003):s.33; Danıştay, DDGK; 30.3.1950, E. 950/320-K. 950/128, *Danıştay Kararlar Dergisi*, sayı; 50-53, s.112.

<sup>431</sup> Gözübüyük-Tan (2003):s.33; Giritli-Bilgen-Akgüner (2006): s.118; Gürbüz, Yaşar, **Anayasalar**, Filiz Kitabevi, İstanbul, 1981, s.152.

<sup>432</sup> Gözübüyük-Tan (2003):s.33; Giritli-Bilgen-Akgüner (2006): s.117.

döneminde yargı yolunu kapayan yasalar çıkmamıştır. 1961 Anayasası'ndan önce çıkarılmış olanlarda, Anayasa Mahkemesi tarafından iptal edilmiş<sup>433</sup> ya da Yasama organı tarafından değiştirilmiştir<sup>434</sup>.

5917 sayılı Gayrimenkule Tecavüzün Defi Hakkında Kanun (md.5) vali ve kaymakamlar tarafından verilecek kararların "kesin" olduğunu öngörüyordu. Bu hükmün 1961 Anayasası'nın 114. maddesine aykırılığı ileri sürülerek dava açılmışsa da, Anayasa Mahkemesi bunu bir üst idari makama itiraz olanağını kaldıran bir hüküm olarak nitelendirip Anayasa'ya aykırı bulmamıştır<sup>435</sup>.

Anayasa'da 1971 yılında yapılan değişiklik ile<sup>436</sup>, Yüksek Hâkimler Kurulu ve Yüksek Savcılar Kurulu kararlarının kesin olduğu, başka bir "mercie" başvurulamayacağı kuralı getirilmiştir (md. 137, 144). Yüksek Hâkimler Kurulu ile Yüksek Savcılar Kurulu birer idari kuruluştur. Bunların aldıkları kararlar da, birer idari karardır. Gerekçede "esasen çoğunluğu Yüksek Mahkeme üyelerinden meydana gelen bir kumlanın kararlarına karşı başka teminat yolu düşünülmesine ihtiyaç görülmemiştir" denilmesine karşın, Anayasa'nın, bu Kurulların idari kararlarına karşı yargı yolunu kapattığı, 114. maddesi ile çatışan bir düzenlemeye gittiği dikkati çekmektedir<sup>437</sup>.

Böyle olmakla birlikte, Danıştay Kanunu'nda 1973 yılında yapılan değişiklikle, Yüksek Hâkimler Kurulu kararlarına karşı açılan davalara Danıştay'da bakılacağına ilişkin kurallar Danıştay Kanunu'ndan çıkarılmıştır: Danıştay da kendisine açılan davaları görev yönünden reddetmiştir.

"Anayasanın açıkça Danıştayın yargı yetkisi dışında bıraktığı Yüksek Hâkimler ve Yüksek Savcılar Kurulu kararlarını Anayasanın 114 üncü maddedeki genel kurala dayanarak yargı denetimine tabi tutmak mümkün değildir."

<sup>433</sup> Gözübüyük-Tan (2003):s.34; Anayasa Mahkemesi Kararlar Dergisi; sayı 1, s. 71.; Aynı görüş için bkz. Giritli-Bilgen-Akgüner (2006): s.118.

<sup>434</sup> Gözübüyük-Tan (2003):s.34; İl İdaresi Kanununun yargı yolunu kapayan 13 ncü maddesi, 12.5.1964 gün ve 469 sayılı Yasa ile değiştirilmiştir.

<sup>435</sup> Anayasa Mahkemesi; 21.8.1963, E. 962/274-K.963/40, Anayasa Mahkemesi Kararları Dergisi, sayı:1. s. 104. Karara karşı oy yazan dört üye ise Danıştay'ın açılan davaları bu hükmüne dayanarak reddettiğini belirterek, bu hükmün Anayasa'ya uygun olduğunun kabul edilemeyeceğini ileri sürmüşlerdir. Bu konuda geniş bilgi için bkz. Tan, Turgut, "İdarenin kesin işlemleri ve 5917 sayılı Yasa uygulaması", **Amme idaresi Dergisi**, c.2, sayı: 4, 1969; Giritli-Bilgen-Akgüner (2006): s.118.

<sup>436</sup> Gözübüyük-Tan (2003):s.34; Turhan, Mehmet, "Anayasaya Aykırı Anayasa Değişiklikleri", **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt XXXIII, S.1-4, 1976, s.63-104.

<sup>437</sup> Gözübüyük-Tan (2003):s.34.

... Anayasa değişikliğinin yürürlüğe girdiği 22 Eylül 1971 tarihinden önce açılmış ve bu tarihten sonra açılacak olan davalar nedeniyle Yüksek Hâkimler Kurulu kararlarının Danış tayda incelenmesine olanak bulunmadığından davanın görevden reddine... oyçokluğu ile karar verildi”<sup>438</sup>.

Anayasa Mahkemesi ise, gerek Yüksek Hâkimler Kurulu'nun, gerek Yüksek Savcılar Kurulu'nun kararlarına karşı, “başka mercie başvurulamaz” biçimindeki Anayasa kuralını, Anayasa'nın 9 uncu maddesinde yer alan, “Devlet şeklinin Cumhuriyet olduğu hakkındaki Anayasa hükmü değiştirilemez ve değiştirilmesi teklif edilemez” yolundaki biçim ilkesine aykırı bularak iptaline oy çokluğu ile karar vermiştir. Anayasa Mahkemesi dolambaçlı yollardan, çok zayıf, doyurucu olmayan bir gerekçe ile bu sonuca varmıştır. Gözübüyük ve Tan'a göre Anayasa Mahkemesi'nin bu açıdan Anayasa'ya uygun hareket ettiği söylenemez<sup>439</sup>.

Özetlemek gerekirse; Yüksek Hâkimler Kurulu Kararlarına karşı yargı yoluna başvurmayı engelleyen dava konusu “bu karar aleyhine başka mercilere başvurulamaz” tümcesi Türkiye Cumhuriyetinin niteliklerinden olan İnsan Hakları ve Hukuk Devleti ilkelerini bozmakta olduğundan Anayasanın 9. maddesindeki “değiştirilemez ve değiştirilmesi teklif edilemez» yasağının içine girer; bu nedenle Anayasaya aykırıdır.” Mahkeme Anayasa değişikliğinin iptaline karar vermiştir<sup>440</sup>. Bu kararı da “Cumhuriyetin özü” gerekçesine dayandırmıştır<sup>441</sup>.

Anayasa Mahkemesi'nin iptal kararından sonra, Danış tay, Yüksek Hâkimler Kurulu kararlarına karşı açılan davalara bakmaya başlamıştır.

### 3. Milli Güvenlik Konseyi Dönemi ve 1982 Anayasası

Bu dönemde çıkan yasalarda ve 1982 Anayasası'nda yargı yolunu kapayan kurallara rastlanmaktadır. Milli Güvenlik Konseyi döneminde, 1982 Anayasası'ndan önce çıkartılmış olan dört yasa, yargı yolunu kapama açısından dikkati çeker niteliktedir<sup>442</sup>.

<sup>438</sup> Gözübüyük-Tan (2003):s.34,35; Danış tay, DDK; 21.1.1972, K. 972/69. Amme idaresi Dergisi, c.5, sayı: 2 s. 121.

<sup>439</sup> Gözübüyük-Tan (2003):s.35.

<sup>440</sup> Gözübüyük-Tan (2003):s.35; Giritli-Bilgen-Akgüner (2006): s.118; Anayasa Mahkemesi; 27.U977, E. 976/43-K. 977/4. Anayasa Mahkemesi Kararlar Dergisi, sayı: 15, s, 106.

<sup>441</sup> Giritli-Bilgen-Akgüner (2006): s.118; Bkz. Yayla, Yıldızhan, "Anayasa Mahkemesine Göre Cumhuriyetin Özü" İ.Ü. Hukuk Fakültesi Milletlerarası Münasebetler Enstitüsü Hıfzı Timur'un Anısına Armağ an 1979'dan Ayır basım, İstanbul, 1979, s.943-1040.

<sup>442</sup> Gözübüyük-Tan (2003):s.36; Giritli-Bilgen-Akgüner (2006): s.120-121-122.

“A. 2461 sayılı “Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulu Kanunu”nun 12. maddesinin son fıkrasına göre, itirazları İnceleme Kurulunca “itiraz üzerine verilen kararlar kesindir. Bu kararlar hakkında başka bir idari, ya da kazai mercie başvurulmaz.”

B. 2577 sayılı “İdari Yargılama Usulü Kanunu”nun 2. maddesinin 3. fıkrasına göre, “Devlet Başkanının doğrudan doğruya yaptığı İşlemler idari yargı denetiminin dışındadır.”

C. 1602 sayılı “Askeri Yüksek İdare Mahkemesi Kanunu”nda değişiklik yapan 2568 sayılı Yasanın 21. maddesinin son fıkrasına göre, “Devlet Başkanının, Yüksek Askeri Şûranın tasarrufları ve Sıkıyönetim Komutanlarının 1402 sayılı Kanunda yazılı tasarrufları ile disiplin suç ve tecavüzlerinden ötürü disiplin amirlerince verilen cezalar yargı denetimi dışındadır.”

D.1402 sayılı Sıkıyönetim Kanunu'nda 1980 yılında 2342 sayılı Yasa ile değişiklik yapılmış ve “Bu kanunda sıkıyönetim komutanlarına tanınan yetkilerin kullanılmasına ilişkin idari işlemler hakkında iptal davası açılmaz. Şahsi kusurları nedeni ile hukuki sorumlulukları ileri sürülemez.” (Ek m.3) kuralı getirilmiştir. Bu düzenlemeyi Anayasa'nın 125. maddesi hükmü ile bağdaştırmak zordur.”

Bu düzenlemelerle ilgili yargı denetimine götürülen bir olayda “Sıkıyönetim Komutanlığının yazısı üzerine, 1402 sayılı Yasa uyarınca görevinden uzaklaştırılan köy muhtarının ayrıca, aynı tarihten geçerli olarak 442 sayılı köy Kanununa (md.41) göre, ilçe idare kurulunca görevinden uzaklaştırılması üzerine, ilçe idare kurulu kararının iptali için açtığı dava, Malatya İdare Mahkemesi'nce, 1402 sayılı Yasa'nın 2. maddesi ile sıkıyönetim komutanlarının, bölgelerinde genel güvenlik, asayiş ve kamu düzeni açısından çalışmaları sakıncalı görülen veya hizmetleri yararlı olmayan kamu personelinin durumlarına göre atanması veya işlerine son verilmesi hakkındaki istemlerin kurum veya organlarınca derhal yerine getirileceği aynı Yasaya 3242 sayılı Yasa ile eklenen ek-3 madde ile bu yasa ile Sıkıyönetim Komutanlıklarına tanınan yetkilerin kullanılmasına ilişkin idari işlemler hakkında iptal davası açılmayacağı kuralı bulunması nedeniyle, Sıkıyönetim Komutanlığının isteği üzerine, davacının görevden uzaklaştırılmış olması karşısında anılan kural gereğince bu tür işlemler hakkında iptal davası

açılmayacağı” gerekçesiyle reddedilmiştir. Danıştay da, temyiz istemi üzerine, kararda bozmayı gerektirecek neden bulunmadığı gerekçesiyle temyiz istemini reddetmiştir<sup>443</sup>.

Karara karşı oy yazısında ise, “1402 sayılı Sıkıyönetim Kanunu'nun 2. maddesinin 28,12.1982 günlü 2766 sayılı yasa ile değişik 2. maddesinde, Sıkıyönetim Komutanlarının; bölgelerinde genel güvenlik, asayiş ve kamu düzeni açısından çalışmaları sakıncalı görülen veya hizmetleri yararlı olmayan kamu personelinin statülerine göre atanması veya işine son verilmesi, mahalli idarelerde çalışanların görevden uzaklaştırılması veya işlerine son verilmesi hakkındaki istemlerin ilgili kurum veya kuruluşlarca derhal yerine getirileceği, 20.10.1982 günü Resmî Gazetede yayınlanarak yürürlüğe giren Anayasamızın 121. maddesinin (4) fıkrasında mahalli idarelerin seçilmiş organlarının, organlık niteliğini kazanmalarına ilişkin itirazların çözümü ve kaybetmeleri konusundaki denetimin yargı yolu ile olacağı kuralı bulunmaktadır.

1402 sayılı yasanın anılan kuralından Sıkıyönetim bölgelerinde kamu personeli ile mahalli idarelerde çalışan personelin, görevlerinden uzaklaştırılması veya İşlerine son verilmesi yolundaki Sıkıyönetim Komutanlarının istemlerinin ilgili kurum ve organlarda derhal yerine getirilmesi gerekmektedir. Anılan maddede yer alan mahalli idarelerde çalışanlar tanımına bu idarelerde memur, sözleşmeli veya işçi olarak çalışanların girdiği, seçimle gelen muhtarların bu tanım dışında kaldığı, ayrıca Anayasanın 127 maddesi uyarınca da muhtarların görevlerinden uzaklaştırılmalarının özel olarak düzenlendiği biçimde olması gerektiği açıktır.”

"Sıkıyönetim komutanlarının, mahalli idarelerin seçilmiş organlarını bu arada, muhtarları görevlerinden uzaklaştırma yetkileri bulunmadığı, ancak yargı kararı ile bunların görevlerinden uzaklaştırılabileceği açık olduğundan muhtarın görevinden alınması işleminin yasaya aykırı olduğu ve bu sakat işleme karşı açılan davanın reddine ilişkin idare mahkemesi kararında hukuka uyarlık bulunmadığı ve bozulması gerektiği " denilmektedir.

Anayasa ve ona dayanılarak çıkarılan yasalarla idarenin yargısal denetimine getirilen sınırlamalar doktrinde eleştirilmiş; "rasyonel hukuksal nedenler yerine, geçmişe tepki, denetlenmeme eğilimi, yargıya güvensizlik gibi" hem hukuk dışı, hem de Anayasa'nın temel yaklaşımı ile çelişen nedenler olarak

---

<sup>443</sup> Gözübüyük-Tan (2003):s.36; Danıştay, 8.D; 5.5.1988, E. 987/8 8 9-K. 98 8/3 66. *Danıştay Dergisi*, sayı: 72-73, s. 46.

değerlendirilmiştir<sup>444</sup>. Sınırlamaların bireysel başvuru hakkının tanındığı Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ile bağdaşmadığı da savunulmuştur<sup>445</sup>.

E. Bu belirtilen dört yasama kısıntısı dışında bir beşinci kısıntısı ise Anayasanın (129/3)'üncü maddesi, uyarma ve kınama disiplin cezalarının Yargı denetimi dışında bırakılabileceğini öngörmektedir. (657) sayılı "Devlet Memurları Kanunu" nun, (2670) sayılı kanunla değişik (135)'inci maddesi ise, uyarma ve kınama cezalarına karşı İdari Yargı yoluna başvurulamayacağını açıkça yazmamakla birlikte, aylıktan kesme, kademe ilerlemesinin durdurulması ve Devlet memurluğundan çıkarma gibi öbür disiplin cezalarına karşı, İdari Yargı yoluna gidilebileceğini belirtmektedir. Yine, (657) sayılı Kanunun (136)'nci maddesinin (4)'üncü fıkrası, uyarma ve kınama cezalarına itiraz edilmemesi ya da İtirazın reddedilmesi durumlarında verilen kararların kesin olduğunu ve bu kararlara karşı İdari Yargı yoluna başvurulamayacağını öngörmektedir. Ancak, son zamanlarda idarî Yargı Mercileri, uyarma ve kınama disiplin cezalarına karşı acılan iptal davalarını kabul edip karar vermekte ve böylece Yargı kısıntısını hükümsüz konuma getirmektedirler<sup>446</sup>.

#### 4. Olağanüstü Dönemlerdeki Sınırlamalar

Olağanüstü dönemlerde bu tür yargı kısıntıları yoğun biçimde görülmektedir<sup>447</sup>. Nitekim 12 Eylül 1980 askeri müdahalesinden sonra çıkarılan 2324 sayılı Anayasa Düzeni Hakkında Kanun (md.5), 12 Eylül 1980 tarihinden sonra çıkarılan ve çıkarılacak olan Bakanlar Kurulu Kararnamelerinin ve üçlü karararnamelerin yürütülmesinin durdurulması ve iptali isteminin ileri sürülemeyeceğini öngörürken; bu Yasanın yürürlükten kalkmasından sonra, Anayasa'nın geçici 15. maddesi de, 12.9.1980 ile 7.12.1983 tarihleri arasında 2324 sayılı Yasa uyarınca alınan karar ve tasarrufların Anayasa'ya aykırılığının iddia edilemeyeceği hükmünü getirmiş; Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulu da bazı kararlarında 2324 sayılı Yasa uyarınca alınan karar ve tasarrufların en üst norm olan Anayasa'ya aykırılığının iddia edilemeyeceği yolundaki Anayasa hükmü karşısında, 2324 sayılı Yasa yürürlükten kalktıktan sonra da yargı denetimine tabi tutulmalarına olanak bulunmadığı

<sup>444</sup> Gözübüyük-Tan (2003):s.37; Güran (1986-1987): s.45.

<sup>445</sup> Gözübüyük-Tan (2003):s.37; Gözübüyük (1996): s.29.

<sup>446</sup> Bkz. Ankara 5 nci İdare Mahkemesinin 29. 06. 2004 tarih ve E. 20031796, K. 2004-1212 sayılı kararı. Erişim Tarihi: 26.11.2007; <http://www.memurlar.net/haber/12000/>

<sup>447</sup> Gözübüyük-Tan (2003):s.37; Tan, Turgut, "1982 Anayasası'nın geçici 15. Maddesi üzerine" **Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi**, c. 49, sayı: 1-2, 1994, s. 373 vd.; Girilti-Bilgen-Akgüner (2006): s.119.

gerekçesiyle açılan davaları reddederken başka bazı kararlarında da, yürürlükten kalkan bir yasanın belli bir maddesinin ileriye yönelik olarak uygulanabilmesinin, bir başka yasanın açık hüküm getirmesi ile mümkün bulunduğu, Anayasa koyucunun 2324 sayılı Yasa ile getirilen Anayasa'ya aykırılık savına ilişkin yasağı Anayasa'nın geçici 15. maddesi ile sürdürdüğünü, ancak idari işlemlerin yargısal denetimi konusunda bir yasaklama getirmediğini belirterek davanın esasına girip inceleme yoluna gitmiştir<sup>448</sup>.

Danıştay'a göre; "28.10.1980 gün ve 17145 sayılı Resmi Gazetede yayımlanmış bulunan 27.10.1980 gün ve 2324 sayılı Anayasa Düzeni Hakkında Kanunun 4 üncü maddesinde Milli Güvenlik Konseyinin bildiri ve kararlarında yer alan ve yer alacak olan hükümlerle 12 Eylül 1980 tarihinden sonra çıkarılan ve çıkarılacak olan Bakanlar Kurulu Kararnamelerinin ve üçlü kararnamelerin yürütülmesinin durdurulması ve iptali işleminin ileri sürülemeyeceği hükme bağlanmıştır."

"2709 sayılı Türkiye Cumhuriyeti Anayasası'nın geçici 3 üncü maddesinde, Anayasaya göre yapılacak ilk milletvekili genel seçimi sonucunda Türkiye Büyük Millet Meclisi toplanıp, Başkanlık Divanını oluşturması ile birlikte 2324 sayılı Anayasa Düzeni Hakkında Kanunun yürürlükten kalkacağı, geçici 15 inci maddenin üçüncü fıkrasında ise "bu dönem içinde çıkarılan kanunlar, kanun hükmünde kararnameler ile 2324 sayılı Anayasa Düzeni Hakkında Kanun uyarınca alınan Karar ve tasarrufların Anayasa'ya aykırılığı iddia edilemez" hükmü yer almıştır. Anayasa Düzeni Hakkında 2324 sayılı Kanun 6.11.1983 günü yapılan milletvekili genel seçimi sonucunda Türkiye Büyük Millet Meclisinin toplanması ve 7.12.1983 günü Başkanlık Divanını oluşturması ile birlikte, bu tarihten itibaren yürürlükten kalkmış ise de; 12 Eylül 1980 ile 7.12.1983 günleri arasında 2324 sayılı Kanun uyarınca anılan karar ve tasarrufların en üst norm olan Anayasa'ya aykırılığının iddia edilemeyeceği yolundaki Anayasa hükmü karşısında 2324 sayılı Kanun yürürlükten kalktıktan sonra da yargı denetimine tabi tutulmalarına olanak yoktur."

Bu nedenle davanın, Bakanlar kurulunun 18.5.1983 günlü 83/6588 sayılı kararına yönelik kısmının incelenme niteliği bulunmadığına hükmedilmiştir.

Kararlar arasında 2575 sayılı Yasanın 39. maddesinde öngörülen biçimde aykırılık bulunduğunu saptayarak içtihatların birleştirilmesi gerektiğine karar veren

<sup>448</sup> Danıştay, İDDGK; 17.6.1988, E.988/9-K.988/4, Danıştay Dergisi, sayı: 72-73, s. 94.

Danıştay içtihatları Birleştirme Kuruluna göre, 2324 sayılı Yasanın 2, 3 ve 4. maddeleri "Kanun'un yürürlüğe girdiği 28 Ekim 1980 gününden 12 Eylül 1980 tarihine kadar olan geçmiş dönemi kapsadığı gibi, yürürlük tarihinden sonraki dönemi de kapsayacak biçimde düzenlenmiştir. Ancak, bu geleceğe dönüklük geçici olup, yeni düzenlemeler yapıncaya kadar sürecek demektir. Bu geçici sürenin sonu da Anayasanın geçici 3. maddesinde belirtilen ve ilk genel seçimler sonucu toplanan Türkiye Büyük Millet Meclisi'nin, Başkanlık Divanını oluşturduğu 7.12.1983 tarihidir. Bu hükümlerin uygulanmasının gelecekte sınırsız biçimde süreceği yolunda bir anlayış hukuk mantığı ile bağdaşmaz."<sup>449</sup>

2577 sayılı İYÜK'na (md.7/4) göre, ilanı gereken düzenleyici işlemlerin uygulanmaları üzerine, düzenleyici işlem, uygulama işlemi veya her ikisi konu edilerek dava açılabileceğini, dolayısıyla 2324 sayılı Yasanın yürürlükte olduğu dönemde çıkarılan kararnamelere dayanan uygulama işlemlerine karşı, kararnameler konu edilerek açılan davaların süreceğini belirten içtihadı Birleştirme Kuruluna göre, Anayasa'nın geçici 15. maddesi Anayasa yargısı yönünden kısıtlamalar getirmiş, "ancak kararname ve işlemlerin idari yargı yerlerince denetimi konusunda hiç bir sınırlama getirmemiştir."

Anayasa'nın geçici 15. maddesindeki "karar ve tasarruflar" ifadesindeki "tasarruf deyiminin idari işlemleri de içine alır şekilde yorumlanmasının 2324 sayılı Yasa ile bağdaşmayacağı; çünkü idari işlemlerin denetiminin 2324 sayılı Yasanın yürürlükte olduğu dönemde de serbest olduğunu, yalnız yürütmenin durdurulmasına sınır getirildiğini belirten İçtihadı Birleştirme Kurulu'na göre, "Anayasa'nın geçici 15 inci maddesinde Anayasa'ya aykırılığının iddia edilemeyeceği belirtilen karar ve tasarrufların yasama tasarrufu niteliğindeki karar ve tasarruflar olarak kabulü gerekmektedir."

Sonuç olarak, 7.12.1983 tarihinde yürürlükten kalkan 2324 sayılı Anayasa Düzeni Hakkında Kanun'un 4 üncü maddesinde yer alan Bakanlar Kurulu kararları ve üçlü kararnamelerin İptali isteminin İleri sürülemeyeceği yolundaki yasaklamanın halen sürdüğüne ilişkin yeni bir kanun hükmü mevcut olmayıp, 12.9.1980–7.12.1983 döneminde çıkarılan kararnamelerin 7.12.1983 tarihinden sonra uygulanan işlemler nedeniyle iptalleri isteğinin idari yargı yerlerinde incelenmesini

---

<sup>449</sup> Gözübüyük-Tan (2003):s.39.

engelleyen hiç bir Anayasal ve yasal düzenleme bulunmadığından davaların esasına girilerek incelenmesi gerekir."<sup>450</sup>

Bu içtihadı birleştirme kararından sonra, 2.3.1982 tarihinde üçlü kararname ile T.C. Ziraat Bankası Genel Müdürlüğü müşavirliğinden alınıp Adana Şube Baş kontrolörlüğüne kontrolör olarak atanan bir kişinin, bu işlemin iptali istemi ile açtığı dava üzerine verdiği kararında Danıştay,12.9.1980 tarihinden sonra çıkarılan Bakanlar Kurulu Kararnameleri ve üçlü kararnamelerle ilgili olarak 2324 sayılı Yasa ile getirilen yargı denetimi yasağının, Anayasa'nın geçici 3. maddesi gereği 7.12.1983 tarihinden sonra kalktığını, dolayısıyla "bu kararnamelerle yürürlüğe konulan düzenleyici tasarruflar hakkında menfaati ihlal edilen ilgililerin 7.12.1983 tarihinden itibaren 60 gün içinde doğrudan doğruya, ya da bu tasarrufların uygulanmasıyla ilgili işlemler üzerine işlemin tebliğ edildiği tarihten itibaren 60 gün içinde düzenleyici tasarrufun veya düzenleyici tasarrufla birlikte uygulama İşleminin iptalini islemesine herhangi bir Anayasal ve yasal engel" bulunmadığını belirtmektedir<sup>451</sup>.

"Ancak, dava konusu yapılan 2.3.1982 tarihli üçlü kararname, 2324 sayılı Yasanın 4. maddesi nedeniyle, yapıldığı tarihte dava konusu edilememiş, Anayasanın geçici 3. maddesi uyarınca 7.12.1983 tarihinden itibaren 60 gün içinde doğrudan veya 2577 sayılı Yasanın 11. maddesindeki süreç işletilerek dava açılması gerekirken, davanın 15.10.1991 tarihinde açılmış olması nedeniyle süre aşımına uğradığını belirten Danıştay'a göre, davacının kontrolör olarak atanması işlemi, 2324 sayılı Yasa kapsamına girmemesi nedeniyle, tek başına iptal davasına konu yapılabilirse de, davacıyı Genel Müdürlük müşavirliğinden alan üçlü kararname ile arasındaki sebep sonuç ilişkisi güzden uzak tutulmamalıdır."<sup>452</sup>.

Dolayısıyla, "birinci işlemin iptalinin ikinci işlemi de sebep unsuru yönünden hukuki dayanaktan yoksun kılacağı; buna karşılık ikinci işlemin tek başına iptalinin davacıya beklediği yarar sağlayamayacağı açıktır, iki işlem arasındaki bu yakın hukuki ilişki ve ikinci işlemin birinci işleme hukuksal bağıllığı nedeniyle davacının, 2324 sayılı Yasa kapsamında olmamasına karşın. İkinci işleme karşı birinci işlemle birlikte

---

<sup>450</sup> Gözübüyük-Tan (2003):s.40; Danıştay, İBK; 28.2.1991, E.990/1-K.991/1, RG; 18.6.1991, sayı: 20905, s. 11 vd.

<sup>451</sup> Gözübüyük-Tan (2003):s.40; Danıştay, 5.D; 31.10.1991, E. 991/3719-K. 991/2005, Danıştay Dergisi; sayı: 84-85,1992, s.375 vd.

<sup>452</sup> Gözübüyük-Tan (2003):s.40; dipnot 92

7.12.1983 tarihinden itibaren 60 gün içinde ayrıca dava açılabileceğini de kabul etmek gerekir.”<sup>453</sup>

Askeri Yüksek İdare Mahkemesine göre 2324 sayılı Yasa'nın “Devlet güvenliğiyle ilişkisi bulunmayan sıradan bir memurun mağdur edilmesi için çıkarılmış olacağı düşünülmemeyeceğinden üçlü kararnamelere karşı açılacak davaların 2324 sayılı Anayasa Düzeni Hakkında Kanunun 4 üncü maddesi ile yargı denetiminin dışında bırakılması, idari işlemlerin maksat unsuruna yönelik bir kuraldır. Oysa ki, burada emekli edilebilecek iştirakçinin yani davacının, haiz olacağı şartlar teker teker sayılmış, bu şartlara haiz olmayanlar mezkûr kanuna göre emekli edilmemiştir. İdare, işlemlerin her safhasını kanuna uygun olarak yürütmekle yükümlüdür. Yapılan işlem yetki, şekil, sebep ve konu yönünden yasalara uygun değilse, sadece maksat yönünden yargı denetiminin dışında tutulan bir işlemin diğer sakat unsurlarını geçerli kılmak mümkün olmadığı gibi, böyle bir denetime 2324 sayılı Kanun hükümleri'(nin) de mani” değildir<sup>454</sup>.

Görüldüğü gibi, 2324 sayılı Anayasa Düzeni Hakkında Kanunun yürürlükten kalkmasından sonra, 12.9.1980 ile 7.12.1983 tarihleri arasında çıkarılmış olan Bakanlar Kurulu kararları ile diğer idari işlemlerin idari yargı yerlerinde belirtilen hallerde denetlenmesine Anayasa'nın geçici 15. maddesinin engel oluşturmadığı Danıştay'ın yukarıda değindiğimiz kararları ile açıkça kabul edilmektedir<sup>455</sup>.

3.10.2001 gün ve 4709 sayılı Kanun ile Anayasanın geçici 15 inci maddesinin son fıkrası olan «12.9.1980–7.12.1983 döneminde çıkarılan, kanunlar, kanun hükmünde kararnameler ile 2324 sayılı Anayasa Düzeni Hakkında Kanun uyarınca alınan karar ve tasarrufların Anayasaya aykırılığı iddia edilemez» kuralı, Anayasa metninden çıkarılmıştır<sup>456</sup>.

## **5. 02 ARALIK 1983 Tarihli ve 2968 Sayılı Yasa (md.1)**

Öte yandan, 2.12.1983 tarihli ve 2968 sayılı Yasaya (md.1) göre, "12 Eylül 1980 tarihinden sonra kurulan ve Türkiye Büyük Millet Meclisi toplanıp yeni Bakanlar Kurulu kuruluncaya kadar geçen süre içinde görev alan Bakanlar Kurulu, Başbakan ve Bakanların, personel atanmasına, yer değiştirmeye, geçici

<sup>453</sup> Gözübüyük-Tan (2003):s.40; dipnot 92

<sup>454</sup> Gözübüyük-Tan (2003):s.41; Askeri Yüksek İdare Mahkemesi, Drl. Kurl., 15.3.1985, E.985/19-K. 985/9, Askeri Yüksek idare Mahkemesi Dergisi, sayı:7. Kitap: 2, 1993, s. 1103.

<sup>455</sup> Gözübüyük-Tan (2003):s.41

<sup>456</sup> Gözübüyük-Tan (2003):s.41

yetki vermeye, görevlendirmeye, görevden uzaklaştırmaya, göreve son vermeye ilişkin işlemleri ile ilgili karar ve tasarruflarından dolayı haklarında cezai, mali ve hukuki sorumluluk iddiası ileri sürülemez ve bu maksatla haklarında herhangi bir yargı merciine başvurulamaz."

Danıştay, hakkındaki göreve son verme işlemi gene Danıştay tarafından iptal edilen kişinin, açıkta kaldığı süreye ait maddi haklan karşılığı maddi tazminat istemi ile açtığı davada verdiği kararda, 2968 sayılı Yasanın 1. maddesi hükmünü yorumlayarak, belirtilen tarihler arasında kurulan Hükümetlerde Başbakan ya da Bakan olarak görev alan üyelerin tek başlarına veya Bakanlar Kurulu olarak yapmış oldukları idari tasarruflardan dolayı (cezai, mali veya hukuki yönlerden) (şahsen) sorumlu tutulmalarını sağlamak üzere yargı organlarına başvurulamayacağına işaret etmektedir. Madde, sözü geçen kişilere öngördüğü tarihler arasındaki idari tasarruflarından dolayı (kişisel güvence) getirmekte olup, bu kişilerce tesis edilen idari tasarrufların da bu güvence kapsamına sokulması maddenin sözüne ve ruhuna aylan düşeceği gibi amacıyla da bağdaştırılmaz.

"Olayda davacı, yargı organınca iptal edilmiş göreve son verme işleminden dolayı uğradığı maddi zararın tazminini, işlemi tesis eden (Bakan) dan değil (Bakanlıktan) istediğine göre, konunun 2968 sayılı yasanın 1. maddesiyle ilgili bir yönü bulunmamaktadır" demektedir<sup>457</sup>.

## **B- 1982 Anayasası'nda İdari Yargı Denetimi Dışında Bırakılan İşlemler (Yasama Kısıntıları)**

Buraya kadar anlatılanlarda idari yargı denetimi dışında bırakılan işlemlerin tarihsel sürecine değinilmeye çalışıldı. Bundan sonra 1982 Anayasasında idarenin yargı denetimi dışında bırakılan işlemler incelenmeye çalışılacaktır.

Türkiye'de yürütmenin hukuka bağlılığı ilkesi bakımından çeşitli pürüzler vardır. Yasama Kısıntısı olarak ta tabir edilen bu pürüzleri doktrinde birçok yazar çeşitli şekillerde tanımlamışlardır. Buradan anlaşılan Yasama Kısıntıları ile ilgili olarak bir tanım birliğinin veya müşterek bir sınıflandırmanın olmadığıdır. Bizimde esas inceleme konumuz olan bu işlemlere karşı dava açılmaz; bunlara karşı yargı yolu kaplıdır. Dolayısıyla bunlar ülkemizde hukuk devletinin istisnalarını oluşturmaktadırlar. Bu işlemler söz konusu olduğunda, yürütme organı yine hukuka

<sup>457</sup> Gözübüyük-Tan (2003):s.42; Danıştay, 5.D; 10.3.1988, E.986/14Ü8-K.988/708, Danıştay Dergisi, sayı:72-73, s. 280.

uymalıdır. Ancak bu durumlarda yürütme organının hukuka uyup uymadığının yargısal denetiminin yapılması mümkün değildir.

Örneğin Gözler yasama kısıntılarını beş başlık altında toplamıştır<sup>458</sup>. Bunlar; Cumhurbaşkanının tek başına yapacağı işlemler (Anayasa, md.105/2 ve 125/2), Yüksek Askerî Şura kararları (Anayasa, md.125/2), Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulu kararları (Anayasa, md.159/4), Uyarma ve kınama disiplin cezaları (Anayasa, md.129/3).Sıkıyönetim komutanının işlemleri<sup>459</sup> (1402 sayılı Sıkıyönetim Kanunu, Ek md.3)

Gözler'e göre Cumhurbaşkanının devletin başı sıfatıyla aldığı bazı kararların ve keza yasama ve yargı organlarıyla ilişkileri çerçevesinde yaptığı bazı işlemlerin yargı denetimi dışında bırakılmasında bir sakınca yoktur. Zira bu işlemler esas itibarıyla bir "idarî işlem" niteliğinde değildir. Cumhurbaşkanının icraî nitelikte (örneğin YÖK Başkanını atama, Rektör atama gibi) bazı işlemleri tek başına yapıp yapamayacağı tartışmalıdır. Bu işlemleri tek başına yapabileceği kabul edilirse, Cumhurbaşkanının bu işlemleri aleyhine de dava açılmaması hukuk devleti ilkesine aykırı olur<sup>460</sup>.

Diğer dört grup işlemin yargı denetimi dışında bırakılması hukuk devleti ilkesiyle çelişir niteliktedir. Bunları Türkiye'de hukuk devleti ilkesinin pürüzleri olarak değerlendirebiliriz. Ancak bunların geçerliliğinden şüphe edilemez. Bunlar hukuk devleti ilkesi (md.2) ve idarenin bütün eylem ve işlemlerine karşı yargı denetimine tâbi olması ilkesi (md.125/1) karşısında özel hüküm niteliğindedir.

Doktrindeki diğer yazarlar gibi Gözler de hukuk devleti yürütme organının eylem ve işlemlerinin yargı organları tarafından denetlenmesini gerektiğini söylemektedir. Ancak bu denetimin sözde kalmaması için, denetimi yapan mahkemelerin idareden bağımsız olmaları gerekir. Türkiye'de adlî ve idarî yargı alanında hâkimlerin bağımsızlığı bakımından büyük bir problem olmamakla beraber, gerek askerî ceza yargısı, gerekse askerî idarî yargı alanında hâkimlerin bağımsızlığı çok şüphelidir<sup>461</sup>.

---

<sup>458</sup> Gözler (2000a): s.175.

<sup>459</sup> Ancak bu son husus Anayasadan değil, 1402 sayılı Sıkıyönetim Kanununun Ek-3'üncü maddesinden kaynaklanmaktadır. Dolayısıyla kanun koyucu dilediği takdirde bu kısıntıyı kaldırabilir.

<sup>460</sup> Gözler (2000a): s.175.

<sup>461</sup> Gözler (2000a): s.175

Özbudun kitabında bu pürüzleri tamamen sıralamış olmasa da idari yargının sınırlarına değinmiştir<sup>462</sup>. Özbudun idari yargının tarihsel süreç içerisindeki gösterdiği gelişimi 1961 Anayasasının 14 ncü maddesine ve 1982 Anayasasının 125/1 maddesine değinerek belirtmiştir. 1961 Anayasasında “idarenin hiçbir eylem ve işlemi, hiçbir halde yargı mercilerinin denetimi dışında bırakılamaz” ifadesi 1982 Anayasasında “idarenin her türlü eylem ve işlemine karşı yargı yolu açıktır” haline getirilerek aynen korunmuştur<sup>463</sup>.

Atar kitabında Gözler gibi idari yargı denetimi dışında bırakılan işlemleri beş başlık altında toplamıştır<sup>464</sup>. Bunlar; Cumhurbaşkanının tek başına yapacağı işlemler (Anayasa, md.105/2 ve 125/2), Yüksek Askerî Şura kararları (Anayasa, md.125/2), Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulu kararları (Anayasa, md.159/4), Uyarma ve kınama disiplin cezaları (Anayasa, md.129/3).Sıkıyönetim komutanının işlemleri (1402 sayılı Sıkıyönetim Kanunu, Ek md.3)'dir.

Tanör ve Yüzbaşıoğlu ise kitabında yukarıda belirttiğimiz beş yasama kısıntısının yanında; Sayıştay Kararlarını (md. 160) ve organik bakımdan yürütme işlemi niteliğindeki OHAL, sıkıyönetim KHK'larının (md. 148/1) da yargı denetimi dışında olduğunu belirtmiştir. Olağanüstü yönetim usulleri altında yürütmenin durdurulması kararlarının verilmesi sınırlanabilir (md. 125/6). OHAL valisi ve sıkıyönetim komutanın işlemlerine karşı iptal davası açma yolunu Anayasa değil de OHAL Mevzuatı ve sıkıyönetim Kanunu kapatmıştır<sup>465</sup>.

Giritli-Bilgen ve Akgüner, Tanör ve Yüzbaşıoğlu'nun belirttiği kısıtlamalar dışında (298) sayılı “Seçimlerin Temel Hükümleri ve Seçmen Kütükleri Hakkında Kanunun 111-131 ve 132 nci maddelerine göre, Yüksek Seçim Kurulu'nun Kendiliğinden ya da itiraz üzerine verdiği kararların kesin olduğu ve bu kararlara karşı hiçbir yargı merciine yada karar organına başvurulamayacağı, (2822) sayılı “Toplu İş Sözleşmesi, Grev ve Lokavt Kanunu'nun 55 nci maddesi , “ Yüksek Hakem Kurulu kararlarının kesin olduğunu toplu iş sözleşmesi hükmünde olduğu”nun ve Yüksek Hakem Kurulu kararlarına karşı yargı yolunun kapalı olduğunu ve son olarak (1602) sayılı “Yüksek Askeri Şuranın Kuruluş görevleri Hakkında Kanun” da, Yüksek Askeri Şura kararlarının yargı denetimi dışında bulunmadığını ancak 1982 Anayasa'nın 125/2 nci maddesinde ve (1602) sayılı “Askeri Yüksek İdare Mahkemesi Kanununun 21

---

<sup>462</sup> Özbudun (2005): s.115.

<sup>463</sup> Özbudun (2005): s.115- 116.

<sup>464</sup> Atar (2005): s.94.

<sup>465</sup> Tanör-Yüzbaşıoğlu (2005): s.93.

nci maddesinde Yüksek askeri Şura Kararlarının, Sıkıyönetim Komutanlarının Sıkıyönetim Kanununda yazılı işlem ve eylemleri ile disiplin suç ve tecavüzlerinden ötürü disiplin üstlerince verilen cezaların yargı denetimi dışında olduğu konularını da yasama kısıntıları başlığı altında toplamışlardır<sup>466</sup>.

Gözübüyük kitabında yasama kısıntılarını tarihsel süreç içerisinde ele almış Fransa ve Amerika'dan idari yargı sınırlamalarıyla ilgili olarak örnekler vermiştir<sup>467</sup>. Gözübüyük yasama kısıntılarını ilk olarak anayasada yer alan kısıntılar olarak üç başlık altında toplamıştır<sup>468</sup>. Bunlar; Cumhurbaşkanı'nın tek başına yapacağı işlemler (Anayasa, md.105/2 ve 125/2), Yüksek Askerî Şura kararları (Anayasa, md.125/2), Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulu kararları (Anayasa, md.159/4).

Daha sonra Milli Güvenlik Konseyi döneminde, 1982 Anayasası'ndan önce çıkartılmış olan dört yasanın yargı yolunu kapama açısından dikkati çeker nitelikte olduğunu belirtmiştir. Bunlar ise<sup>469</sup>;

- 2461 sayılı "Hakimler Savcılar Yüksek Kurulu Kanunu" (HSYKK)nun 12 nci maddesinin son fıkrasına göre, itirazları İnceleme Kurulu'nca "itiraz üzerine verilen kararlar kesindir. Bu kararlar hakkında başka bir idari, ya da kazai mercie başvurulamaz"

- 2577 Sayılı "İdari Yargılama Usulü Kanunu"nun 2 nci maddesinin 3 ncü Fıkrasına göre, "Devlet Başkanı'nın doğrudan doğruya yaptığı işlemler idari yargı denetimi dışındadır."

- 1602 Sayılı "Askeri Yüksek İdare Mahkemesi Kanununun" da değişiklik yapan 2568 sayılı yasanın 21. maddesinin son fıkrasına göre, "Devlet Başkanı'nın, Yüksek Askeri Şura'nın ve Sıkı Yönetim Komutanları'nın 1402 Sayılı Kanunda yazılı tasarrufları ve Sıkıyönetim Komutanlarının 1402 Sayılı Kanunda yazılı tasarrufları ile disiplin suç ve tecavüzlerinden ötürü disiplin amirince verilen cezalar yargı denetimi dışındadır."

- Sıkıyönetim Kanunu'nda 1980 yılında, 2342 Sayılı Yasa ile değişiklik yapılmış ve "Bu Kanunda, sıkıyönetim komutanlarına tanınan yetkilerin kullanılmasına

<sup>466</sup> Giritli-Bilgen-Akgüner (2006):s. 120-124.

<sup>467</sup> Gözübüyük, A. Şeref, **Yönetmelik Yargı**, Güncelleştirilmiş 22. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara, 2005, s.29; Gözübüyük-Tan: (2003): s.35

<sup>468</sup> Gözübüyük (2005): s.29; Gözübüyük-Tan: (2003): s.35

<sup>469</sup> Gözübüyük (2005): s.29-30; Gözübüyük-Tan: (2003): s.35-36

ilişkin idari işlemler hakkında iptal davası açılmaz. Şahsi kusurları nedeni ile hukuki sorumlulukları ileri sürülemez” kuralı getirilmiştir.

- Anayasa'nın 129'uncu maddesinin 3 ncü fıkrasında memurlar ve diğer kamu görevlilerine “ uyarma ve kınama cezalarıyla ilgili olanlar hariç, disiplin kararları yargı denetimi dışında bırakılmaz” kuralı yer almıştır.

1982 Anayasası dönemi. Anayasa (m, 125) "İdarenin her türlü eylem ve işlemine karşı yargı yolu açıktır" hükmünü getirmekle beraber, bunun bazı istisnalarını da öngörmektedir. Bu sınırlamalardan bazılarının yargı kararları ile yumuşatılmaya çalışıldığı da gözlenmektedir. Anayasa aşağıdaki işlemlere karşı yargı yolunu kapatmıştır. Biz de doktrindeki yazarların işaret ettiği yasama kısıntısına konu olan tüm işlem ve kararları on bir başlık altında incelemeye çalışacağız. Bunlar sırasıyla;

- 1-Cumhurbaşkanının tek başına yapacağı işlemler (Anayasa, md.105/2 ve 125/2),
- 2-Yüksek Askerî Şura kararları (Anayasa, md.125/2),
- 3-Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulu kararları (Anayasa, md.159/4),
- 4-Uyarma ve kınama disiplin cezaları,
- 5-Askeri Disiplin Hukukuna ilişkin olarak “Disiplin Suç ve Tecavüzlerinden Ötörü Disiplin Üstlerince Verilen Cezalar”ı,
- 6-Sıkıyönetim Komutanının (1402 sayılı Sıkıyönetim Kanunu, Ek md.3), ve Olağanüstü Hal Bölge Valisi işlemleri.
- 7-Organik Bakımdan Yürütme İşlemi Niteliğindeki OHAL, sıkıyönetim KHK'ları
- 8-Sayıştay Kararlarını (md. 160) (Anayasa, md.129/3),
- 9-(298) sayılı “Seçimlerin Temel Hükümleri ve Seçmen Kütükleri Hakkında Kanunun 111-131 ve 132 nci maddeleri
- 10-(2822) sayılı “Toplu İş Sözleşmesi, Grev ve Lokavt Kanunu'nun 55 nci maddesi “ Yüksek Hakem Kurulu kararları,
- 11- Yürütmenin Durdurulmasına İlişkin Sınırlamalardır.

## 1.Cumhurbaşkanı'nın Tek Başına Yapacağı İşlemler

### a) Cumhurbaşkanının Görev ve Yetkileri<sup>470</sup>

Cumhurbaşkanı'nın tek başına yapacağı işlemlerin yargı denetimine tabii olup olmayacağı sorununu incelemeden önce, Cumhurbaşkanı'nın görev ve yetkilerini bilmemiz yerinde olacaktır. Bu görev ve yetkilere şöyle bir göz atacak olursak:

Cumhurbaşkanı'nın öncelikle iki temel görevi bulunmaktadır. Bunlar temsil ve gözetmedir. Anayasamız 104'üncü maddesinin ilk fıkrasına göre, Cumhurbaşkanının "iki temel görevi" vardır. Bir kere Cumhurbaşkanının "devletin başı" olma sıfatıyla, "temsilcilik görevi" vardır. Cumhurbaşkanı bu sıfatla "Türkiye Cumhuriyeti"ni ve "Türk Milletinin birliği"ni, içerde ve dışarıda temsil eder. İkinci olarak, Cumhurbaşkanının "gözetme görevi" de vardır. Anayasaya göre Cumhurbaşkanı "Anayasanın uygulanmasını" ve "devlet organlarının düzenli ve uyumlu çalışması"ni gözetir (md.104/1).

Anayasamız, Cumhurbaşkanının görev ve yetkilerini ayrıntılı olarak 104'üncü maddesinde "yasama ile ilgili olanlar", "yürütme alanına ilişkin olanlar" ve "yargı ile ilgili olanlar" şeklinde üçe ayırıp tek tek saymıştır:

#### aa) Cumhurbaşkanının Yasama ile İlgili Görev ve Yetkileri

Bu görev ve yetkiler 104'üncü maddede sayılış sırasına göre şöyledir:

1. Yasama yılının ilk günü TBMM'de açılış konuşmasını yapmak.
2. Türkiye Büyük Millet Meclisini toplantıya çağırmak.
3. Kanunları yayımlamak.
4. Kanunları tekrar görüşülmek üzere TBMM'ne meclisine geri göndermek.
5. Anayasa değişikliklerine ilişkin kanunları halkoyuna sunmak.
6. Anayasa Mahkemesinde iptal davası açmak.

<sup>470</sup> Atar (2005): s.256; Gözler, Kemal, **Türk Anayasa Hukuku Dersleri**, Bursa, Ekin Kitabevi Yayınları, 4. Baskı, 2007s.387; Özbudun (2005): s.309; Tanör-Yüzbaşıoğlu (2005): s.314-315.

7. Türkiye Büyük Millet Meclisi seçimlerinin yenilenmesine karar vermek.

**bb) Cumhurbaşkanının Yürütme ile İlgili Görev ve Yetkileri**

Cumhurbaşkanının yürütme alanındaki görev ve yetkileri Anayasanın 104'üncü maddesinde şöyle sayılmıştır:

1. Başbakanı atamak ve istifasını kabul etmek.
2. Başbakanın teklifi üzerine bakanları atamak ve görevlerine son vermek.
3. Gerekli gördüğü hallerde Bakanlar Kuruluna başkanlık etmek veya bakanlar kurulunu başkanlığı altında toplantıya çağırmak.
4. Yabancı devletlere Türk devletinin temsilcilerini göndermek, Türkiye Cumhuriyetine gönderilecek yabancı devlet temsilcilerini kabul etmek.
5. Milletlerarası antlaşmaları onaylamak ve yayımlamak.
6. Türkiye Büyük Millet Meclisi adına Türk Silahlı Kuvvetlerinin Başkomutanlığını temsil etmek.
7. Türk Silahlı Kuvvetlerinin kullanılmasına karar vermek.
8. Genelkurmay Başkanını atamak.
9. Millî Güvenlik Kurulunu toplantıya çağırmak ve Millî Güvenlik Kuruluna Başkanlık etmek.
10. Başkanlığında toplanan Bakanlar Kurulu Kararıyla sıkıyönetim veya olağanüstü hal ilân etmek ve kanun hükmünde kararname çıkarmak.
11. Kararnameleri imzalamak.
12. Sürekli hastalık, sakatlık veya kocama sebebiyle belirli kişilerin cezalarını hafifletmek veya kaldırmak.
13. Devlet Denetleme Kurulunun üyeleri ile Başkanını atamak.
14. Devlet Denetleme Kuruluna inceleme, araştırma ve denetleme yaptırmak

15. Yükseköğretim Kurulu üyelerini seçmek.
16. Üniversite Rektörlerini seçmek.

### **cc) Cumhurbaşkanının Yargı ile İlgili Olan Görev ve Yetkileri**

Anayasanın 104'üncü maddesine göre, Cumhurbaşkanının yargı ile ilgili görev ve yetkileri şunlardır:

1. Anayasa Mahkemesi üyelerini seçmek.
2. Danıştay üyelerinin dörtte birini seçmek.
3. Yargıtay Cumhuriyet Başsavcısı ve Yargıtay Cumhuriyet Başsavcı vekilini seçmek.
4. Askerî Yargıtay Üyelerini seçmek.
5. Askerî Yüksek İdare Mahkemesi üyelerini seçmek.
6. Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulu üyelerini seçmek.

### **dd) Cumhurbaşkanının Diğer Görev ve Yetkileri**

Cumhurbaşkanının görev ve yetkileri yukarıda sayılanlardan ibaret değildir. Zira Anayasanın 104'üncü maddesinin son fıkrası, "Cumhurbaşkanı, ayrıca Anayasada ve kanunlarda verilen seçme ve atama görevleri ile diğer görevleri yerine getirir ve yetkileri kullanır" demektedir. Buna göre, Cumhurbaşkanının Anayasada öngörülen ve 104'üncü maddede sayılmamış olan yetkileri de olabilir. Örneğin, Anayasanın 115'inci maddesine göre, "tüzükler, Cumhurbaşkanınca imzalanır ve kanunlar gibi yayımlanır". Yine Cumhurbaşkanına Anayasa tarafından değil, ama kanunlar tarafından verilmiş yetkiler de olabilir.

Cumhurbaşkanı'nın görev ve yetkilerine baktıktan sonra Cumhurbaşkanı'nın tek başına yapacağı işlemler sorununu incelemeye geçebiliriz.

## **b) Cumhurbaşkanı'nın Tek Başına Yapacağı İşlemlerin Yargı Denetimi Sorunu**

Cumhurbaşkanı yukarıda değindiğimiz yasama, yürütme ve yargı ile ilgili görev ve yetkilerinin kimilerini tek başına kimilerini ise başbakan veya ilgili bakanın karşı imza kuralına göre yapar<sup>471</sup>.

Atar'a göre Cumhurbaşkanı tek başına yapacağı işlemlerde işlemin Anayasaya, demokratik prensiplere, insan haklarına ve hukukun üstünlüğü ilkelerine dikkat etmesi yükümlülüğü vardır. Çünkü Cumhurbaşkanı'nın temel görevlerinden birisi yukarıda da belirttiğimiz üzere bu ilkelerin yer aldığı Anayasanın uygulanmasını gözetmektir<sup>472</sup>.

Anayasa "Cumhurbaşkanı'nın tek başına yapacağı işlemler" (md.125) veya "Cumhurbaşkanı'nın re'sen imzaladığı kararlar ve emirler" (md.105) yargı denetimi dışında olduğunu öngörmektedir. Buna paralel olarak İYUK (md.2/3) da "Cumhurbaşkanı'nın doğrudan doğruya yaptığı işlemler" in idari yargı denetimi dışında olduğunu öngörmektedir.

Atar bir yandan Cumhurbaşkanı'na tek başına işlem yapma yetkisi verilip, diğer yandan da yaptığı işlemlerin yargı denetimi dışında tutulmuş olmasını hukuk devleti ilkesiyle bağdaştırmanın olanaksız olduğunu ancak, Cumhurbaşkanı'nın işlemlerinin yargısal denetime açılması yerine, bir Anayasa değişikliği ile Cumhurbaşkanı'nın icrai işlem yapma yetkisinin kaldırılması, parlamenter sistemin mantığına daha uygun olacağını belirtmiştir<sup>473</sup>.

Gözübüyük'ün de görüşleri Atar ile aynı paraleldedir. Gözübüyük Anayasanın cumhurbaşkanının yetkilerini arttırmakla kalmadığını aynı zamanda 105 nci maddenin 2 nci fıkrasıyla da yargı mercilerine başvurulamayacağı hükmünün getirildiğini belirtmiştir<sup>474</sup>.

Yine Gözübüyük'e göre; yukarıdaki madde de geçen kuralı Anayasanın temelini oluşturan hukuk devleti anlayışı ile bağdaştırma olanağı yoktur. Cumhurbaşkanı'nın tek başına yaptığı yönetsel işlemler, hukuka aykırı ise, buna karşı dava açılarak iptalini saklamak hukuk devleti anlayışının doğal bir sonucudur. Anayasa büyük bir özenle düzenlediği hukuk devleti anlayışına yine

---

<sup>471</sup> Gözler (2007): s.389.

<sup>472</sup> Atar (2005): s. 259-260

<sup>473</sup> Atar (2005): s. 260

<sup>474</sup> Gözübüyük (1993): s.204.

kendi koyduğu bir kuralla bir istisna getirmiştir. Bu düzenlemede “Anayasa Mahkemesine gidilemeyeceği” kuralı fazladan konmuş bir kuraldır. Cumhurbaşkanının tek başına yaptığı işlemler, esasen Anayasa Mahkemesinin görev alanına giren işlemler değildir. Bu nedenle Cumhurbaşkanının tek başına yaptığı işlemlerden dolayı Anayasa Mahkemesine gitme olanağı yoktur. Buna karşın Cumhurbaşkanının tek başına yaptığı işlem, bu işlemin dayanağını oluşturan yönetsel ön işlemde bir sakatlık yapılmış ise bu sakatlık Cumhurbaşkanının işlemini de etkiler. Hukuka aykırı olan ön işlemin, yönetsel yargıca iptali, yargı yoluna başvurulamayan Cumhurbaşkanının tek başına yaptığı işlemi de sakatlar<sup>475</sup>.

Tanör ve Yüzbaşıoğlu'nun belirttiği bir görüşe göre ise<sup>476</sup>; Anayasaya göre "Cumhurbaşkanı'nın tek başına yapacağı işlemler" (md.125) veya "Cumhurbaşkanı'nın re'sen imzaladığı kararlar ve emirler" in (md.105) yargı denetimi dışında olduğu belirtilmekte ve bu konuda anayasa yargısı, kural olarak yasama işlemleri için söz konusu olduğundan, Anayasaya yukarıda belirtilen hükümler konulmasaydı bile, Cumhurbaşkanının işlemlerine karşı Anayasa Mahkemesine başvurulması düşünülemez şeklinde görüş belirtmişlerdir. Zaten Anayasanın, Anayasa Mahkemesinin Görev ve yetkilerini düzenleyen 148 inci maddesinde de böyle bir yetki bulunmamaktadır. Bu nedenle, anayasanın 105 inci maddesi hükmü pratikte sadece idari yargı yolunu kapatma işlevi görmektedir. Dolayısıyla da, Cumhurbaşkanının tek başına yaptığı işlemlere karşı idari yargı yolunu kapatan Anayasanın 105. ve 125. maddeleri aslında birbirini tekrarlayan düzenlemelerdir<sup>477</sup>.

Cumhurbaşkanı'nın tek başına yapacağı işlemleri ikiye ayırmak mümkündür. Bunlardan birincisi; Anayasada belirtildiği üzere tek başına yaptığı işlemler ve ikici olarak ise; “Devlet başkanı sıfatıyla” veya “işlemin niteliğinden dolayı” tek başına yaptığı işlemlerdir.

Cumhurbaşkanı'nın hangi işlemleri tek başına hangi işlemleri karşı imza kuralına göre yapacağı konusu aşağıdaki kriterlere göre belirlemek mümkündür<sup>478</sup>:

1. Anayasada ve kanunlarda tek başına ya da birlikte yapılacağı belirtilenler, işlemin niteliği ne olursa olsun (icrai işlemde olabilir), belirtildiği şekilde yapılacaktır.

<sup>475</sup> Gözübüyük (1993): s.204.

<sup>476</sup> Tanör-Yüzbaşıoğlu (2005): s. 331

<sup>477</sup> Tanör-Yüzbaşıoğlu (2005): s. 331

<sup>478</sup> Atar (2005): s. 259; Özbudun (2005):311-315.

2. Anayasa ve kanunlarda nasıl yapılacağı belirtilmeyen işlemler bakımından;

a. Tarafsız Devlet başkanı sıfatıyla tanınmış yetkilerle ilgili işlemler ve niteliği gereği tek başına yapılması gereken işlemler Cumhurbaşkanınca tek başına yapılacaktır.

b. Anayasada nasıl yapılacağı belirtilmeyen icrai nitelikteki işlemler karşı imza kuralına göre yapılacaktır.

Bu kriterlere göre Cumhurbaşkanının tek başına ve karşı imza kuralına göre yapacağı işlemleri aşağıdaki şekilde inceleyebiliriz.

### **aa) 1982 Anayasasında Karşı İmza Kuralı**

1982 Anayasasının karşı-imza kuralı hakkındaki düzenlemesi esasen yukarıda genel olarak gördüğümüz parlâmenter sistemdeki karşı-imza kuralına paraleldir. 1982 Anayasasının 105'inci maddesine göre, "Cumhurbaşkanının, Anayasa ve diğer kanunlarda Başbakan ve ilgili bakanın imzalarına gerek olmaksızın tek başına yapabileceği belirtilen işlemleri dışındaki bütün kararları, Başbakan ve ilgili bakanlarca imzalanır; bu kararlardan Başbakan ve ilgili bakan sorumludur".

Görüldüğü gibi, Anayasada kural olarak Cumhurbaşkanının işlemlerinin Başbakan ve ilgili bakan tarafından imzalanması öngörülmektedir. Yine Anayasa bu şekilde Başbakan ve ilgili bakan tarafından imzalanan işlemlerden Başbakan ve ilgili bakanın sorumlu olduğunu belirtmektedir. Gözler bu hususun sorumsuz olan Cumhurbaşkanının işlemlerinin sorumlu olan başbakan veya bakanlar tarafından imzalanmasını öngören parlâmenter sistemin temel kuralıyla uyum içinde olduğunu belirtmektedir<sup>479</sup>.

1982 Anayasasının 105'inci maddesinde hükme bağlanan bir husus da, Cumhurbaşkanının "tek başına yapabileceği" birtakım işlemlerin karşı-imza kuralından istisna olduğudur. Ancak Anayasada Cumhurbaşkanının hangi işlemleri tek başına yapacağı sayılmamıştır. Aynı şekilde diğer kanunlarda da böyle bir sayım yapılmamıştır. Anayasaya göre, Cumhurbaşkanının işlemlerinin karşı-imza kuralına tâbi olması kural, tâbi olmaması istisna olduğuna ve istisnalar da Anayasa ve

---

<sup>479</sup> Gözler (2007): s.390.

kanunla tespit edilmediğinden, Gözler Türkiye’de Cumhurbaşkanının istisnasız bütün işlemlerinin karşı-imza kuralına tâbi olduğunu belirtmektedir<sup>480</sup>.

Bununla birlikte, uygulamada Cumhurbaşkanı birçok işlemi (örneğin rektör seçme, cezaları kaldırma, vs.) başbakan ve ilgili bakanların karşı-imzasına almadan tek başına kullanmaktadır.

Doktrinde ise bu husus oldukça tartışmalıdır. Özbudun tarafından savunulan ve genellikle kabul gören bir görüşe göre, Anayasa Cumhurbaşkanına bir kısım yetkileri, onun “tarafsız” Devlet Başkanı hüviyeti dolayısıyla vermiştir. Bu yetkilerin “tarafı” olan hükümetle paylaşılması, bu yetkilerin niteliklerine ve amaçlarına uygun düşmez. Bu nedenle, kendisine tarafsız devlet başkanı sıfatı dolayısıyla tanınmış yetkileri Cumhurbaşkanı tek başına kullanabilir<sup>481</sup>.

Özbudun’a göre, Cumhurbaşkanının yasama ve yargı ile ilgili yetkileri, kendisine tarafsız devlet başkanı olması sıfatıyla tanınmış yetkililerdir. Bu nedenle, bu yetkilerin Cumhurbaşkanı tarafından tek başına kullanılabilmesi gerekir<sup>482</sup>.

Cumhurbaşkanının yürütmeye ilgili yetkilerine gelince ise, Özbudun, yapılan işlemlerin “icraî” nitelikte olup olmamasına göre hareket etmektedir. Özbudun’a göre, icraî nitelik taşımayan, tamamen törensel nitelikteki yürütmeye ilgili yetkiler Cumhurbaşkanı tarafından tek başına kullanılabilir. Ancak, “icraî” nitelikteki yetkileri tek başına kullanamaması gerekir<sup>483</sup>. Özbudun, Cumhurbaşkanının icraî nitelikteki işlemleri yapmasının, parlâmenter hükümet sisteminin mantığına, demokrasi ve hukuk devleti ilkelerine aykırı olacağını düşünmektedir<sup>484</sup>.

“a) Buna göre, Cumhurbaşkanı, icraî nitelikte olan şu işlemleri tek başına yapamaz, karşı imza kuralına göre yapar:

1. Bakanları atamak ve görevlerine son vermek.
2. Yabancı devletlere Türk Devletinin temsilcilerini göndermek, Türkiye Cumhuriyetine gönderilecek yabancı devlet temsilcilerini kabul etmek.
3. Milletlerarası anlaşmaları onaylamak ve yayımlamak.
4. Türk Silahlı Kuvvetlerinin kullanılmasına karar vermek.
5. Genelkurmay Başkanını atamak.
6. Kararnameleri imzalamak.

<sup>480</sup> Bu konudaki tartışmalar için bkz. Gözler, Kemal, **Devlet Başkanları: Bir Karşılaştırmalı Anayasa Hukuku İncelemesi**, Bursa, Ekin Kitabevi Yayınları, 2001, s.255-264.

<sup>481</sup> Özbudun (2005): s.311; Aynı yönde bkz. Turhan, Mehmet, **Hükümet Sistemleri**, Gündoğan Yayınları, 2. Baskı, Ankara, 1993, s.118; Sevinç, Murat, “Güncel Gelişmeler Işığında 1982 Anayasasına Göre Cumhurbaşkanı”, **Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi**, Cilt 57, Sayı 2, Nisan-Haziran 2002, s.127.

<sup>482</sup> Özbudun (2005): s.311.

<sup>483</sup> Özbudun (2005):s.314-315.

<sup>484</sup> Özbudun (2005):s.314.

7. Yükseköğretim Kurulu üyelerini seçmek.
8. Üniversite Rektörlerini seçmek.

b) Anayasada Cumhurbaşkanının yürütme alanında sayılan ve “icraî” nitelikte olmayan yetkilerini ise Cumhurbaşkanı tek başına kullanabilir. Örneğin<sup>485</sup>, “Türkiye Büyük Millet Meclisi adına Türk Silahlı Kuvvetlerinin başkomutanlığını temsil etme” yetkisi, Cumhurbaşkanının “icraî” değil, sembolik ve törensel bir yetkisidir. Zira, yukarıda da belirtildiği gibi, başkomutanlık esasen Türkiye Büyük Millet Meclisine aittir. Cumhurbaşkanının bunu sadece “temsil” etme yetkisi vardır. Başkomutanlık görevi fiilen Genelkurmay Başkanı tarafından icra edilmektedir. Buna göre, Başkomutanlık adına icraî işlemler yapan makam Genelkurmay Başkanlığıdır. Bu nedenlerle, “Türkiye Büyük Millet Meclisi adına Türk Silahlı Kuvvetlerinin başkomutanlığını temsil etme” yetkisi, Cumhurbaşkanına tek başına verilmiş bir yetkidir. Millî Güvenlik Kurulunun da icraî karar alma yetkisi yoktur. Cumhurbaşkanının bu Kurulu toplantıya çağırması ve ona başkanlık etmesi de tek başına yapabileceği bir işlemdir. Bunda da demokrasi, parlâmenter sistem ve hukuk devleti ilkeleri açısından bir aykırılık yoktur.

Ayrıca Cumhurbaşkanı aşağıdaki işlemleri nitelikleri gereği karşı-imza kuralına göre yapar. Bunlar<sup>486</sup>;

1. Kararnameleri imzalamak.
2. Yabancı devletlere Türk Devletinin temsilcilerini göndermek.
3. Türkiye Cumhuriyetine gönderilecek yabancı devlet temsilcilerini kabul etmek.
4. Türk Silahlı Kuvvetlerinin kullanılmasına karar vermek.”

Atar da benzer bir sınıflandırmayı benimsemiştir.

**bb) Cumhurbaşkanı'nın Anayasada Belirtildiği Üzere Tek Başına Yaptığı İşlemler<sup>487</sup>**

“1. Cumhurbaşkanı, anayasanın 93 ncü maddesindeki yetkiye dayanarak doğrudan doğruya Türkiye Büyük Millet Meclisini gerektiğinde toplantıya çağırarak olursa, bu işlemi tek başına yapar.

---

<sup>485</sup> Gözler (2007): s.391.

<sup>486</sup> Atar (2005): s. 262.

<sup>487</sup> Atar (2005): s. 260–261.

2. Millî Güvenlik Kurulunu toplantıya çağırmak ve Millî Güvenlik Kuruluna Başkanlık etmek.
3. Devlet Denetleme Kurulunun üyeleri ile Başkanını atamak.
- 4.Devlet Denetleme Kuruluna inceleme, araştırma ve denetleme yaptırmak
5. Yükseköğretim Kurulu üyelerini seçmek.
6. Üniversite Rektörlerini seçmek.
7. Anayasa değişikliklerine ilişkin kanunları halkoyuna sunmak.
8. Anayasa Mahkemesi üyelerini seçmek.
9. Danıştay üyelerinin dörtte birini seçmek.
10. Yargıtay Cumhuriyet Başsavcısı ve Yargıtay Cumhuriyet Başsavcı vekilini seçmek.
11. Askerî Yargıtay Üyelerini seçmek.
12. Askerî Yüksek İdare Mahkemesi üyelerini seçmek.
13. Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulu üyelerini seçmek.
- 14.Türkiye Büyük Millet Meclisi seçimlerinin yenilenmesine karar vermek.(AY.md.116)
15. Kanunları yayımlamak. (AY.md.89)
- 16.Kanunları tekrar görüşülmek üzere Türkiye Büyük Millet Meclisi'ne geri göndermek. (AY.md.89)
17. Kanunlarda öngörülen bazı kurullara üye seçmek veya atamak.”

**cc) Cumhurbaşkanı'nın “Devlet başkanı sıfatıyla” veya “işlemin niteliğinden dolayı” Tek Başına Yaptığı İşlemler<sup>488</sup>**

- “1.Başbakanı atamak ve istifasını kabul etmek.
- 2.Sürekli hastalık, sakatlık veya kocama sebebiyle belirli kişilerin cezalarını hafifletmek veya kaldırmak.
3. Gerekli gördüğü takdirde, yasama yılının ilk günü Türkiye Büyük Millet Meclisinde açılış konuşması yapmak.

---

<sup>488</sup> Atar (2005): s. 261.

4. Türkiye Büyük Millet Meclisini gerektiğinde toplantıya çağırmak.
5. Kanunların, kanun hükmündeki kararnamelerin, Türkiye Büyük Millet Meclisi iç tüzüğünün, tümünün veya belirli hükümlerinin Anayasaya şekil veya esas bakımından aykırı oldukları gerekçesi ile Anayasa Mahkemesinde iptal davası açmak.
6. Gerekli gördüğü hallerde Bakanlar Kuruluna başkanlık etmek veya bakanlar kurulunu başkanlığı altında toplantıya çağırmak.”

#### **dd) Cumhurbaşkanı'nın karşı imza kuralına göre yapacağı işlemler**

Bir de Cumhurbaşkanı'nın karşı imza kuralına göre yapacağı işlemler vardır. Genel olarak karşı imza kuralına baktığımızda<sup>489</sup>;

Parlâmenter hükümet sistemlerinde, yürütme organı ikili yapıdadır. Bir yanda Cumhurbaşkanı, diğer yanda hükümet bulunur. Bu ikiliden birincisi sorumsuz; ikincisi ise sorumludur. Demokratik mantıkta, yetki ile sorumluluk beraberdir. Kim sorumluyorsa o yetkilidir; sorumsuz olan kişi yetkisizdir de. O hâlde, parlâmenter hükümet sistemlerinde devlet başkanı sorumsuz olduğuna göre, yetkisiz de olmalıdır. Gözler kitabında<sup>490</sup>, “Parlâmenter hükümet sistemlerinde sorumsuz olan devlet başkanlarının yetkisizliğini sağlamak için, onların bütün işlemlerinin sorumlu olan başbakan veya ilgili bakanlar tarafından imzalanmaları usûlü geliştirilmiştir. Buna “karşı-imza (contreseing, countersignature) kuralı” denmektedir” şeklinde karşı imza kuralını tanımlamıştır. Bu şu anlama gelmektedir ki, Anayasa tarafından aksi ayrıca öngörülmedikçe, devlet başkanı, başbakan ve ilgili bakanların karşı-imzasını almadıkça herhangi bir yetki kullanamaz. Devlet başkanının başbakan ve ilgili bakanların karşı-imzasını alarak yaptığı işlemlerden kaynaklanan sorumluluk ise, devlet başkanına değil, bu işleme karşı-imza atan başbakan ve ilgili bakanlara aittir.

#### **c) Cumhurbaşkanı'nın Sorumluluklarının Yasama Kısıntıları Açısından Değerlendirilmesi**

Cumhurbaşkanının sorumluluğunu üç ayrı açıdan incelemek gerekir: Siyasî sorumluluğu, cezaî sorumluluğu, hukukî sorumluluğu.

<sup>489</sup> Karşı-imza kuralı hakkında bkz. Gözler (2001): s.235-264.

<sup>490</sup> Gözler (2007): s.389; Aynı tanım için bkz. Atar (2005): s.259.

## aa) Cumhurbaşkanının Siyasî Sorumluluğu

1982 Anayasasının “sorumluluk ve sorumsuzluk hâli” başlıklı 105’inci maddesinde Cumhurbaşkanının sadece vatana ihanetten dolayı sorumlu olduğu belirtilmiştir. Bu hükmün mefhum-u muhalifinden Cumhurbaşkanının vatana ihanet dışında başka bir sebepten dolayı sorumlu olmadığı sonucu çıkmaktadır. Anayasamızda, Cumhurbaşkanının parlâmento tarafından veya doğrudan halk tarafından görevden alınmasına imkân veren bir usûl de öngörülmemiştir. Parlamenter hükümet sistemlerinde, Devlet Başkanına siyasi açıdan sorumluluğunu gerektirecek yetkiler tanınmadığından Devlet Başkanının siyasi sorumluluğu yoktur. 1982 anayasası ise, diğer parlamenter sistemlerden farklı olarak Cumhurbaşkanına çok önemli yetkiler vermiş, ancak sorumluluk yüklememiştir. Parlamenter Rejimlerde yetkili olmayan devlet başkanının sorumlu olmaması genel bir kuraldır<sup>491</sup>.

Bir görüşe göre Cumhurbaşkanının siyasî sorumluluğunun olmaması demokrasi ve hukuk devleti bakımından sakıncalı sonuçlara yol açamaz. Zira, Anayasamızın 105’inci maddesine göre, Cumhurbaşkanının kural olarak bütün işlemleri Başbakan ve ilgili bakanların karşı-imzasına tâbidir ve Cumhurbaşkanının bu işlemlerinden kaynaklanan sorumluluk, Cumhurbaşkanına değil, Başbakan ve ilgili bakana aittir. Dolayısıyla Cumhurbaşkanının işlemlerinden kaynaklanan bir hata ortaya çıkmış ise, bu hata ortada kalmayacak, bunun hesabını karşı-imza sahibi Başbakan ve ilgili bakanlar verecektir. Cumhurbaşkanının resen imzaladığı kararlar ve emirler aleyhine Anayasa Mahkemesi dahil, yargı merciine başvurulamaz. Ne var ki Türkiye’de uygulamada Cumhurbaşkanının bazı işlemleri (rektör seçme, cezaları kaldırma, vs.) tek başına yaptığı görülmektedir.

Gözler’e göre Cumhurbaşkanının siyasal sorumsuzluğu onun bütün işlemlerinin karşı-imza kuralına tâbi olmasını gerektirmektedir<sup>492</sup>. Zira bu işlemlerde bir hata yapılmış ise, halk veya halkın temsilcileri bunun hesabını kimseden soramayacaktır. Bu nedenle Türkiye’de de Cumhurbaşkanının parlamenter sistemle bağdaşmayan yetkileri kaldırılmalı ve siyasi sorumsuzluğu devam ettirilmelidir<sup>493</sup>.

---

<sup>491</sup> Atar (2005): s. 263.

<sup>492</sup> Gözler (2007): s.393-394.

<sup>493</sup> Atar (2005): s. 263.

Tanör ve Yüzbaşıoğlu da kitabında<sup>494</sup>, Atar'ın bu görüşlerine katılarak parlamenter rejimlerde karşı-imza kuralının mutlak uygulandığını ancak bazı cumhuriyet rejimlerinde<sup>495</sup>, karşı imza kuralı yine esas olmakla beraber, siyasi sorumsuz cumhurbaşkanına, siyasi sorumluluk gerektirmeyen, istisnai bazı yetkileri tek başına kullanma imkânı verdiğini belirtmektedir.

Tanör ve Yüzbaşıoğlu ayrıca, Cumhurbaşkanını parlamentonun seçmesi modelini belirleyen bir anayasanın, dünyadaki bu modeli tercih eden diğer örneklerinde olduğu gibi, Cumhurbaşkanına mütevazi yetkiler vermesi gerekirken, Cumhurbaşkanını, halkın seçtiği modellere benzer cüretkarlıkta yetkilerle donattığını belirtmiştir<sup>496</sup>.

Nitekim 1958 Fransız anayasasında ki benzer formülasyona bakılarak, Anayasanın 104. maddesindeki, Cumhurbaşkanına tanınan, "Devlet organlarının düzenli ve uyumlu çalışmasını gözetme" yetkisi, Anayasanın, Cumhurbaşkanını, "partilerin mücadele konusu olan siyasi iktidarın dışında ve biraz da üstünde bir makam ve güç olarak (buna devlet iktidarı da denmektedir) tasavvur ettiği" şeklinde yorumlanabilir<sup>497</sup>.

Özbudun'a göre Cumhurbaşkanının tek başına yapabileceği işlemler sorununu, parlâmenter rejim ve hukuk devleti olmak üzere iki kavram açısından incelemek gerekir. Biraz önce bahsettiğimiz gibi, parlâmenter rejimlerde devlet başkanının işlemlerinde karşı-imza zorunluluğu temel kuraldır. Ancak bu kuralın, Cumhurbaşkanının sadece yürütme alanındaki işlemlerine mi ilişkin olduğu, yoksa onun Devlet Başkanlığı sıfatından doğan yetkileriyle ilgili işlemlerini de mi kapsadığı tartışmalıdır. Birçok yeni Anayasalarda, Cumhurbaşkanının, Devlet Başkanlığı sıfatından kaynaklanan bazı işlemleri tek başına yapabileceği belirtilmiştir<sup>498</sup>.

Cumhurbaşkanının yasama ve yargı ile ilgili yetkilerinin, kendisine tarafsız Devlet Başkanı sıfatıyla tanınmış yetkiler olması dolayısıyla, ancak Cumhurbaşkanınca tek başına kullanılabilmesi gerekir. Cumhurbaşkanının yürütme alanına ilişkin yetkilerinin bir kısmı, meselâ gerekli gördüğü hallerde Bakanlar Kuruluna Başkanlık etmek veya Bakanlar Kurulunu başkanlığı altında toplantıya çağırarak, Türkiye Büyük Millet Meclisi adına Türk Silâhlı Kuvvetlerinin

<sup>494</sup> Tanör-Yüzbaşıoğlu (2005): s. 302

<sup>495</sup> Örneğin, 1949 Federal Alman Anayasasının 58. maddesi, Cumhurbaşkanına, başbakanı tayin, meclisin düşürdüğü başbakanı azil ve koşulların oluşması halinde Meclisin feshi yetkisini tek başına kullanma imkânı tanımıştır.

<sup>496</sup> Tanör-Yüzbaşıoğlu (2005): s. 309

<sup>497</sup> Tanör-Yüzbaşıoğlu (2005): s. 309; Duran, Lütfi, "Türkiye'nin Siyasi Rejimi", **Yeni Gündem**, 1986, Ek.1; Çağlar, Bakır, **Anayasa Bilimi**, BSF Yayınları, İstanbul, 1989, s.94.

<sup>498</sup> Özbudun (2005): s.311-312.

Başkomutanlığını temsil etmek, Milli Güvenlik Kurulunu toplantıya çağırmak ve bu Kurula başkanlık etmek, icraî nitelik taşımayan, Tamamen törensel veya temsili yetkiler olduklarından, bunların da Cumhurbaşkanınca tek başına kullanılacağı açıktır. Nihayet, Cumhurbaşkanının Başbakanı atama yetkisinin, Cumhurbaşkanınca tek başına kullanılabilir bir yetki olması gerekir. Çünkü yeni bir Başbakan atanmasını, görevinden çekilmiş veya Türkiye Büyük Millet Meclisince düşürülmüş olan eski Başbakanın karşı-imzasına bağlı tutmak, Özbudun'ca sakıncalı ve anlamsız olarak nitelendirilmektedir<sup>499</sup>.

Cumhurbaşkanının yürütmeye ilişkin yetkileri arasında tereddüt uyandırabilecek nitelikte olanlar, Devlet Denetleme Kurulunun üyelerini ve Başkanını atamak, Devlet Denetleme Kuruluna inceleme, araştırma ve denetleme yaptırmak, Yükseköğretim Kurulu üyelerini ve üniversite rektörlerini seçmek yetkileridir. Devlet Denetleme Kurulu, aşağıda görüleceği gibi, Cumhurbaşkanlığına bağlı ve Cumhurbaşkanı adına araştırma yaparak bilgi toplamakla görevli bir kuruluş olduğundan ve herhangi bir "icraî" karar alma yetkisi bulunmadığından, Cumhurbaşkanının bu atamaları tek başına yapması normal karşılanabilir. Buna karşılık. Yükseköğretim Kurulu ve üniversite rektörleri açıkça "idare" içinde yer alan ve icraî yetkiler kullanan kişi ve kuruluşlar olduğuna göre, bu atama yetkilerinin Başbakan ve ilgili bakanla birlikte kullanılması gerekir. İdare alanında yer alan ve icraî yetkiler kullanan kişi ve kuruluşların eylem ve işlemlerinden siyasal bakımdan sorumlu tutulabilecek hiçbir makamın bulunmaması, parlâmenter rejimin mantığına aykırı bir durumdur<sup>500</sup>.

Anayasanın dışında bazı kanunlar da Cumhurbaşkanına tek başına kullanılabilir atama yetkileri vermiştir. Meselâ 2954 sayılı Türkiye Radyo ve Televizyon Kanununa göre (md. 6) Cumhurbaşkanı, Radyo ve Televizyon Yüksek Kuruluna doğrudan doğruya üç üye. Başka kuruluşlarca gösterilecek adaylar arasından da beş üye seçer. Aynı şekilde. 2876 sayılı Atatürk Kültür, Dil ve Tarih Yüksek Kurumu Kanununa göre (md. 5) Cumhurbaşkanı, Kurumun Yüksek Kuruluna dön üye; 2863 sayılı Kültür ve Tabiat Varlıklarını Koruma Kanununa göre (md. 53), Taşınmazlar Kültür ve Tabiat Varlıkları Yüksek Kuruluna üç üye seçer. Anayasanın 104'üncü maddesinin son fıkrası, Cumhurbaşkanına kanunlarla da "seçme ve atama görevleri" verilebileceğini belirtmiş olmakla beraber, Özbudun'ca yukarıda açıklanan

---

<sup>499</sup> Özbudun (2005): s.314.

<sup>500</sup> Özbudun (2005): s.314-315.

gerekçelerle, idareye dâhil bulunan ve icraî yetkilerle donatılmış olan kurumlara yapılan seçme ve atamalarda karşı-imza kuralına uyulması gerekir<sup>501</sup>.

Özbudun'a göre Anayasanın, Cumhurbaşkanının re'sen (tek başına) imzaladığı karar ve emirler aleyhine Anayasa Mahkemesi dâhil, yargı mercilerine başvurulamayacağı hükmü (md. 105/2), hukuk devleti açısından tartışmalara yol açacak niteliktedir. Bir defa şunu belirtmek gerekir ki, Anayasa yargısı kural olarak yasama işlemleri üzerinde söz konusu olduğundan, Cumhurbaşkanının işlemlerine karşı Anayasa Mahkemesine başvurulması, Anayasada böyle bir hüküm bulunmasaydı bile, zaten düşünülemezdi. Burada araştırılması gereken husus, Cumhurbaşkanının tek başına yaptığı işlemlerin idarî yargı denetimine tabi olup olmadıklarıdır<sup>502</sup>. Yine Özbudun'a göre bunu belirlerken, Cumhurbaşkanının işleminin "idarî" nitelikte olup olmadığına bakmak gerekir; çünkü idarî yargı, idarenin eylem ve işlemleri üzerinde geçerlidir. İdare kavramı ise daha önce belirtildiği gibi, «kanunların uygulanmasını sağlamak» anlamına gelir. Cumhurbaşkanının doğrudan doğruya Anayasadan kaynaklanan ve kendisine yürütme organının başı sıfatıyla değil, Devletin başı sıfatıyla tanınmış olan yetkilerinin kullanılmasını ise, "kanunların uygulanmasını sağlamak" faaliyeti olarak görmek, diğer bir deyimle "idare" fonksiyonu içinde saymak mümkün değildir. Bu durum, Cumhurbaşkanının yasama ve yargı alanlarına ilişkin işlemlerinde çok açıktır. Özbudun'a göre, "Cumhurbaşkanının Anayasa Mahkemesinde iptal davası açmasını veya kanunları bir kere daha görüşülmek üzere Meclise geri göndermesini yahut Anayasa Mahkemesine üye seçmesini bir "idarî işlem" sayıp idarî yargının denetimine tâbi tutmak düşünülebilir mi?" sorusu ortaya çıkmaktadır<sup>503</sup>. Özbudun, Cumhurbaşkanının yürütme alanına dâhil olan işlemleri ile ilgili olarak, bu konuda daha önce yapmış olduğu ayrımın burada da geçerli olacağını savunmaktadır. Cumhurbaşkanının "idarî nitelik" taşıyan işlemlerinin, meselâ icraî karar yetkisi olan makamlara yaptığı atamaların, ancak Başbakan ve ilgili bakanla birlikte yapılabileceği yolundaki yorumun benimsenmesi halinde, bu tür işlemler hakkında idarî yargı yolunun kendiliğinden açılacağını belirtmektedir<sup>504</sup>.

---

<sup>501</sup> Özbudun (2005): s.314-315.

<sup>502</sup> Özbudun (2005): s.315.

<sup>503</sup> Özbudun (2005): s.315.

<sup>504</sup> Özbudun (2005): s.315.

Cumhurbaşkanının siyasal sorumsuzluğu konusu ile ilgili olarak tartışılması gereken bir husus da, Cumhurbaşkanının Bakanlar Kurulunca hazırlanan kararnameleri mutlaka imzalamak zorunda olup olmadığıdır.

Doktrinde yazarlar Cumhurbaşkanının karşı-imza kuralına göre yapacağı işlemlerden “kararnameleri imzalamak” işlemini tartışmaya açmıştır. Bu konuda doktrinde<sup>505</sup> ve Anayasa Mahkemesi kararlarında<sup>506</sup> ikili bir ayırım yapılarak şöyle denmektedir: Cumhurbaşkanı, Bakanlar Kurulunun hukuka uygun kararnamelerinin üzerinde siyasal yerindelik denetimi yapamaz. Ama Cumhurbaşkanının Bakanlar Kurulunun hukuka aykırı kararnamelerini imzalamak zorunluluğu da yoktur.

Ancak Cumhurbaşkanı, hukuka uygun, aykırı ayırımı yapmaksızın, Hükümetin bütün kararnamelerini imzalamak zorundadır. Zira, hangi kararnamenin hukuka uygun, hangisinin hukuka aykırı olduğu sorunu da realist yorum teorisine göre bir “bilme” değil, “irade” sorunudur<sup>507</sup>. Bir “irade” sorunu hakkında sorumsuz olan Cumhurbaşkanı bir karar veremez. Kaldı ki, Cumhurbaşkanının kararnameler üzerindeki imza yetkisi, bir denetleme yetkisi değil, bir tevsik etme yetkisinden ibarettir<sup>508</sup>.

Özbudun’a göre ise Anayasamız, Cumhurbaşkanını, çoğunluk partisinin emrindeki bir yürütme aracı olarak değil, siyasal hayatımızda denge ve İstikrar unsuru olabilecek tarafsız bir makam sahibi olarak düşünmüştür. Bu durum da Cumhurbaşkanının, bütün Bakanlar Kurulu kararnamelerini otomatik şekilde onaylama zorunda olduğu elbette **savunulamaz**<sup>509</sup>. Ancak Özbudun bu konuda bir ayırım yapmak gerektiğini belirtmiştir. Bakanlar Kurulunun hukuka uygun bir işleminin, Cumhurbaşkanınca siyasal yerindelik açısından denetlenmesi ve reddedilmesi, hukuken mümkün olmakla beraber, parlâmenter rejimin mantığına ve sağlıklı İşleyiş kurallarına uygun bir davranış değildir. Diğer bir deyimle, sorumsuz Cumhurbaşkanı, sorumlu hükümetin siyasal takdir yetkisine, en iyi niyetli gerekçelerle de olsa, müdahale etmemeli, bu alandaki rolünü bir danışma ve uyarı fonksiyonu ile sınırlı

<sup>505</sup> Tanör-Yüzbaşıoğlu (2005): s. 308-309;Atar (2005): s. 262; Özbudun(2005): s.315-316; Turhan (1993): s.124; Sevinç (2002): s.131; Sabuncu, Yavuz, **Anayasaya Giriş**, İmaj Yayıncılık, 9. Baskı, Ankara, 2003, s.238.

<sup>506</sup> Anayasa Mahkemesi, 27 Nisan 1993 Tarih ve E.1992/37, K.1993/18 Sayılı Karar, *AMKD*, Sayı 31, c.I, s.115.

<sup>507</sup> Bu konuda bkz. Gözler, Kemal, “Realist Yorum Teorisi ve Mekanist Anayasa Anlayışı”, **Anayasa Yargısı**, Anayasa Mahkemesi Yayınları, Cilt 15, Ankara, 1998, s.205-209.

<sup>508</sup> Uygulamada Cumhurbaşkanı Ahmet Necdet Sezer, Hükümetin birçok kararnamesini imzalamayı reddetmiş ve bundan dolayı ülkemizde Cumhurbaşkanı ile Hükümet arasında bir çatışma yaşanmıştır. Bu konuda daha ayrıntılı tartışmalar ve Cumhurbaşkanının kararnameleri imzalamak zorunda olduğu görüşünün savunulması için bkz. Gözler, Kemal, **Cumhurbaşkanı-Hükümet Çatışması: Cumhurbaşkanı Kararnameleri İmzalamayı Reddedebilir mi?** Bursa, Ekin Kitabevi Yayınları, 2000.

<sup>509</sup> Özbudun(2005): s.315.

tutmalıdır. Aksi halde, parlâmentoda çoğunluğa sahip olduğu halde Cumhurbaşkanının engellemesi yüzünden politikasını gereği gibi yürütemeyen hükümetin istifa ederek bir anayasa bunalımına yol açması ve bundan sonuçta Cumhurbaşkanının saygınlığının ve otoritesinin de zarar görmesi mümkündür. Buna karşılık Cumhurbaşkanının, yukarıda da belirtildiği gibi Bakanlar Kurulunun hukuka aykırı bir işlemini İmzalaması gerektiği elbette söylenemez. Cumhurbaşkanının sorumsuzluğu, onun hukuka aykırı kararnamele imzalamaya zorunda olduğu şeklinde yorumlanamaz. Bu, her şeyden önce, Cumhurbaşkanının Anayasa ve hukukun üstünlüğüne bağlı kalma andı ile bağdaşmaz<sup>510</sup>. Doktrinde ki yazarların da görüşleri aynı yöndedir.

Öte yandan bazı hükümet kararnamelelerini Cumhurbaşkanının onayına sunulma zorunluluğundan istisna eden bir kanunî düzenleme anayasaya aykırıdır. Anayasa Mahkemesi, Adalet Bakanlığı bünyesi içindeki bazı atama işlemlerinin yalnızca Bakanın teklifi ve Başbakanın onayı ile gerçekleşmesini öngören 3825 sayılı ve kamuoyunda "by-pass" kanunu olarak bilinen kanunun ilgili hükümlerini iptal etmiştir. Mahkemeye göre<sup>511</sup> Bakanlar Kurulu kararnameleleri ile yalnızca Başbakan ve ilgili Bakanın imzasını taşıyan müşterek kararnamelelerin "geçerlik kazanabilmesi için Cumhurbaşkanı tarafından imzalanması anayasal bir zorunluluktur... Anayasanın 104. maddesinde "kararnameleleri imzalamak" Cumhurbaşkanının yürütme alanına ilişkin görev ve yetkileri arasında sayılmıştır... Geleneklere dayalı bir kurallar ve kurumlar düzeni olan parlamenter sistemde önemli devlet işlemlerinin tümü devlet başkanının imzasıyla tamamlanır... (Y)ürütme yetki ve görevinin Cumhurbaşkanı ve Bakanlar Kurulu'nca yerine getirileceğini belirten bu kurallar karşısında, kimi atamalarda Cumhurbaşkanının imzasına gerek görmemek, Anayasa'nın 8. maddesine aykırılık oluşturur.

## **bb) Cumhurbaşkanının Göreviyle İlgili Suçlarından Dolayı Cezaî Sorumluluğu**

Cumhurbaşkanının göreviyle ilgili eylem ve işlemlerinden dolayı cezaî sorumluluğu yoktur. 1961 Anayasasının 98'inci maddesinin ilk fıkrası "Cumhurbaşkanı göreviyle ilgili işlemlerden sorumlu değildir" diyerek bu esası açıkça dile getiriyordu. 1982 Anayasasında bu yolda bir hüküm yoktur. Ancak,

<sup>510</sup> Özbudun(2005): s.315.

<sup>511</sup> E. 1992/37, K: 1993/18, k.t.27.4.1993, **AMKD**, Sayı 31, Cilt I, s. 113-114.

Cumhurbaşkanının göreviyle ilgili fiillerinden dolayı münhasıran vatana ihanetten dolayı sorumluluğu düzenlendiğine göre, bu hükmün mefhumu muhalifinden Cumhurbaşkanının vatana ihanet kapsamına girmeyen göreviyle ilgili fiillerinden dolayı cezaî sorumluluğunun olmadığı sonucuna varabiliriz<sup>512</sup>.

Cumhurbaşkanının göreviyle ilgili suçlarından dolayı sorumlu olmaması, aslında, karşı-imza kuralının bir sonucudur. Cumhurbaşkanı, ilke olarak, görevini yerine getirirken tek başına işlem yapamadığı, Cumhurbaşkanı işlemlerinde Başbakan ve ilgili bakanların imzaları bulunması gerekliliği için, işleminden doğan cezaî sorumluluğun da Başbakan ve ilgili bakanlara ait olması gerektiği kabul edilmiştir<sup>513</sup>.

Ancak, cumhuriyet rejimlerinde Cumhurbaşkanının, göreviyle ilgili işlerden dolayı cezaî sorumsuzluğu bile mutlak değildir. Parlâmenter cumhuriyetlerde genel olarak. Cumhurbaşkanının vatana ihanet<sup>514</sup> teşkil eden suçlarından dolayı cezaî bakımdan sorumlu olacağı ilkesi kabul edilmiştir. 1982 Anayasası da, bu kurala ve Türk Cumhuriyet Anayasalarının geleneğine (1924 Anayasası. m.41/1; 1961 Anayasası, m.99) uygun olarak, Cumhurbaşkanının vatana ihanet halinde cezaî sorumluluğunu kabul etmiştir. Anayasaya göre (md. 105/3). “Cumhurbaşkanı vatana ihanetten dolayı Türkiye Büyük Millet Meclisi üye tamsayısının en az üçte birinin teklif üzerine, üye tamsayısının en az dörtte üçünün vereceği kararla suçlandırılır.” Bu yetersayı, 1961 Anayasasında üye tamsayısının üçte ikisi olarak belirlenmişti (md. 99). Cumhurbaşkanının vatana ihanetle suçlanması halinde onu yargılayacak olan makam, Yüce Divan sıfatıyla Anayasa Mahkemesidir (m 148/3).Yüce Divana sevk edilen Cumhurbaşkanının görevinde kalıp kalmayacağı konusunda Anayasada açıklık yoktur.

Özbudun’a göre, göreviyle ilgili âdi bir suçtan dolayı Meclisçe Yüce Divana sevk edilen bir bakan bakanlıktan düşmüş sayıldığına (md. 113/3) göre, Türkiye Büyük Millet Meclisinin çok daha büyük bir çoğunluğuyla ve çok daha ağır bir suçla suçlanan bir Cumhurbaşkanının, görevine devam edebileceğini düşünmek güçtür. Bu sebeple Cumhurbaşkanının vatana ihanetle suçlanması durumunda Cumhurbaşkanlığı sıfatının sona ereceğini kabul etmek yerinde olur<sup>515</sup>.

---

<sup>512</sup> Gözler (2007): s.394.

<sup>513</sup> Özbudun (2005):s.317.

<sup>514</sup> Gözler, Türkiye’de “vatana ihanet” denilen şeye yabancı anayasalar “yüksek ihanet (*high treason, haute trahison, Hocverrat*)” dediğini belirtmektedir; Gözler (2007):s.395.

<sup>515</sup> Özbudun (2005):s.318; Gözler (2007):s.395.

### **cc) Cumhurbaşkanının Hukuki Sorumluluğu**

Hukukî sorumluluğu bakımından Cumhurbaşkanının göreviyle ilgili eylem ve işlemleri ile kişisel eylem ve işlemleri arasında ayırım yapılmaktadır.

#### **aaa) Cumhurbaşkanının Göreviyle İlgili Eylem ve İşlemlerinden Dolayı Hukukî Sorumluluğu**

Cumhurbaşkanının göreviyle ilgili eylem ve işlemlerinden dolayı hukukî sorumluluğunun olmadığı kabul edilmektedir<sup>516</sup>. 1961 Anayasasının “Cumhurbaşkanı, göreviyle ilgili işlemlerinden sorumlu değildir” diyen 98’inci maddesinin ilk fıkrası hükmünden bu sonuç daha kolay çıkarılabilmekte idi. 1982 Anayasasının 105’inci maddesinde bu açıklıkta bir fıkra yoktur. Zira 105’inci madde de hukukî, cezaî ayırımı yapılmaksızın Cumhurbaşkanının sadece vatana ihanetten dolayı sorumlu olduğu belirtilmiştir. Dolayısıyla Cumhurbaşkanının, göreviyle ilgili olan ve vatana ihanet oluşturmayan eylem ve işlemlerinden dolayı hukukî sorumluluğuna da gidilemez.

Bu konuyla ilgili olarak bir örnek verecek olursak; Aziz Nesin, “aydınlar dilekçesi” olarak bilinen bir dilekçenin hazırlayıcılarından biridir. Dönemin Cumhurbaşkanı Kenan Evren, Manisa’da yaptığı açık hava konuşmasında “aydınlar dilekçesi”ni hazırlayan ve imzalayanların vatan haini olduğu yolunda görüşler dile getirdiği iddia edilmiştir. Aziz Nesin, Cumhurbaşkanının bu şekilde kendisinin kişilik haklarına saldırıda bulunduğunu ileri sürerek, Cumhurbaşkanı Kenan Evren aleyhine manevî tazminat davası açmıştır. Ankara Dokuzuncu Asliye Hukuk Mahkemesi, “görevi sırasındaki işlemlerinden ötürü sorumsuzluğu ve yargı bağıışıklığı bulunan Cumhurbaşkanı hakkında dava açılmayacağı” gerekçesiyle davanın reddine karar verilmiştir.

Yargıtay Dördüncü Hukuk Dairesi kararıyla, “Cumhurbaşkanının yurt gezisi sırasında yaptığı açık hava toplantılarında ‘aydınlar dilekçesi’ ile ilgili olarak görüş açıklamasının görevi ile ilgisi olduğu kuşkusuzdur” diyerek Ankara Dokuzuncu Asliye Hukuk Mahkemesinin yukarıdaki kararını onamıştır<sup>517</sup>. Yargıtayın onama kararından sonra, davacı Aziz Nesin Avrupa İnsan Hakları Komisyonuna bireysel

<sup>516</sup> Gözler (2007): s.397.

<sup>517</sup> Yargıtay 4’üncü Hukuk Dairesi, 27 Nisan 1984 Tarih ve E.1987/2865, K.1987/3701 Sayılı Karar (Nakleden: Gözübüyük (1993): s.206).

başvuruda bulunmuş, ama Komisyon da davacının başvurusunun kabul edilemez olduğuna karar vermiştir<sup>518</sup>.

### **bbb) Cumhurbaşkanının Kişisel Eylem ve İşlemlerinden Dolayı Hukukî Sorumluluğu**

Cumhurbaşkanının göreviyle ilgili olmayan, kişisel eylem ve işlemlerinden dolayı hukukî sorumluluğu, tüm diğer gerçek kişiler gibi, tamdır. Cumhurbaşkanının bir gerçek kişi olarak "hukukî sorumluluğu", Cumhurbaşkanının özel hukuka ilişkin sorumluluğu demektir. O halde özel hukuk alanında Cumhurbaşkanı bir gerçek kişi olarak bir borç altına girmiş ise, borcunu ifa etmelidir. İfa etmiyorsa, tüm gerçek kişiler gibi, borcunu yerine getirmeyen Cumhurbaşkanı hakkında mahkemeler birtakım müeyyidelere, özellikle tazminat ödemeye hükmedebilirler. Örneğin Cumhurbaşkanı kendisine bir yazlık ev kiralamış, ama kirayı ödemiş ise kendisine karşı dava açılabilir. Keza, Cumhurbaşkanı da tüm gerçek kişiler gibi, "haksız fiil" niteliğinde olan davranışlarından dolayı başkalarının uğradığı zararları tazmin etmekle yükümlüdür. Örneğin kusurlu olarak otomobiliyle bir yayaya çarpıp onun bacağını kırması durumunda Cumhurbaşkanı, verdiği zarardan sorumludur. Bu zararı gidermelidir. Gidermiyorsa, kendisine karşı zarar gören kişi hukuk mahkemesinde dava açıp tazminat isteyebilir; mahkeme de Cumhurbaşkanı tazminat ödemeye mahkûm edebilir<sup>519</sup>.

Bu düzenleme biçimine göre Cumhurbaşkanı'nın yargı denetimi dışında tutulan işlemlerinin "Cumhurbaşkanlığı dışından gelen teklif, öneri veya inha üzerine yapılan seçme ve atamaları" kapsamadığı savunulmuştur<sup>520</sup>. Danıştay da, rektör adayı belirleme işleminin iptali için açılan davada benzer ayırımı yaparak, Cumhurbaşkanı'nın üniversite rektörlerini seçmek yetkisini "değişik organ ve kurullarca iki ayrı evrede saptanan adaylar arasından birisini tercih etmek biçiminde" kullandığını belirterek, "Örneğin Devlet Denetleme Kurulu üyelerinin seçimi veya üst kademe yöneticileri ile avukatlar arasından Anayasa Mahkemesi'ne üç asıl bir yedek üyenin seçimi ya da Danıştay üyelerinin dörtte birinin seçimi işlemlerinde olduğu gibi hiç bir organ veya kuruluşun katılımı olmaksızın

<sup>518</sup> Avrupa İnsan Hakları Komisyonu, *Aziz Nesin Türkiye'ye Karşı*, No.13901, 6 Temmuz 1989 (Nakleden: Gözübüyük (1993): s.206).

<sup>519</sup> Gözler (2007): s.397-398.

<sup>520</sup> Gözübüyük-Tan (2003):s.42; Duran, Lütfi, "Anayasa Mahkemelerine Bir Öğretim Üyesi", **Mali Hukuk**, Mart-Nisan 1993, sayı:44, s.4.

Cumhurbaşkanının (tek başına), (resen) veya (doğrudan doğruya) yaptığı işlemler olarak nitelermeye hukuken olanak bulunmadığı açıktır" demektir<sup>521</sup>.

#### **d) Cumhurbaşkanının Tek Başına Yaptığı İşlemlerin Yargısal Denetimi**

Anayasamızın 125 nci maddesine göre Cumhurbaşkanının tek başına tesis ettiği idari işlemler yargı denetimi dışıdır (Bkz.Any. m.104 ve 105, II).

Davacının... Üniversitesi Kurucu Rektörlüğü görevinden alınmasına ilişkin, Cumhurbaşkanlığı kararının iptali ve bu işlem nedeniyle yoksun kaldığı parasal haklarının ödenmesi istemiyle açılan davada Danıştay'a göre<sup>522</sup>;

"2709 Sayılı T.C, Anayasasının 105. maddesinde, Cumhurbaşkanının, Anayasa ve diğer yasalarda, Başbakan ve ilgili bakanın imzalarına gerek olmaksızın tek başına yapabileceği belirtilen işlemleri dışındaki tüm kararlarının, Başbakan ve ilgili bakanlarca imzalanacağı, bu kararlardan Başbakan ve ilgili bakanın sorumlu olduğu, Cumhurbaşkanının doğrudan imzaladığı kararlar ve emirler aleyhine Anayasa Mahkemesi dâhil, yargı yerlerine başvurulamayacağı, 125. maddesinin ikinci fıkrasında da, Cumhurbaşkanının tek başına yapacağı işlemlerin yargı denetimi dışında olduğu kurallarına yer verilmiştir.

2577 sayılı idari Yargılama Usulü Yasasının 2. maddesinin (3) numaralı fıkrasında da aynı yönde bir kurala yer verilerek, Cumhurbaşkanının doğrudan doğruya yaptığı işlemlerin idari yargı denetimi dışında olduğu belirtilmiştir.

Buna göre, Cumhurbaşkanının, tüm işlemleri değil, yalnızca tek başına (doğrudan doğruya) yaptığı işlemler yargı denetimi dışında tutulmuştur. Cumhurbaşkanının, başka organ ya da kurumların katkıları sonucu oluşturduğu, dolayısıyla yukarıda belirtilen nitelikleri taşımayan işlemlerinin yargı denetimine tabi olacağı açıktır.

2547 Sayılı Yükseköğretim Yasasının 13. maddesinin (a) fıkrasının 1. bendini değiştiren 3826 sayılı Yasanın Geçici 1. maddesinin ikinci fıkrası uyarınca, yeni kurulan Devlet Üniversiteleri kurucu rektörlerinin atanması, Milli Eğitim Bakanı ve Başbakanın önereceği 3 isim arasından Cumhurbaşkanınca yapılmakta, aynı Yasaya 2653 sayılı Yasa ile eklenen Ek: 1 maddeye göre de, kurucu rektörler bu Yasada

<sup>521</sup> Gözübüyük-Tan (2003):s.42; Danıştay, 5.D; 16,9.1993, E.992/3747-K.993/3178.

<sup>522</sup> Danıştay, 8.D; 31.5.1995, E.994/5965-K.995/1797. Danıştay Dergisi, sayı: 91, s. 857.

belirtilen süreler dolmadan tayinlerindeki usule uygun olarak Cumhurbaşkanınca görevden alınabilmektedirler.

Bu işlemlerin, Cumhurbaşkanının tek başına veya doğrudan doğruya yaptığı işlemler olarak nitelendirilmelerine olanak bulunmadığından, dava konusu yapılabileceklerinin kabulü gerekmektedir.

2547 sayılı Yasanın yukarıda yer alan kuralları uyarınca, kurucu rektörlerin atanmalarındaki usule uygun olarak görevden alınmaları konusunda idarenin takdir yetkisi bulunduğu, ancak bu yetkinin mutlak olmayıp, kamu yararı ve hizmet gerekleri ile sınırlı bulunduğu ve bu açıdan yargı denetiminin kapsamı içinde yer aldığı kuşkusuzdur.

10.11.1992 günlü Cumhurbaşkanlığı kararıyla... Üniversitesi Kurucu Rektörlüğüne atanan, iki yıllık görev süresi dolmadan, 14.10.1993 gün ve 93/33 sayılı Cumhurbaşkanlığı karar ile görevinden alınan davacının, davalı idarelerin savunmalarında, görev süresi içinde açılması planlanan fakülte ve yüksekokulların açılıp eğitime geçirilmesinde etkisiz kaldığı, Üniversiteye öğretim üyesi sağlamada yeterli çabayı göstermediği, bir vakfın... Valiliği kanalıyla üniversiteye bağışladığı 5 milyar liranın bir kısmını usulsüz harcayarak görevini kötüye kullandığı, personel alımında ilgili mevzuata uymadığı ve usulsüzlüklere engel olmadığı ileri sürülmektedir.

Davacı hakkında ileri sürülen savlarla ilgili olarak, Yükseköğretim Denetleme Kurulunca yapılan inceleme sonucu düzenlenen 6.12.1993 ve 24.12.1993 günlü raporlarda, davacının rektörlük yaptığı 1 yıldan az sürede, eğitim fakültesi, edebiyat fakültesinde bazı bölümlerin ve Turizm ve Otelcilik Yüksek okulunun açıldığı, yine bu süre içerisinde, üniversiteye 49 öğretim elemanının atandığı, memur alımında davacıyı sorumlu kılacak olumsuz bir davranışının bulunmadığı, üniversiteye bir vakıf tarafından bağışlanan paraların harcanmasında, üniversitenin kuruluş çalışmalarını hızlandırmak amacıyla sorumluluk yüklenilerek, katma bütçe usullerine uyulmamış ise de, bu konuda herhangi bir usulsüzlük, görevi kötüye kullanma ve zimmete para geçirmenin söz konusu olmadığı ve davacı hakkında yapılacak bir işlem bulunmadığı belirtilmiştir.

Bu durumda, davacının, üniversitenin kuruluş çalışmalarını, sağlanan kaynaklar ve personel ile, bu olanakların ve koşulların elverdiği oranda gerçekleştirdiği görülmektedir. Hakkında ileri sürülen zimmet, usulsüzlük ve görevi kötüye kullanma savlarının da, Yükseköğretim Denetleme Kurulunca yapılan inceleme sonucu, gerçek olmadığı anlaşıldığından, iki yıllık görev süresi

bitmeden kurucu rektörlük görevinden alınmasında hukuka, hakkaniyete, kamu yaran ve hizmet gereklerine uyarlık görülmemiştir.

Öte yandan, davacının süresini tamamlamadan görevden alınması nedeniyle yoksun kaldığı parasal haklarının da kendisine ödenmesi gerekmektedir.”

Sonuç olarak, dava konusu işlemin iptaline, görevden ayrı kaldığı süreler için yoksun kaldığı parasal haklarının, davanın açıldığı günden başlayarak yürütülecek yasal faizi ile birlikte davacıya ödenmesine karar verilmiştir.

Askeri Yüksek İdare Mahkemesine göre<sup>523</sup>; Askeri Yargıtay Genel Kurulunun bir boş üyelik için üç misli aday belirlemesinden sonra, Cumhurbaşkanının bu isimler arasından seçim yapması, Cumhurbaşkanının tek başına yaptığı işlemlerdendir.

Cumhurbaşkanının tek başına yaptığı işlemler ibaresine verilecek anlam konusunda açıklamalarda bulunan Özbudun, bu işlemlerin hangi işlemler olduğunun saptanması için önce Anayasanın ilgili hükmüne bakılmasına, burada bir açıklık yoksa yetkinin niteliğine bakılmasını önermekte, yetkinin kullanılabilmesi için başka makam veya kurulların katılımına gerek olup olmamasının, işlemin Cumhurbaşkanının tek başına yaptığı işlemler olup olmadığı konusunda ölçüt olacağını belirtmekte, eğer işlemin tesisinde bu tür bir katılım var ise işlemin yargı denetimine tabi tutulmasına taraftar görünmektedir<sup>524</sup>.

Gözübüyük ve Tan'a göre; "Özbudun'un, Cumhurbaşkanının iradesini açıklamasından önce bazı kurul veya makamların o konuda bir ön irade açıklamalarının zorunlu bulunduğu işlemler olarak nitelediği ve yargı denetimine tabi tutulmasına taraftar görüldüğü işlemler, kararımızın baş tarafında belirtilen zincir işlemlerdir. Ancak bu tür işlemlerde, yargı denetimine tabi tutulan işlem cumhurbaşkanının açıkladığı irade değil, ilgili makam veya kurulların açıkladığı iradedir"<sup>525</sup>.

Bu makam veya kurulların kendisine sunacakları bir ön irade açıklaması olmadan Cumhurbaşkanı iradesini açıklayamıyorsa ve ilgili kurul veya makamın Cumhurbaşkanına sunulan bu ön iradesi yargısal denetime tabi olup da, yargı organı denetimi yaparak irade açıklamasını (birinci veya ikinci halkayı oluşturan

---

<sup>523</sup> Askeri Yüksek İdare Mahkemesi Drl. Krl, 10,2.1994, E. 9 94/21-K. 994/4, **Askeri Yüksek İdare Mahkemesi Dergisi**, sayı: 9, s.95.

<sup>524</sup> Özbudun (2005):s.309-318.

<sup>525</sup> Gözübüyük-Tan (2003):s.44.

işlemi) iptal etmiş ise, iptal edilen bu kurul veya makamın iradesi üzerine, onun hukukten geçerli olduğu varsayılarak açıklanmış olan Cumhurbaşkanını iradesi de sakatlanmış ve iptal edilmiş olur.

Ancak ilgili kurul veya makamın Cumhurbaşkanına sunulan irade açıklaması yargısal denetime tabi değilse veya yargısal denetime tabi olmakla beraber yargı organınca hukuka uygun bulunmuşsa, ya da yargı denetimi yoluna başvurulmamışsa, Cumhurbaşkanının, işbu ön irade üzerine açıkladığı iradenin yargısal denetimi bulunmamaktadır. Başka bir anlatımla ön işlemin hukuka uygunluğu tartışma konusu yapılamıyorsa, Cumhurbaşkanının açıkladığı iradenin, sadece bu iradeyi kapsayacak biçimde yargı denetimine tabi tutulması Anayasanın 125/2 nci maddesi karşısında olanaksızdır. Cumhurbaşkanınca açıklanan irade, tarafsız Devlet Başkanı olması nedeniyle Anayasa tarafından tanınan bir yetki olup, usulüne uygun biçimde yetkili makam ve kurullarca açıklanıp önüne getirilen önceki işlemlerden bağımsız varlığı olan bur işlem niteliğindedir ve Anayasa tarafından yargı denetimi dışında bırakılmıştır.

Bu nedenlerle Askeri Yüksek İdare Mahkemesi Daireler Kurulu, davacının, Askeri Yargıtay Genel Kurulunca gösterilen adaylar arasından Cumhurbaşkanınca yapılan seçimin iptaline ilişkin isteminin de incelenme olanağının bulunmadığı sonucuna ulaşmıştır. Askeri Yargıtay Genel Kurulunun aday belirlemesi idari işlem niteliğinde olmadığı için yargısal denetimi yapılamadığına ve bu nedenle geçerli bir irade açıklaması niteliğini taşıdığına göre, zincir işlemlerde benimsenen, önceki halka işlemin iptali halinde sonraki halka işlemlerin de kendiliğinden hukuka aykırı hale geleceği yolundaki kabulün bu olayda uygulama yeri bulunmadığından ve Cumhurbaşkanının kendisine sunulan Askeri Yargıtay Genel Kurulu kararını esas alarak açıkladığı irade yargı denetimi dışı olduğundan, istem incelenmemiştir.

Davacı, Askeri Yargıtay Genel Kurulunun 09.10.1992 günlü aday belirleme işlemi ve bu adaylar arasından Cumhurbaşkanınca yapılan seçim işlemi sonunda Askeri Yargıtay üyeliği statüsüne girme hukuki durumuna gelmiş üç askeri hâkim için 1600 sayılı Askeri Yargıtay Kanununun 13 ve 14 üncü maddelerinde öngörülen son işlem olan üçlü kararnamenin, 94/41274 sayılı atama kararnamesinin de iptalini istemiştir.

İlk iki halkayı oluşturan işlemler yargı denetimi dışı olduğundan, İdare tarafından bu iki işleme dayanarak hazırlanan atama kararnamesi de yargı denetimi dışıdır. Zira daha önce açıklandığı gibi zincir işlemlerde dava ister sadece sonuç işleme, ister zinciri oluşturan tüm halka işlemlere karşı ayrı ayrı açılmış

olsun, yargı organı denetimini ilk halka işlemde başlayarak yapacak, eğer halkalardan biri sakat ise onu izleyen halka işlemlerin de sakatlandığını belirleyecektir. İncelenmekte olan bu davada, ilk iki işlem yargı denetimine tabi olmadığından ve bu nedenle, sonuç işlem olan atama kararnamesinin hukuka uygunluğunu irdelene olanağı bulunmadığından, bu işlemin de yargı denetimi dışı kaldığı kendiliğinden ortaya çıkmaktadır.

“Açıklanan nedenlerle, davacının yargı denetimi dışı olan işlemlere yönelik iptal istemlerinin incelenmesi olanağının bulunmadığına ve bu nedenle, her bir işleme yönelik istemin ayrı ayrı reddine” karar verilmiştir.

Sonuç olarak doktrinde Cumhurbaşkanının tek başına yaptığı işlemlerin yargı denetimi dışında bırakılmasının Hukuk devleti ilkesiyle bağdaşmadığını vurgulamıştır<sup>526</sup>. Buna göre doktrinde ki diğer bir grup yazarın da belirttiği gibi Cumhurbaşkanıyla ilgili bu hükümler yargısal denetime açılması yerine, bir Anayasa değişikliği ile Cumhurbaşkanı'nın icrai işlem yapma yetkisinin kaldırılması, parlamenter sistemin mantığına daha uygun hale getirilebilir, ya da bu maddeler tamamen kaldırılarak Cumhurbaşkanının tek başına yaptığı işlemler yargı denetimine tabi tutulabilir<sup>527</sup>. Bu konunun doktrindeki yazarlar tarafından tekrar ele alınması ve Hukuk Devleti ilkesi ışığında en iyi kararın bildirilmesi uygun olacaktır. Böylelikle kamuoyundaki tartışmalara da bir son verilecektir.

## **2.Yüksek Askeri Şura Kararları**

### **a) Yüksek Askeri Şuranın Kuruluşu ve Görevleri**

Yüksek Askeri Şuranın aldığı kararların yargı denetimi dışında olması konusunu incelemeye önce Yüksek Askeri Şuranın kimlerden oluştuğunu ve görevlerini bilmemiz yerinde olacaktır.

1612 sayılı Yüksek Askeri Şuranın Kuruluş Ve Görevleri Hakkında Kanununun 1 nci maddesine göre yalnız barış zamanında görev yapmak üzere başkentte Yüksek Askeri Şura kurulmuştur.

2 nci maddeye göre, Yüksek Askeri Şuranın üyeleri; Başbakan, Genelkurmay Başkanı, Milli Savunma Bakanı, Kuvvet Komutanları, Ordu

<sup>526</sup> Özbudun (2005): s. 314-315; Gözler (2007): s. 391.

<sup>527</sup> Özbudun (2005): s. 314-315; Gözler (2007): s. 391.

Komutanları, Jandarma Genel Komutanı, Donanma Komutanı ile Silahlı Kuvvetler kadrolarında bulunan orgeneral ve oramirallerdir.

Yüksek Askeri Şûranın Başkanı Başbakanıdır. Başbakan bulunmadığında Genelkurmay Başkanı Yüksek Askeri Şûraya Başkanlık eder. Yüksek Askeri Şûra üyelerinin terfi işlemleri ile ilgili konulardaki oy hakkı ve değerlendirme notu eş değerdedir.

Anılan kanunun 3 ncü maddesine göre Yüksek Askeri Şûranın görevleri şunlardır: Genelkurmay Başkanlığınca hazırlanan askeri stratejik ana fikrin (Konseptin) tespiti ve gerektiğinde yeniden gözden geçirilmesi hususlarında görüş bildirmek; Silahlı Kuvvetlerin ana program ve hedefleri ile ilgili konularda görüş bildirmek; Silahlı Kuvvetlerle ilgili olup önemli görülen kanun, tüzük ve yönetmelik taslaklarını inceleyip görüş bildirmek; Başbakan, Genelkurmay Başkanı veya Milli Savunma Bakanının lüzum gördükleri hallerde Silahlı Kuvvetlerle ilgili diğer konular hakkında görüş bildirmek; Diğer kanunlarla verilen görevleri yapmaktır.

#### **b) Yüksek Askeri Şûra Kararlarının Denetimi**

1612 sayılı "Yüksek Askeri Şûranın Kuruluş ve Görevleri Hakkında Kanun"da, Yüksek Askeri Şûra kararlarının Yargı denetimi dışında kaldığına ilişkin bir hüküm bulunmamaktadır. Ancak, 1982 Anayasasının 125/2'nci maddesinde ve 1602 sayılı "Askeri Yüksek İdare Mahkemesi Kanunu"nun 21'inci maddesinde, Yüksek Askeri Şûra kararlarının, sıkıyönetim komutanlarının Sıkıyönetim Kanununda yazılı İşlem ve eylemleri ile disiplin suç ve tecavüzlerinden ötürü disiplin üstlerince verilen cezaların Yargı denetimi dışında olduğu yazılıdır<sup>528</sup>.

1982 Anayasasının 9.maddesi, "Yargı yetkisi Türk Milleti adına bağımsız mahkemelerce kullanılır" hükmünü amirdir. Yine 36, 37, 38.maddelerde "herkesin yargı mercileri önünde hak arama, iddia ve savunma, tabi olduğu mahkemeden başka bir merci önüne çıkarılmama, suçluluğu hükmen sabit oluncaya kadar suçlu sayılmama, ceza sorumluluğunun şahsiliği, Silahlı Kuvvetlerin iç tüzükleri hariç olmak üzere idare tarafından hürriyetinden kısıtlanamama, bu hak ve hürriyetlerinin ihlalinden dolayı yetkili makamlara başvurmanın önlenememesi gibi haklara sahip olduğu" teminat altına alınmıştır.

---

<sup>528</sup> Gözübüyük-Tan (2003):s.46; Giritli-Bilgen-Akgüner (2006): s. 124.

Ancak bu hükümler anayasanın birçok maddesinde, sınırlanmıştır. Burada en önemli hak ihlali olarak görülen Yüksek Askeri Şura kararlarından olan 'Re'sen Ayırma' üzerinde durulabilir.

Re'sen ayırma kararı, memuriyetten tard ve ihraç cezası ile aynı mahiyet ve neticeleri içermektedir. Niteliği ve ağırlığı bakımından da 'cezaî'dir. Kararların gerekçesi 'disiplinsizlik' olarak açıklandığına göre disiplin cezalarına bakmakla görevli Disiplin Mahkemelerinin görevine girebileceği düşünülse bile bu yetki Disiplin Mahkemelerine verilmemiştir. Tard ve ihraç yetkisi 1632 sayılı Askeri Ceza Kanununun 29.maddesine göre Askeri Mahkemelere verilmiştir. Yani Anayasanın 9.madde hükmü gereğince Türk Milleti adına yargı yetkisini kullanacak olan bağımsız bir mahkemeye verilmiştir.

Askeri Ceza Kanununun 29.maddesi, tard ve ihraç cezalarının, bir başka suçun fer'i cezası olarak Askeri Mahkemelerce verilebileceğini amirdir. Tard ve ihraç cezalarının asli ceza mahiyetinde olduğu istisnai haller de vardır. Bu halleri Askeri Ceza Yasası tadat etmiş ve düzenlemiştir. Askeri Ceza Kanuna 'Re'sen ayırma' cezası 20.7.1983 tarih ve 2870 sayılı yasa ve 29.7.1983 tarih ve 2870 sayılı yasa ile 926 sayılı T.S.K. Personel Kanununun 50/son ve 94/son maddeleri olarak eklenmiştir. Yani 1980 ihtilalinden önce re'sen ayırma cezası yoktu. Tard ve ihraç cezaları yürürlükte idi ve bu cezalar da Askeri Mahkemeler tarafından verilebilmekteydi.

Yapılan bu değişiklik ile, bazı hallerde asli ceza hüviyetinde olan tard ve ihraç cezaları gibi 'Re'sen ayırma' cezası adı altında yeni bir ceza türü ihdas edilmiş ve asli bir ceza olarak uygulanmaya başlamıştır.

Y.A.Ş, re'sen ayırma kararlarına genellikle 'Disiplinsizlik' suçunu gerekçe göstermektedir. Veya gizli olan bu kararlar Kamuoyuna bu şekilde yansıtılmaktadır. Bu haliyle değerlendirildiğinde verilen re'sen ayırma kararları, disiplinsizlik suçunun gerektirdiği asli bir cezaya bağlı fer'i bir ceza olmaktadır. O halde bu fer'i cezanın bağlı bulunduğu asli cezanın ve daha öncesinde de bu asli cezanın öngördüğü disiplinsizlik suçunun ne olduğu ifade edilmeli veya bu konuda verilmiş bir karar olmalıdır.

Bilindiği kadarı ile ve re'sen ayırma işlemine tabi tutulanların beyanlarından anlaşıldığı üzere, re'sen ayırma işlemine tabi tutulanlara suçunun nelerden ibaret

olduğu tebligatı yapılmadığı gibi, işlenen suç ile ilgili iddiaya karşılık savunmalarının da alınmadığı görölmektedir.

Hiç bir yargılama söz konusu olmaksızın doğrudan doğruya asli ceza uygulaması yapılmaktadır. Bu uygulamada da savunma hakkı tanınmamıştır. Bu durum yukarıda anayasanın muhtelif maddelerinden alıntıladığımız tüm hükümlere aykırıdır. Bu nedenle hukuki olmadığı gibi, kanuniliği de tartışmalıdır.

Şöyle ki; Hakkında re'sen ayırma kararı verilen ilgilinin bağımsız mahkemece yargılanması yapılmamış, yargı mercileri önünde hak arama ve savunma yapma hakkı tanınmamıştır.

Tüm bunlar, küçük bir kanun değişikliği ile düzeltilebilecek durumda olmasına karşılık, Anayasanın 125. maddesi ile geçici 15.maddesi ortadaki hukuka aykırı durumu daha da ağırlaştırmıştır. 1980 ihtilal anayasasının 125.maddesinde ilk önce İdarenin her türlü eylem ve işlemlerine karşı yargı yolunun açık olduğu belirtildikten sonra, aynı anayasanın birçok maddesinde, bilhassa temel hak ve hürriyetler ile ilgili bölümlerinde olduğu gibi sınırlama ile istisna getirilmiş ve Cumhurbaşkanının tek başına yapacağı işlemler ile Yüksek Askeri Şura'nın kararları yargı denetimi dışında tutulmuştur.

#### **aa) Yüksek Askeri Şura Kararlarına Karşı Açılan Davalar ve Yargı Organlarının Yorumu**

1982 Anayasasının 125/2'nci maddesinde ve 1602 sayılı "Askeri Yüksek İdare Mahkemesi Kanunu"nun 21'inci maddesinde, Yüksek Askeri Sûra kararlarının, sıkıyönetim komutanlarının Sıkıyönetim Kanununda yazılı işlem ve eylemleri ile disiplin suç ve tecavüzlerinden ötürü disiplin üstlerince verilen cezaların Yargı denetimi dışında olduğu yazılıdır. Yüksek Askeri Şura (YAŞ) kararlarına getirilen yargısal bağışıklığın, bu kararların dayanağını oluşturan ve başka organ ve makamlarca yapılan işlemleri de kapsayıp kapsamadığı, üzerinde durulması gereken bir konudur.

Nitekim Askeri Yüksek İdare Mahkemesi'ne (AYİM) göre, YAŞ'ın resen emekliye sevk işlemlerinde "bu işlemin ayrılmaz bîr rüknü durumunda olan, onu tamamlayan "silahlı kuvvetlerde kalması uygun değildir" kanaatini içeren olumsuz sicilini ayrı ayrı ya da birlikte yargı denetimine tabi tutulmalarını ve iptal edilmelerini istemek, istemi uygun bulup iptallerine karar vermek, Anayasa'nın 125. ve

1602.sayılı Yasa'nın 21. maddelerinin "mahkemeleri bağlayıcı nitelikli amir hükümleri karşısında hukuken mümkün değildir"<sup>529</sup>

"Dava konusu olayda olumsuz sicil Kuvvet inceleme ve Değerlendirme Komisyonu'nca verilmiş ve bu karar Kuvvet Komutanı'nca onaylanmış ve emekliye sevk kuvvet Komutanı'nca uygun görülüp, Kuvvet Komutanı ve Genelkurmay Başkanı'nca "silahlı kuvvetlerde kalması uygun değildir" kanaatiyle YAŞ'a sevk edilmiş, bunun üzerine ilgilinin Silahlı Kuvvetlerden ayrılmasına, 5434 sayılı Yasa'nın (md.39/e) uygulanmasına karar verilmiştir."<sup>530</sup>

Aynı şekilde kadrosuzluk nedeniyle emekliye sevk işlemlerinde de bir dizi işlem söz konusu olduğunu belirten AYİM'e göre, bunlar önce Genelkurmay Başkanlığı'nca 30 Ağustos'tan sonra uygulanacak kadroların ne olacağı konusunda irade açıklaması, sonra bunlar içinde albay sayısı ile "hizmet kadro fazlası olduğu" belirtilen albay sayısına ilişkin YAŞ kararı, YAŞ tarafından açıklanan iradeye göre "hizmet kadrosu fazlası olduğu" saplanan albayların emekli statüsüne geçirilmelerini sağlayan 5434 sayılı Yasa'nın (md.26) gösterdiği makamlarca yapılan işlemdir. Dolayısıyla, AYİM kadrosuzluktan emekliye ayırma işlemlerinde YAŞ kararının ikinci halkayı oluşturduğunu ve Anayasa (md. 125) hükmü gereği yargı denetimi dışında olduğunu kabul etmektedir<sup>531</sup>.

Bu kararlarla Danıştay'ın Cumhurbaşkanının rektör atama işlemi konusundaki kararı arasında bir farklılık göze çarpmaktadır. Danıştay, Cumhurbaşkanının yargı denetimi dışında kalan işlemlerini dar yorumlayıp atama evresinden önceki işlemlerin tek başına veya son işlemle birlikte dava konusu yapılmalarına engel görmemektedir. Anayasa (md. 125) Cumhurbaşkanının "tek başına yaptığı işlemler" diyerek bu ayırma elverişli düzenleme içermekle beraber, Anayasa Koyucu'nun amacının bu ayırımı haklı kıldığı tartışılabilir<sup>532</sup>.

Askeri Yüksek İdare Mahkemesi Yüksek Askeri Şuranın olumsuz sicil nedeniyle ayırma işlemine tabii tutulan subay ile ilgili bir kararında<sup>533</sup>;

---

<sup>529</sup> Askeri Yüksek İdare Mahkemesi 1.D; 3.1.1989, E. 988/218-K.989/9 **Askeri Yüksek idare Mahkemesi Dergisi**; sayı: 7, Kitap: 2, 1993, s. 113 vd.

<sup>530</sup> Gözübüyük-Tan (2003):s.46; dipnot 99

<sup>531</sup> Gözübüyük-Tan (2003):s.46; Askeri Yüksek idare Mahkemesi, Drl, Krl, 26.5.1994, E.993/10-K.994/175. **Askeri Yüksek idare Mahkemesi Dergisi**, sayı: 9, s. 741 vd.

<sup>532</sup> Gözübüyük-Tan (2003):s.47.

<sup>533</sup> Askeri Yüksek İdare Mahkemesi, AYİM Drl.Krl., 24.12.1987, 87/1633 EK., **Askeri Yüksek idare Mahkemesi Dergisi**, Dergi No:7. Erişim tarihi: 27.08.2007; [http://www.msb.gov.tr/ayim/Ayim\\_karar\\_detay.asp?IDNO=2676&ctg=000002000031000002](http://www.msb.gov.tr/ayim/Ayim_karar_detay.asp?IDNO=2676&ctg=000002000031000002).

“1602 Sayılı Kanununun 21 nci maddesi son fıkrasında yer alan, Yüksek Askeri Şûranın Tasarruflarının yargı denetimi dışında tutulduğuna dair hüküm, Anayasanın 125 nci maddesinde de aynen mevcuttur. Bu suretle bizzat Anayasada yer alan bir hükmün Anayasanın kendisine aykırılığı söz konusu olamayacaktır. Kaldı ki, 1602 Sayılı Kanununun 21 nci maddesine konulan bir hüküm, 26 Aralık 1981 tarih ve 17556 Sayılı Resmi Gazetede yayınlanan 2568 Sayılı Kanunla getirilmiş olup bu tarihten 10,5 ay sonra 9 Kasım 1982 tarih ve 17863 Mükerrer Sayılı Resmi Gazetede yayınlanan 2709 Sayılı TC Anayasasının Geçici 15 nci maddesi son fıkrası bu tarihten önce çıkarılan kanunların Anayasaya aykırılığının iddia edilemeyeceği hükmünü amir bulunmaktadır.

Yukarıda anılan nedenlerle Yüksek Askeri Şûra kararları yargı denetimi dışında bırakıldığından; Şûra kararı ile ayırma işleminin dayanağını teşkil eden olumsuz sicil de yargı denetiminin yapılması mümkün değildir; bu şekilde ayırma işlemine tâbi tutulan kişi, emekliliğe esas fiili hizmet süresini tamamladığı takdirde TSK. subay emeklisi statüsünü kazanacağından, sağlık fişine de hak kazanmakla beraber; emekli kimlik kartı alamayacağına” hükmetmiştir.

Askeri Yüksek İdare Mahkemesi yine Yüksek Askeri Şûra tarafından sicil nedeniyle ayırma işlemine tabii tutulan personel ile ilgili bir kararında<sup>534</sup>;

Yüksek Askeri Şûra kararları yargı denetimi dışında bırakıldığından; Şûra kararı ile ayırma işleminin dayanağını teşkil eden olumsuz sicil de yargı denetimi yapılamayacağına hükmetmiştir.

Dava konusu olayda “926 Sayılı TSK. Personel Kanununun 94/b maddesinde, disiplinsizlik ve ahlâki durumları sebebiyle Silahlı Kuvvetlerde kalmaları uygun görülmeyen astsubayların hizmet sürelerine bakılmaksızın haklarında TC Emekli Sandığı Kanunu hükümleriyle unsurdan; idari işlemde önce ve işlemin dışında idareyi işleme tesis etmeye sevk eden gerekçe kast olunduğu gibi, emeklilik işleminin sebebi: Davacı hakkında düzenlenen "Silahlı Kuvvetlerde kalması uygun değildir" kanaatine dayalı olumsuz sicildir.

Anayasanın 125 nci maddesinin 1 nci fıkrasında "İdarenin her türlü eylem ve işlemlerine karşı yargı yolu açıktır" genel kuralı öngörülmüştür. Bununla birlikte, aynı hükmün 2 nci fıkrası, Anayasa'nın 105 nci maddesinin 2 nci fıkrası, 129 ncu maddesinin 3 ncü fıkrası ile 1602 Sayılı Kanununun 21 nci maddesinin son fıkrasında

---

<sup>534</sup> Askeri Yüksek İdare Mahkemesi, AYİM.1.D., 03.01.1989, 88/218 E., 89/9 K., **Askeri Yüksek İdare Mahkemesi** Dergisi, Dergi No:7. Erişim tarihi: 27.08.2007; [http://www.msb.gov.tr/ayim/Ayim\\_karar\\_detay.asp?IDNO=2676&ctg=000002000031000002](http://www.msb.gov.tr/ayim/Ayim_karar_detay.asp?IDNO=2676&ctg=000002000031000002).

genel kuralın istisnaları gösterilmiştir. Yüksek Askeri Şûra kararları yargı denetimi dışında tutulan istisnai haller arasındadır. (Anayasa Md.125/2, 1602 Sayılı Kanun Md. 21/son).

Yüksek Askeri Şûra tarafından tesis edilen re'sen emekliye sevk işlemi, bu nihai işlemle sebep netice ilişkisi içinde bütünleşen olumsuz sicil aleyhine yargı yoluna başvurulması Anayasa ve 1602 Sayılı Kanunun ilgili maddeleri karşısında mümkün olmadığından, olumsuz sicil ve buna bağlı emeklilik işleminin iptali istemlerine yönelik inceleme kabiliyeti bulunmayan dava reddedilmiştir.”

Askeri Yüksek İdare Mahkemesi bu konularla Yüksek Askeri Şûra kararları ile ilgili olarak verdiği diğer kararlarda da mükerrer defa Anayasasının 125 nci maddesinde, idarenin her türlü işlem ve eylemlerine karşı yargı yolunun açık olduğu belirtildikten sonra ikinci fıkrada, Cumhurbaşkanının tek başına yapacağı işlemler ile Yüksek Askeri Şûra kararlarının yargı denetimi dışında olduğunu işaret etmiştir. Ayrıca 1602 Sayılı Kanunun 21/son maddeleri gereğince Yüksek Askeri Şûranın tasarrufları yargı denetimi dışında bulunduğunu belirtmiştir<sup>535</sup>.

### 3. Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulu Kararları

Bu kurulun kararlarının yargısal denetimini incelemeyen önce kurul hakkında bilgi sahibi olmamız yerinde olacaktır.

Hâkimlik teminatının gerçekleştirilebilmesi için, hâkimlerin tayin, terfi, nakil, denetim ve disiplin gibi özlük işlerinin yürütme organı dışında kalan bir organ tarafından yürütülmesi zorunludur. Bu nedenle Anayasamız (md.159), hâkimlerin özlük işleri hakkında karar vermek üzere, mahkemelerin bağımsızlığı ve hâkimlik teminatı esaslarına göre kurulup görev yapacak olan Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulu oluşturulmasını ön-görmüştür.

<sup>535</sup> Askeri Yüksek İdare Mahkemesi, AYİM.1.D., 03.01.1989, 88/218 E., 89/9 K., **Askeri Yüksek idare Mahkemesi Dergisi, Dergi No:7**; Askeri Yüksek İdare Mahkemesi, AYİM.1.D., 07.03.1995, E.1995/308, K.1995/233; Askeri Yüksek İdare Mahkemesi, AYİM.1.D., 23.01.1996, E.1996/21, K. 1996/119, **Askeri Yüksek idare Mahkemesi Dergisi, Dergi No:10**.; Askeri Yüksek İdare Mahkemesi, AYİM.1.D., 15.12.1998, E.1998/1041, K. 1998/1059.; Askeri Yüksek İdare Mahkemesi, AYİM.1.D., 08.12.1998, E.1998/240, K.1998/1028, **Askeri Yüksek idare Mahkemesi Dergisi, Dergi No:13**.; Askeri Yüksek İdare Mahkemesi, AYİM.1.D., 25.03.1999, E.1999/43, K.1999/25, **AYİM Dergisi, Dergi No:14**.; Askeri Yüksek İdare Mahkemesi, AYİM.1.D., 18.01.2000, E.1999/1282, K.2000/41, **AYİM Dergisi, Dergi No:15**.; Askeri Yüksek İdare Mahkemesi, AYİM.1.D., 20.03.2001, E.2001/343, K.2001/401, **AYİM Dergisi, Dergi No:16**.; Askeri Yüksek İdare Mahkemesi, AYİM.2.D., 05.04.2002, E.2001/754, K.2002/463.; Askeri Yüksek İdare Mahkemesi, AYİM.1.D., 05.11.2002, E.2002/1643, K.2002/1506, **Askeri Yüksek idare Mahkemesi Dergisi, Dergi No:17**.; Erişim tarihi: 27.08.2007, [http://www.msb.gov.tr/ayim/Ayim\\_karar\\_detay.asp?IDNO=3470&ctg=000002000031000002](http://www.msb.gov.tr/ayim/Ayim_karar_detay.asp?IDNO=3470&ctg=000002000031000002).

## a) Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulunun Görevleri

Anayasaya göre Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulunun görevleri şunlardır (md.159/3):

(1) Adlî ve idari yargı hâkim ve savcılarını mesleğe kabul etme, atama ve nakletme, geçici yetki verme, yükselme ve birinci sınıfa ayırma, kadro dağıtma, meslekte kalmaları uygun görülmeyenler hakkında karar verme, disiplin cezası verme, görevden uzaklaştırma işlemlerini yapmak.

(2) Adalet Bakanlığının, bir mahkemenin veya bir hâkimin veya savcının kadrosunun kaldırılması veya bir mahkemenin yargı çevresinin değiştirilmesi konusundaki tekliflerini karara bağlamak.

(3) Anayasa ve kanunlarla verilen diğer görevleri yerine getirmek.

Anayasa (md.159/7), Adalet Bakanına ise, gecikmesinde sakınca bulunan hallerde hizmetin aksamaması için, Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulunun ilk toplantısında onaya sunulmak üzere hâkim ve savcılar geçici yetki ile görevlendirme yetkisi vermiştir.

## b) Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulunun Oluşumu

Anayasaya göre Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulunun oluşumu şu şekildedir (md. 159/2):

Kurulun Başkanı, Adalet Bakanıdır. Adalet Bakanlığı Müsteşarı Kurulun tabîi üyesidir. Kurulun üç asil ve üç yedek üyesi Yargıtay Genel Kurulunun, iki asil ve iki yedek üyesi Danıştay Genel Kurulunun kendi üyeleri arasından, her üyelik için gösterecekleri üçer aday içinden Cumhurbaşkanınca, dört yıl için seçilir. Süresi biten üyeler yeniden seçilebilirler. Kurul, seçimle gelen asil üyeleri arasından bir başkanvekili seçer.

Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulu üyelerinin kimlerden oluşacağı ve nasıl seçileceği hakkında ciddi tartışmalar bulunmaktadır. Bazı yazarlar<sup>536</sup>, yürütme organının bir unsuru olan ve siyasi tercihlere sahip Adalet Bakanı ile Adalet Bakanlığı müsteşarının bu Kurulun üyesi olmasının

<sup>536</sup> Tanör (1986): s.117; Bu görüşü savunan diğer yazarlar için bkz. Ünal (1994): s.85–86.

yargı bağımsızlığını zedeleyeceğini ileri sürerken, diğer bazı yazarlar<sup>537</sup> Kurulda hâkim üyelerin çoğunlukta olması nedeniyle, mevcut sistemi sakıncalı olmadığını savunmaktadırlar, ikinci görüşü savunanların dayandıkları gerekçeler şunlardır: Hâkimlerin hâkimler tarafından seçilmesi ve bütün özlük işlerinin hâkimler tarafından yürütülmesi anlamına gele "kooptasyon" sistemi, bir çeşit kast zihniyetine sahip bir "yargı teknokrasisi"nin oluşmasına ve yargı organının toplumdaki değişimlere duyarsız kalmasına yol açabileceği gibi, millî iradeye dayanmadığı için de demokrasiye uygun düşmeyebilir<sup>538</sup>. Ayrıca, Adalet Bakanı ülkenin adalet politikasının genel gidişinden sorumludur. Hizmetlerdeki aksaklığın hesabını ise, bağımsız hâkimler değil, Adalet Bakanı verecektir<sup>539</sup>.

Anayasa, hâkim ve savcılarının denetlenmesiyle ilgili olarak şu düzenlemeyi yapmıştır: Hâkim ve savcılarının görevlerini; kanun, tüzük, yönetmeliklere ve genelgelere, (hâkimler için idarî nitelikteki genelgeleri uygun olarak yapıp yapmadıklarını denetleme) görevlerinden dolayı veya görevleri sırasında suç işleyip işlemediklerini, hal ve eylemlerinin sıfat ve görevleri icaplarına uyup uymadığını araştırma ve gerektiğinde haklarında inceleme ve soruşturma, Adalet Bakanlığının izni ile adalet müfettişleri tarafından yapılır. Adalet Bakanı soruşturma ve inceleme işlemlerini, hakkında soruşturma ve inceleme yapılacak olandan daha kıdemli hâkim veya savcı eliyle de yaptırabilir (md.144). Ancak bu soruşturmalar sonucunda disiplin cezası verilmesi Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulu kararıyla olmaktadır (md.159/3).

Bununla birlikte Atar'a göre, hâkim ve savcılarla ilgili denetim ve soruşturmanın, Adalet Bakanı yerine, Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulunca görevlendirilen müfettişler tarafından yapılması mahkemelerin bağımsızlığı ve hâkimlik teminatı ilkelerine daha uygun olurdu<sup>540</sup>.

<sup>537</sup> Bkz. Özbudun (2005): s.360–361; Gözler (2000a): s.445–447.

<sup>538</sup> Özbudun (2005): s.360.

<sup>539</sup> Gözler (2000a): s.446; Ünal (1994): s.93.

<sup>540</sup> Atar (2005): s. 286; Aynı görüş için bkz. Özbudun (2005): s.362; Kuzu (1990): s.155.

### c) Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulu Kararlarının Denetimi ve Konu İle İlgili Yargı Kararlarından Örnek Değerlendirmeler

Anayasaya göre, Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulu kararlarına karşı yargı mercilerine başvurulamaz (md. 159/4). Ancak, Hâkimler ve Savcılar Kurulu üyelerinin çoğunluğu hâkim olmakla birlikte, bu Kurul idari bir organdır ve aldığı kararlar da yargı kararı değil idarî işlem niteliğindedir<sup>541</sup>. Dolayısıyla, Anayasanın "İdarenin her türlü eylem ve işlemlerine karşı yargı yolu açıktır" (md.125/1) hükmü gereğince, Kurul kararlarının da yargı denetimine tâbi olması gerekirdi. 1961 Anayasası döneminde başlangıçta bu kararlara karşı yargı yoluna gidilebiliyordu. 1971 yılında Anayasa'da (md.144) yapılan değişiklikle Yüksek Hâkimler Kurulu'nun adliye mahkemeleri yargıçlarının özlük işleri hakkında "kesin karar" vereceği ve bu kararlara karşı "başka mercilere" başvurulamayacağı hükmü getirilmiştir. Ancak, bu değişikliğe karşı Anayasa Mahkemesi'ne gidilmiş ve Yüksek Mahkeme bu hükmün, Cumhuriyet'in hukuk devleti niteliğine ters düştüğü ve dolayısıyla Anayasa'nın "Devlet şeklinin Cumhuriyet olduğu hakkındaki Anayasa hükmü değiştirilemez ve değiştirilmesi teklif edilemez" hükmüne aykırı olduğu gerekçesiyle iptal etmiştir<sup>542</sup>. Bu karar doktrinde eleştirilere yol açmıştır<sup>543</sup>. İptal kararından sonra Danıştay, Yüksek Hâkimler Kurulu kararlarına karşı açılan davalara bakmaya başlamıştır<sup>544</sup>.

1981 yılında çıkarılan 2461 sayılı Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulu Kanunu ile, bu kurulun kararlarına karşı yargı yolu yeniden kapatılmıştır. Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulu'nun kararlarına karşı kendi içinde oluşturulan İtirazları İnceleme Kurulu'na başvurma yolu getirilmiştir (md.12). Bu yol, 1982 Anayasası'nca da benimsenmiştir (md. 159). Yapısı ve görevleri gereği idari bir kuruluş olan Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulu kararlarına karşı yargı görevleri gereği İdari bir kuruluş olan Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulu kararlarına karşı yargı yolunu kapamak, hukuk devleti anlayışı ile bağdaşmaz, idari bir kuruluşun, yüksek yargıçlardan oluşması, aldığı idari kararların yargı denetimi dışında kalması için yeterli bir neden değildir<sup>545</sup>.

<sup>541</sup> Özbudun (2005): s.362; Gözübüyük (1993): s.239–240; Kuzu (1990): s. 154–155.

<sup>542</sup> Gözübüyük-Tan (2003):s.47; Anayasa Mahkemesi; 27.1.1977, E.976/43-K.977/4, **Anayasa Mahkemesi Kararlar Dergisi**, sayı: 15, s.106.

<sup>543</sup> Gözübüyük-Tan (2003):s.47; Gözübüyük (1996): s.26.

<sup>544</sup> Gözübüyük-Tan (2003):s.47.

<sup>545</sup> Gözübüyük-Tan (2003):s.47.

Bununla beraber, Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulunca verilen disiplin cezası nedeniyle açılan tazminat davasına idari yargıda bakılmış ve tazminata hükmedilmiştir. Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulu tarafından hakkında verilen kınama cezası ile "şahsi haklarının ihlal edildiği " gerekçesiyle bir Cumhuriyet savcısı tarafından açılan tazminat davası, idare mahkemesi hâkimince reddedilmiş; Ankara Bölge İdare Mahkemesi, yapılan itiraz üzerine davaya bakarak, dava konusu verilen cezanın hukuka uygunluğunu denetlemek suretiyle iptalinin istenmediğini, "idari bir merci olan Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulu'nun idari nitelikteki kararı nedeniyle davacının uğramış olduğu manevi zararın tazmininden" kaçınmanın "Anayasal hukuk devletinde hukuki bir yol" olmadığını belirttikten sonra, "Aksi yöndeki kabul ve uygulamanın kuvvetler ayırımının kabul edildiği ülkemizde Anayasa'daki üstünlüğün idareye tercihi ve yüksek mahkeme kararının idari merci kararına tercihi olacaktır ki, bunun çağdaş, demokratik hukuk devleti uygulamasıyla bağdaşmayacağı açıktır" diyerek idare mahkemesi kararını bozup tazminata hükmetmiştir<sup>546</sup>.

Danıştay bir kararında<sup>547</sup>; Eski Yüksek Hâkimler kurulunca verilmekle birlikte, 2461 sayılı yasa ile oluşturulan ve kararlarına karşı yargı yolu kapalı olan Hâkimler Ve Savcılar Yüksek kurulunca, ilgilinin itirazı reddedilmek suretiyle kesinleştirilen yer değiştirme cezasının dava konusu edilemeyeceğine hükmetmiştir.

Karara göre; "14.5.1981 tarihinde yürürlüğe giren 2461 sayılı Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulu Kanununun 12.maddesinde, kurulca verilecek kararlara karşı tebliğinden itibaren 10 gün içinde itirazları inceleme kuruluna itiraz edilebileceği ve itirazlar üzerinde verilecek kararların kesin olduğu bu kararlara karşı idari ve kazai mercie başvurulamayacağı hükmü yer almıştır.

Aynı yasanın Geçici 7.maddesi 2.bendi "Birinci fıkra hükümlerine göre Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kuruluna intikal eden işlerden daha önce yetkili kurullarca karara bağlanmış olup da bu kanunun yürürlüğe girdiği tarihte itiraz süresi dolmamış olanlar hakkında ilgililerin Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulunun göreve başladığı tarihten itibaren 10 gün içinde itiraz hakları ve kanuni şekil ve süresi içinde aşağıdaki üçüncü fıkra esaslarına göre dava açma hakları saklıdır." hükmü taşımaktadır. Bu durumda, Eski Yüksek Hâkimler Kurulunca 13.5.1981

<sup>546</sup> Gözübüyük-Tan (2003):s.47; Ankara Bölge İdare Mahkemesi; 14.3.1995, E.995/747-K.995/1242.

<sup>547</sup> Danıştay, 10.D; 06.02.1985, E. 984/1750-K.985/166., Erişim tarihi: 27.08.2007 <http://www.danistay.gov.tr/kerisim/container.jsp>.

tarihinde verilen ve davacıya 20.7.1981 tarihinde tebliğ edilen karara karşı 14.5.1981 tarihinde kurulan Hâkimler ve Savcılar Kuruluna yapılan itiraz üzerine itirazın reddi yolundaki karar kesinleştiğinden, dava yolu bulunmamaktadır.” Açıklanan nedenlerle, inceleme olanağı bulunmayan davanın reddine karar verilmiştir.

Daha önceden de belirttiğimiz gibi Anayasaya göre, Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulu kararlarına karşı yargı mercilerine başvurulamaz (md. 159/4). Ancak, Hâkimler ve Savcılar Kurulu üyelerinin çoğunluğu hâkim olmakla birlikte, bu Kurul idari bir organdır ve aldığı kararlar da yargı kararı değil idarî işlem niteliğindedir<sup>548</sup>. Burada yargı kararlarıyla verdiğimiz örneklerden de anlaşılacağı üzere Danıştay da Anayasanın ilgili maddesi (159/4) doğrultusunda içtihat oluşturmuştur. Ancak her idari yargı denetimi dışında bırakılan idari eylemler de olduğu gibi, Anayasanın "İdarenin her türlü eylem ve işlemlerine karşı yargı yolu açıktır" (md.125/1) hükmü gereğince, Kurul kararlarının da yargı denetimine tâbi olması gerekirdi. Bu durum yine Anayasanın 2 nci maddesinde geçen Hukuk Devleti ilkesi ve 125 nci maddesinde geçen "İdarenin her türlü eylem ve işlemlerine karşı yargı yolu açıktır" hükmü ile bağdaşmamaktadır.

#### **4. Memurlar ve Diğer Kamu Görevlilerine Verilen Uyarma, Kınama Cezaları İle İlgili Disiplin Kararları**

Disiplin suçları, kamu hizmetinin, hizmetten yararlananlara düzenli ve verimli bir şekilde sunulması için, kurum içi düzeni, disiplini ve hizmeti sunanların statüsünü düzenleyen normlara aykırı hal ve davranışları ifade eder.

1982 Anayasası, kamu personeli disiplin hukuku bakımından üç temel ilke öngörmektedir: Kanunilik ilkesi, savunma hakkı ve yargı yolu güvencesi.

Disiplin mevzuatında idareye geniş ölçüde takdir yetkisi tanıyan, belki pek çoğu hukuk devleti ilkesi ile bağdaşmayan disiplin suçu kategorisi bulunmaktadır. Disiplin hukukunda kıyas ilkesini getiren torba hükümler ise adeta idareyi hukuka aykırı davranmaya teşvik etmektedirler. Bu sebeple disiplin suç ve cezalarının da Anayasa'nın 38. maddesindeki ilkelere uymak zorunda olduğu kabul edilmelidir.

Savunma hakkı, Anayasada yer alan, temel haklardandır. Danıştay, yasal zorunluluğa rağmen, ilgiliye "savunma hakkı" tanınmadan verilen disiplin cezalarını, hukuka aykırı bulmakta ve "usul" bakımından iptal etmektedir. Savunma hakkının

<sup>548</sup> Özbudun (2005): s.362; Gözübüyük (1993): s.239–240; Kuzu (1990): s. 154–155.

kullanılabilmesi için, savunması istenen kamu görevlisine suçlama konusunun ve hakkındaki isnadın ne olduğunun açıkça bildirilmesi gerekir. Ayrıca kamu görevlisine savunmasını yapabilmesi bakımından yeterli sürenin verilmesi zorunludur. Savunma hakkının anlam ifade etmesi ise bu hakkın, mutlak surette karar veren makam önünde kullanılmasına bağlıdır.

Uyarma ve kınama cezaları ile ilgili olarak, yargı denetimine sınırlama getirilebilmesine icazet veren hükümler ise hukuk devleti ilkesi ile bağdaşmamaktadır.

Disiplin cezası yaptırımını tehdidi taşıyan hal ve davranışlar, disiplin mevzuatında, disiplin cezalarının her biri için ayrı listeler halinde sıralanmıştır. Ancak mevzuatta, sayılan bu hal ve davranışlara nitelik ve ağırlıkları itibariyle benzeyen fiillere de aynı türden cezaların verileceğine dair hükümlere yer verilmek suretiyle, disiplin suçları bakımından “tipiklik” ve “açıklık” ilkelerinden uzaklaşmıştır<sup>549</sup>.

657 sayılı Kanun’ un kabulünden önce, 788 sayılı Memurin Kanunu’nun öngördüğü inzibat komisyonlarının yargısal faaliyette bulunan kurullar olarak kabul edilmesi<sup>550</sup>, karar alma sürecinde uyguladıkları usulün yargılama usulü ile benzerlik göstermesi nedeniyle disiplin cezası işlemleri, yargısal kararlar olarak nitelendirilmiştir<sup>551</sup>. 657sayılı Kanunun Kabulünden sonraki dönemde disiplin cezalarına karşı açılan davaların Danıştay’da iptal davası olarak görülmeye başlanmasıyla birlikte<sup>552</sup> bu görüş ortadan kalkmıştır. Bugün artık disiplin cezalarının verilmesinde yargısal usullere benzeyen usuller uygulanmasına rağmen, alınan kararın yargısal bir karar değil, iptal davasına konu olabilecek bir idari işlem olduğu konusunda tereddüt bulunmamaktadır<sup>553</sup>.

Ülkemizde kamu görevlileri için öngörülen disiplin suç ve cezaları, 657 sayılı Kanuna tâbi görevliler için Kanunun 125. maddesinde; 657 sayılı Kanuna tâbi olmayan yargı organı, üniversite ve silahlı kuvvetler mensupları gibi ayrı personel kanunları bulunanlar için, kendi personel kanunları ve ilgili yönetmeliklerde; 657

<sup>549</sup> Akyılmaz, Bahtiyar, “Anayasal Esaslar Çerçevesinde Kamu Personeli Disiplin Hukuku Ve Uygulamadaki Sorunlar” **Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, c. 6, sayı 1-2, Haziran-Aralık, 2002, s.244.

<sup>550</sup> Onar (1966): s. 1192.

<sup>551</sup> AnyM, E 63/114, K 63/190, AMKD, sy. 2, 1971, s. 32; D3D, 22.05.1952, E 52/53, K 52/40, Aral, Rüştü, **Temyiz Davaları, Yüzyıl Boyunca Danıştay**, Ankara 1986, s. 586. Ancak muhtemeldir ki yargı organlarındaki bu kabulün arkasında yatan temel sebep, disiplin kurulu kararlarına karşı iptal davasının değil, temyiz davasının öngörülmüş olmasıdır.

<sup>552</sup> Örnek kararlar için bkz. Danıştay Beşinci Daire Kararları, 1970-1981, Birinci Kitap, C. 1., Ankara 1983, s. 272-276.

<sup>553</sup> Erkut, Celal, **İptal Davasının Konusunu Oluşturma Bakımından İdari İşlemin Kimliği**, Danıştay Yayını, No: 51 Ankara 1990., s. 72-73.

sayılı Kanuna tâbi olmakla birlikte, özel disiplin mevzuatı bulunan görevliler içinse bu mevzuatta düzenlenmiştir<sup>554</sup>.

Disiplin mevzuatında askeri personele ilişkin cezalar dışında, halen uygulanmakta olan disiplin cezalarını, uyarma, ihtar, kınama (tevbih), kusurlu sayılma, aylıktan kesme, ders ücretinden kesme, yıllık ücret artışından yararlanamama, kademe ilerlemesinin durdurulması, kıdem tenzili, derece yükselmesinin durdurulması, sınıf tenzili, yer değiştirme, geçici olarak ücretsiz işten çıkarma, yönetim görevinden ayırma, istifa ve emekliliğe davet, istifa etmiş sayılma, meslekten çıkarma, göreve son verme, devlet memurluğundan çıkarma olarak sayabiliriz<sup>555</sup>.

Konumuz uyarma ve kınama cezaları olduğu için bu cezaların nelere karşı verileceğine bilmemiz gerekir. Devlet Memurları Kanunu (125)'inci maddesinde, memurlara verilecek disiplin cezaları ile bu disiplin cezalarının verilmesini gerektirecek eylem ve durumları (fiil ve halleri) teker teker göstermiştir:

Uyarma, memura, görevinde ve davranışlarında daha dikkatli olması gerektiğinin yazı ile bildirilmesidir.

Uyarma cezasını gerektiren eylemler ve durumlar şunlardır (DMK Md.125) :

a.Verilen emir ve görevlerin tam ve zamanında yapılmasında, görev yerinde kurumlarca belirlenen yöntem ve esasların yerine getirilmesinde, görevle ilgili resmi belge, araç ve gereçlerin korunması, kullanılması ve bakımında kayıtsızlık göstermek ya da düzensiz davranmak,

b.Özürsüz ya da izinsiz olarak göreve geç gelmek, erken ayrılmak, görev yerini terk etmek,

c.Kurumca belirlenen tasarruf tedbirlerine uymamak,

d.Usulsüz başvuru ya da şikayette bulunmak

e.Devlet memuru vakarına (ağırbaşlılığına) yakışmayan tutum ve davranışta bulunmak,

---

<sup>554</sup> Akyılmaz (2002): s.245

<sup>555</sup> Geniş bilgi için bkz. Sağlam, Mehmet, **Türk Personel Hukukunda Disiplin Suç ve Cezalarına İlişkin Esaslar ve Uygulaması**, Ankara 2003, s. 43-43. Bu cezalar, manevi, mali ve tasfiye nitelikli cezalar diye sınıflandırılmakta ise de örneğin manevi nitelikli bir cezaya, mali sonuçlar bağlanabilmesi nedeniyle yapılan bu sınıflandırma mutlak değildir.

f.Görevine ya da iş sahiplerine karşı kayıtsızlık göstermek ya da ilgisiz kalmak,

g. Belirlenen kılık ve kıyafet hükümlerine ayları davranmak,

h.Görevin işbirliği içinde yapılması ilkesine aykırı davranışlarda bulunmak.

Kınama, memura, görevinde ve davranışlarında kusurlu olduğunun yazı ile bildirilmesidir. Kınama cezasının verilmesini gerektiren eylemleri ve durumları şöyle sıralayabiliriz (DMK Md.125) :

a. Verilen emir ve görevlerin tam ve zamanında yapılmasında, görev yerlerinde kurumlarca belirlenen yöntem ve esasların yerine getirilmesinde, görevle ilgili resmi belge, araç ve gereçlerin korunması, kullanılması ve bakımında kusurlu davranmak,

b. Eşlerinin, reşit olmayan ya da mahcur (kısıtlı) olan çocuklarının kazanç getiren sürekli faaliyetlerini belirlenen sürede çalıştığı kuruma bildirmemek,

c. Görev sırasında amirine tutum ve davranışları ile saygısız davranmak,

d. Hizmet dışında Devlet memurunun itibar ve güven duygusunu sarsacak nitelikte davranışlarda bulunmak,

e. Devlete ait resmi belge, araç, gereç ve benzeri eşyayı, özel işlerinde kullanmak,

f.Devlete ait resmi belge, araç, gereç ve benzeri eşyayı kaybetmek,

g. İş arkadaşlarına, maiyetindeki (yanındaki, ast durumundaki) personele ve iş sahiplerine kötü muamelede bulunmak,

h. iş arkadaşlarına ve iş sahiplerine sözle ya da hareketle sataşmak,

i. Görev yerinde genel ahlak ve edep dışı davranışlarda bulunmak ve bu tür yazı yazmak, işaret, resim ve benzeri şekiller çizmek ve yapmak,

J. Verilen emirlere itiraz etmek,

k. Borçlarını kasten ödemeyerek hakkında yasal yollara başvurulmasına neden olmak,

l. Kurumların huzur, sükun ve çalışma düzenini bozmak.

Uyarma ve Kınama cezalarının mahiyetini öğrendikten sonra bu cezaların Anayasal esaslar dâhilinde incelememiz yerinde olacaktır.

#### **a) Disiplin Hukukuna İlişkin Anayasal Esaslar Dâhilinde Uyarma Kınama Cezalarının İncelenmesi**

Konunun en başında da belirttiğimiz gibi 1982 Anayasası, kamu personeli disiplin hukuku bakımından üç temel ilke öngörmektedir: Kanunilik ilkesi, savunma hakkı ve yargı yolu güvencesidir.

Aslında bu ilkelere ölçülülük, başvuru yollarının gösterilmesi gibi başka anayasal ilkeler de eklenebilir. Ancak burada zikredilen üç ilke, doğrudan disiplin suç ve cezaları için öngörülmüş ilkelere<sup>556</sup>.

Doktrinde disiplin suç ve cezalarının Anayasa'nın 38. maddesi kapsamında değerlendirilip değerlendirilemeyeceği tartışılmıştır. Bazı yazarlar, disiplin cezasının sadece meslek hayatı ile ilgili kısıtlamalar getirmesi ve amacının kurum düzenini korumak olmasından bahisle kanunsuz suç ve ceza olmaz ilkesinin disiplin alanında yeri olmadığı görüşündedirler<sup>557</sup>. Bazı yazarlar ise kanunsuz suç ve ceza olmaz ilkesinin sadece disiplin cezaları bakımından kabul edildiğini, disiplin suçları bakımından ilkenin uygulanamayacağını ifade etmişlerdir<sup>558</sup>.

Henüz sosyal devletin gereklerini tam olarak yerine getirmemiş olan ülkemizde, kamu görevlisi sayısı da dikkate alınarak disiplin cezalarını, sadece meslek hayatına ilişkin yaptırımlar olarak değerlendirerek hafife almak; yine amacının kurum düzenini sağlamak olduğunu ifade ederek, aslında hukuka aykırı disiplin işlemleriyle devlete duyulan saygınlığın ve güvenin zedelenmesi suretiyle toplum düzenine aykırı bir durumun gelişeceğini göz ardı etmek doğru değildir. Yukarıda da ifade edildiği gibi zaten disiplin mevzuatında idareye geniş ölçüde takdir yetkisi tanıyan, belki pek çoğu hukuk devleti ilkesi ile bağdaşmayan disiplin suçları kategorisi bulunmaktadır. Bundan daha fazla dikkate alınması gereken ise torba

<sup>556</sup> Akyılmaz (2002): s.245; Akgüner, Tayfun, **Kamu Personel Yönetimi**, Der Yayınları, İzmir, 2001, s.203-207.

<sup>557</sup> Önder, Kazım, **Disiplin Mevzuatı**, Ankara 1992, s. 8; Tutum, Cahit, **Personel Yönetimi**, Ankara 1976, s. 206; Dönmezer, Sulhi, ve Erman, Sahir, **Nazarî ve Tatbikî Ceza Hukuku**, Filiz Kitabevi, Dokuzuncu Baskı, c.I., İstanbul,1985 s. 344

<sup>558</sup> Örucü, Esin, "Disiplin Cezaları, 657 Sayılı Devlet Memurları Kanunu Sistemi", **İÜHFD**, C. 32, S. 2-4, s. 801; Gölcüklü, Feyyaz, "İdari Ceza Hukuku ve Anlamı, İdarenin Ceza Müeyyide tatbiki", **AÜSBFD**, C. 18, 1963, s. 163.

hükümlerdir. Disiplin hukukunda kıyas ilkesini getiren bu hükümler adeta idareyi hukuka aykırı davranmaya teşvik etmektedirler. Bu sebeple disiplin suç ve cezalarının da Anayasa'nın 38. maddesi kapsamında değerlendirilmesi gerektiği; kanun koyucunun disiplin suç ve cezalarına ilişkin düzenleme yetkisini kullanırken Anayasa'nın 38. maddesindeki ilkelere uymak zorunda olduğu<sup>559</sup> kabul edilmelidir. Bu noktada, disiplin suç ve cezalarının 38. madde çerçevesinde değerlendirilmesi halinde bırakın yönetmelikleri, kanun hükmünde kararname ile bile disiplin hukukuna ilişkin bir düzenleme yapılamayacağı; buna bağlı olarak uzmanlık ve teknik konulara ilişkin ayrıntıların düzenlenmesinde sıkıntı yaşanabileceği akla gelebilir. Ancak bu meselenin yukarıda ifade ettiğimiz ve Anayasa Mahkemesinin de 38. maddeye aykırı bulmadığı açık ceza normu uygulaması ile aşılması mümkündür. Kaldı ki disiplin suç ve cezalarının 38. madde değil de 128. madde kapsamına girdiği kabul edilse bile maddede açıkça kanunla düzenleme ilkesi kabul edildiğinden disiplin suçlarının da cezalarının da kanunla düzenlenmesinin zorunlu olduğu açıktır<sup>560</sup>.

“Savunma hakkı, Anayasa'nın ‘Kişinin Hakları ve Ödevleri’ni belirleyen ikinci bölümünde yer alan, temel haklardandır. Hukuk doktrininde olduğu kadar uygulamada da, önemi ve erdemi tartışılmaz yüceliktir. Evrensel konumu nedeniyle, insanlığın ortak değerlerinden sayılmaktadır<sup>561</sup>. Anayasa'nın 36. maddesine göre “herkes, meşru vasıta ve yollardan faydalanmak suretiyle yargı mercileri önünde davacı veya davalı olarak iddia ve savunma ile adil yargılanma hakkına sahiptir”. Anayasa koyucu yargılama usullerine benzer usullerle verilen disiplin cezaları için savunma hakkını ise m. 129/2 de düzenlemiştir: “Memurlar ve diğer kamu görevlileri ile kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşları ve bunların üst kuruluşları mensuplarına savunma hakkı tanınmadıkça disiplin cezası verilemez”.

Ceza yargılaması usulü ile disiplin soruşturması usulü arasındaki farkları dikkate alınarak yargısal erk kullanmayan disiplin kurullarında kullanılan savunma hakkının teknik anlamda savunma hakkı değil; isnada ilişkin açıklamalar olduğu ifade edilmekte<sup>562</sup> ise de anayasanın açık söylemi karşısında kamu personeli disiplin

<sup>559</sup> Yıldırım, Turan, **Kamu Yararı ve Disiplin Cezalarının Affı, Anayasa Yargısı** 18, Ankara 2001, s. 439. Benzer görüş; Soyaslan, Doğan, **Yürütme Organının Suç ve Ceza Koyma Yetkisi**, Kazancı Yayınları, İstanbul, 1990, s. 96; Sağlam (2003): s. 122.

<sup>560</sup> Sağlam (2003): s.123.

<sup>561</sup> AnyM, 14.07.1998, E 97/41, K 98/47, AMKD, S. 35, C. 1, 2000, s. 222.

<sup>562</sup> Hafizoğulları, Zeki, “Genel Çizgileriyle Savunma Hakkı”, **ABD**, S.1-4 1994, s.25.

hukuku bakımından savunma hakkı, yargısal usul benzeri bir usul evresi olarak kabul edilmelidir<sup>563</sup>.

Danıştay, savunma hakkına o kadar önem vermektedir ki savunma hakkı tanınmadan verilen uyarma ve kınama cezalarında, bu cezalara karşı yargı yolunu kapayan yasal hükümler bulunmasına rağmen, savunma hakkının kullanılışı bakımından bu işlemlerin yargı denetimine tâbi olabileceğini kabul etmektedir<sup>564</sup>.

İdarenin yargısal denetimi, bireyin devlet karşısında “zayıf” konumda olması ve bu sebeple korunması düşüncesinden kaynaklanmaktadır. Her şeyden önce bu yolla eylem ve işlemleri yargı denetimine tâbi olan idare, keyfi ve hukuka aykırı davranışlardan kaçınmaya; hukukun içinde hareket etmeye zorlanır. Dahası fertler, bu denetim sayesinde idarenin hukuka aykırı davranışlarına karşı korunmuş olurlar. Bu konudaki genel ilke Anayasa'nın 125. maddesinde şu şekilde dile getirilmiştir: “İdarenin her türlü eylem ve işlemlerine karşı yargı yolu açıktır”.

Anayasa idari işlemlerin tamamı için getirdiği bu düzenleme ile yetinmeyerek yargı yolu güvencesini, disiplin cezası işlemleri bakımından. 129/3 de bir kez daha vurgulamıştır (!) : “Uyarma ve kınama cezalarıyla ilgili olanlar hariç, disiplin kararları yargı denetimi dışında bırakılamaz”.

Hemen belirtmek gerekir ki uyarma ve kınama cezaları ile ilgili olarak, yargı denetimine sınırlama getirilebilmesine icazet veren bu hüküm, hukuk devleti ilkesi ile bağdaşmamaktadır. Madde gerekçesinde uyarma ve kınama cezalarının özellikleri nedeniyle kuralın dışında tutuldukları belirtilmiş; ancak bu özelliklerin neler olduğu ifade edilmemiştir.

Bu konuda söz konusu cezaların hafif nitelikte oldukları, yargının yükünün artırılmak istenilmemesi gibi tamamen sübjektif gerekçeler ileri sürülmekte ise de bunların hiçbiri “idarenin her türlü eylem ve işlemine karşı yargı yolunun açıktır” vecizesinde ifadesini bulan hukuk devletinin olmazsa olmaz ilkesine istisna getirebilecek gerekçeler değildir.

Mevzuata baktığımızda özellikle disiplin işleri düzenleyici işlemlerle düzenlenen kamu personeli için (Danıştay'ın bir dönem verdiği iptal kararlarının da etkisiyle) uyarma ve kınama disiplin cezalarına karşı yargı yolu güvencesinin devam

<sup>563</sup> Akıllıoğlu, Tekin, **Yönetim Önünde Savunma Hakları**, Ankara 1983, s. 20.

<sup>564</sup> Danıştay 8. D, 09.12.1997, E 95/2936, K 97/3826, Danıştay Bilgi Merkezi. Hatta Danıştay, son dönemde sadece savunma hakkının kullanılmış olup olmadığını değil genel olarak uyarma ve kınama cezasının usulüne uygun olarak verilir verilmeyeceğini de denetlemektedir: “Uyarma ve kınama cezalarına karşı yargı yolu kapalıysa da; usul ve zamanaşımı yönlerinden hukuka aykırılık halinde, tam anlamıyla oluşmuş bir disiplin cezası işleminden söz edilmesine hukuken olanak yoktur. ...Ancak usulüne uygun olarak disiplin cezası verildiğinin tespit edilmesi durumunda yargı yolunun açık olup olmadığı tartışılabilir”. Danıştay 8.D, 21.10.1999, E 98/1220, K 99/5359, **DD**, S. 103, 2001, s. 756.

ettiğini görmekteyiz. Buna karşılık personel mevzuatının temel kanunu olan 657 sayılı Kanun'un 136. maddesi 4. fıkrası ile "yasama kısıntısı" tercih edilmiş; uyarma ve kınama disiplin cezalarına karşı dava yolunu kapatılmıştır: "İtiraz edilmeyen kararlar ile itiraz üzerine verilen kararlar kesin olup, bu kararlar aleyhine idari yargı yoluna başvurulamaz".

Uyarma ve kınama disiplin cezalarını yargı denetimi dışı bırakmak konusunda icazet veren anayasa hükmü, bu icazeti Anayasa'nın 13. maddesi uyarınca sadece kanun koyucuya vermiştir. Danıştay da yargı yolunun ancak kanunla sınırlanabileceğini kabul ederek, uyarma ve kınama disiplin cezalarına karşı yargı yolunu kapatan düzenleyici işlem hükümlerini iptal etmiştir<sup>565</sup>. Yine Danıştay, özel personel kanunlarında, yargı yolunun, ancak bu husustaki özel hükümlerle kapatılabileceğini karar altına almıştır<sup>566</sup>.

Akyılmaz'a göre yargı yolunun kapatılması konusunda yasama organına anayasa ile getirilen takdir yetkisi, uygulamada kamu görevlileri arasında eşitliğe aykırı bir durum yaratmıştır. Bu konuda yasama organı da takdir yetkisini hukuka uygun kullanmamıştır. Anayasanın icazet veren hükmünün kanun koyucuya sınırsız bir takdir yetkisi tanıdığı düşünülemez. Söz konusu anayasa hükmü, yargı yolunu açıkça kapatan amir bir hüküm olmadığına göre, bu hükme dayanılarak yapılacak düzenlemelerde, yasama organının diğer anayasal ilkeleri de dikkate alarak takdir yetkisini kamu yararına, anayasal ilkelere uygun olarak sınırlı biçimde kullanması, yargı yolunu tamamen kapayan bir düzenleme yapmaması gerekirdi<sup>567</sup>.

## **b) Disiplin Cezalarına Karşı Başvuru Yolları**

Disiplin cezalarına karşı başvuru ve itiraz yolları iki tanedir: "İdari başvuru yolu (itiraz)" ve "Yargısal başvuru yolu".

### **aa) İdarî Başvuru Yolu (İtiraz)**

İdari başvuru yolu (İtiraz), disiplin üstlerince verilen kimi disiplin cezaları için söz konusudur. Buna göre, disiplin üstleri tarafından verilen

<sup>565</sup> Danıştay 10. D. D, 22.01.1987, E 86/906, K 97/55, **DD**, sy. 68-69, 1988, s. 691; DiDDGK, 23.10.1992, E 91/496, K 92/176, **DD**, sy. 67, 1993, s. 95; Danıştay 8. D, 13.11.1992, E 92/609, K 98/4563, Danıştay Bilgi Merkezi.

<sup>566</sup> Danıştay 8. D, 24.12.1998, E 97/1959, K 98/4563 Danıştay Bilgi Merkezi; Danıştay 8. D, 18.12.1997, E 97/1535, K 97/4048, Danıştay Bilgi Merkezi.

<sup>567</sup> Akyılmaz (2002): s.256-257.

"uyarma ve kınama cezalarına itiraz (idari başvuru yolu.)", varsa, sıradüzendeki (hiyerarşideki) bir üste yani disiplin üstüne (amirine); yoksa, disiplin kurullarına yapılabilir (DMK.,m. 135). Bu tür İtirazlarda süre, kararın ilgiliye tebliği (yazılı bildirim yapıldığı) tarihten başlayarak "yedi gün" dür. Bu süre içinde itiraz edilmeyen uyarma ve kınama disiplin cezaları kesinleşir. İtiraz durumunda, itiraz mercileri kararı gözden geçirerek verilen cezayı aynen kabul edebilecekleri gibi, cezayı hafifletebilir ya da tümüyle kaldırabilirler, itiraz edilmeyen kararlar ile itiraz üzerine verilen kararlar kesin olup, bu kararlara karşı İdari Yargı yoluna başvurulamaz (Anayasa, m. 129 ve DMK., m. 136). Ancak, bu uygulamanın kişilerin "hak arama Özgürlüğü" ne ve "hukuk devleti ilkesi" ne aykırı olduğu açıktır<sup>568</sup>.

Gerçekten Danıştay, bu konuda vermiş olduğu bir kararda, "Anayasa'nın (129)'uncu maddesinin (3)'üncü fıkrası uyarınca uyarma ve kınama cezalarının yargı denetimi dışında bırakılabileceği belirtilmiştir. Ancak, bu yönde bir kısıtlamanın, normlar hiyerarşisine göre yasa ile getirilebileceği de açık bulunmaktadır. Bu itibarla, yönetmelik hükmü ile yargı denetimine sınır konulması düşünülemez. Öte yandan, (3011) sayılı Resmî Gazete'de Yayımlanacak Yönetmelikler Hakkında Kanunun (I)'inci maddesinin (b) bendi, kamu personeline ait genel hükümleri kapsayan yönetmeliklerin Resmî Gazete'de yayımlanması gerektiği hükmünü taşımaktadır. Bu durumda, davaya konu İş ve İşçi Bulma Kurumu Personel Yönetmeliği'nin yasal zorunluluğa karşın Resmî Gazete'de yayımlanmamış olmasının yanı sıra, itiraz edilmeyen kararlar ile itiraz üzerine verilen kararlar kesin olup, bu kararlar aleyhine idari yargı yoluna başvurulamaz.' hükmü ile yargı denetimine kısıntı getirilmesinde hukuka uygunluk bulunmadığından, Danıştay Onuncu Dairesinin temyize konu kararının, sözü edilen yönetmeliğin,...iptaline ilişkin kısmının... bozulmasını gerektirecek nitelikte olmadığı sonucuna varılmaktadır..." demektedir<sup>569</sup>.

Son zamanlarda idari Yargı Mercileri, kanunlarla ve yönetmeliklerle kabul edilmiş Yargı kısıntısını kabul etmemektedirler. Uyarma ve Kınama cezalarının yargı denetimi dışında bırakılması ise yasal bir düzenlemeyi gerektirir. İdari Yargı Mercileri, açılan iptal davalarını kabul edip karar vermekle Yargı kısıntısını

<sup>568</sup> Akgüner (2001):s.212.

<sup>569</sup> DİDDGK, E. 1991/496. K. 1992/176, T. 23.10.1992; Bkz. Bilgen, Pertev, "İdare Hukuku Dersleri", İdare Hukukuna Giriş, İstanbul, 1996,s.53-54.

hükümsüz duruma getirmektedirler<sup>570</sup> Yargı Mercilerinin söz konusu yargı kısıntısını aşmak için kullandığı yöntemlerin hukuk sistemiyle uyduğunu söylemek güçtür<sup>571</sup>. Zira ülkemizin taraf olduğu uluslararası sözleşmelerin iç hukuktaki hukuksal yeri ve değeri konusunda farklı görüşler<sup>572</sup> bulunmakla birlikte, hiçbir şekilde, uluslararası bir sözleşme hükmünün Anayasayı "zımnen iptal" edebileceği sonuna varılmamaktadır. Gerçi. Sözleşme sistemi içerisinde kalındığı sürece, sözleşme hükümlerine dokunulmadığı ve mevzuatı (Anayasa dâhil) buna uygun hale getirme gereği bulunduğuna göre, Anayasa ya da kanun hükmüyle sözleşme hükmünün çalışması durumunda Sözleşme hükümlerine geçerlilik ve üstünlük, tanınması gerektiği yönünde görüşlerin olduğu bilinmektedir<sup>573</sup>. Ancak, bu durumda dahi Sözleşme hükümlerinin Anayasayı "zımnen iptal" etmesinden değil, Sözleşmeyle çatışan Anayasa ve yasa hükümlerinin Sözleşmeye uygun bir şekilde yorumlanması gerektiğinden söz edilmektedir<sup>574</sup>.

#### bb) Yargısal Başvuru Yolu:

Yargısal başvuru, "aylıktan kesme, kademe ilerlemesinin durdurulması ve Devlet memurluğundan çıkarma cezalarına karşı' İdari Yargı Mercilerine yapılan iptal başvurusudur. Anılan disiplin cezalarına karşı ilgili, (60) gün içinde, İdari Yargıya gidebilir. Süre, disiplin cezalarının

---

<sup>570</sup> (Bkz. Ankara Bölge idare Mahkemesinin 18 Eylül 1996 günlü Cumhuriyet Gazetesinde yer alan kararı). Öte yandan, konunun Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi kapsamında değerlendirilmesi açısından bkz. Karınca, Eray, "Uyarma ve Kınama Cezalarının Yargısal Denetimi", **Cumhuriyet Gazetesi**, 26 Ocak 1997, s.2. Ayrıca, vakıf üniversitelerinde çalışan öğretim üyelerinin mütevelli heyeti ile yaptıkları sözleşmelerin özel hukuka bağlı olduğuna (506, 1475 ve 5521 sayılı kanunlara) ve bu nedenle üniversiteden çıkarma işlemlerine karşı ilgilinin Adli Yargı'da dava açması gerektiğine ilişkin kararlar vardır (Bkz. İstanbul Altıncı İdare Mahkemesinin E.2000/320, K.2000/541. T.28.6.2000).

<sup>571</sup> Kaplan, Gürsel, " Uyarma ve Kınama Cezalarına Karşı Yargı Yoluna Başvurmayı Engelleyen Düzenlemelerin Hukuk Devleti Prensibi Açısından Değerlendirilmesi" **Erzincan Hukuk Fakóltesi Dergisi**, Cumhuriyetin 80 inci kuruluş yılına armağan, cilt VII, sayı: 3-4, 2003, s. s.323.

<sup>572</sup> Bu konuda geniş bilgi için bkz. Batum, Süheyl. **İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Türk Anayasal Sistemine Etkileri**, İstanbul Üniversitesi Basımevi, İstanbul, 1993, s. 23-55; Pazarcı, Hüseyin, **Uluslararası Hukuk Dersleri**, I. Kitap, Gözden Geçirilmiş 6. Baskı, Turhan Kitabevi. Ankara, 1997, s. 18-34; Tezcan, Durmuş – Erdem, Mustafa Ruhan – Sancakdar, Oğuz, **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Işığında Türkiye'nin İnsan Hakları Sorunu**, Seçkin Kitabevi, Ankara, 2002. s. 106-113; Atay, Ender Ethem, "Uluslararası Antlaşmaların İç Hukuktaki Yeri ve İdareyi Bağlayıcılığı" **Ankara Barosu Hukuk Kurultayı 2000**. I- Kitap, 12-10 Ocak 2000, Ankara, s. 391-426; Gözübüyük-Tan (2003): s. 77-82; Aybay, Rona, " Türk Hukukuna Göre Uluslararası Antlaşmalarla Kanunlar Arasındaki Altlık-Üstlük ilişkisi" . **İdari Yargının Dünyada Bugünkü Yeri, 2 Ulusal İdare Hukuku**, 10-14 Mayıs. 1993 Ankara, s. 277-286.

<sup>573</sup> Kaboğlu (2002): s. 232; Sunay, Reyhan, "Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Çerçevesinde Oluşan ' Avrupa Kamu Düzeni' Kavramının Kapsamı ve Fonksiyonel Değerleri" , **Türk Hukuk Dünyası**, Mayıs 2000. Yıl: I, Sayı: I, s. 158, 159.

<sup>574</sup> Kaboğlu (2002): s. 232 vd.; Sunay (2000): s. 158. 159 Kaldı ki; kararda, "zımnen ilga" kavramının yerine kullanıldığı anlaşılan "zımnen iptal" kavramının kullanılmış olması da. başlı başına bir yanlışlık teşkil etmektedir.

ilgiliye yazılı olarak bildirildiği tarihte işlemeye başlar. Yetkili mahkeme, kamu görevlisinin görevli bulunduğu yer Bölge İdare Mahkemesidir. Altmış gün içinde Yargısal başvuru yapılmaması durumunda, sözü edilen disiplin cezaları kesinleşmiş olur<sup>575</sup>.

Konumuz bakımından yalnızca uyarma ve kınama cezalarının Anayasa uyarınca yargı denetimi dışında bırakılabileceği anımsanırsa, diğer disiplin cezalarının denetim hususu ele alınmayacaktır.

### **c) 1982 Anayasası'nda Yargı Yolu Kapatılan İşlemler ve Uyarma-Kınama Cezalarının Bunlardan Farkı:**

Yukarıda da bahsedildiği gibi 1982 Anayasası'nın 36 md. de "Herkes meşru vasıta ve yollardan faydalanmak suretiyle yargı mercileri önünde davacı ve davalı olarak iddia ve savunma ile adil yargılanma hakkına sahiptir" hükmü yer almış ve Anayasa'nın 125. md. de de "İdarenin her türlü eylem ve işlemlerine karşı yargı yolu açıktır" hükmü ile idari yargılama yönünden Anayasa 36. md. de belirtilen adil yargılanma hakkını sağlayabilmek için tüm eylemlere ve işlemlere karşı yargı yolunu açmıştır.

Ancak, 1982 Anayasası bu hükümleri ile ortaya koyduğu yargısal denetimcilik yapısından ayrıklar yasası<sup>576</sup> olma özelliği taşıması sayesinde sık sık tavizler vermiştir.

Bu tavizlerden bir tanesi de Anayasa 129/3 maddesinde yer alan "Uyarma ve kınama cezalarıyla ilgili olanlar hariç diğer disiplin cezaları yargı denetimi dışında bırakılamaz" hükmü ile getirilmiştir. Fakat bu hüküm yukarıda bahsedilenlerden farklı bir yargı yolu kısıntısı getirmektedir. Çünkü Anayasa'nın bu hükümde vurgulamak istediği tüm disiplin cezalarının yargı denetimi içinde olması gerektiğidir. Fakat yasa koyucuya bu mutlaklık karşısında bir nispiyet tanımış ve uyarma ve kınama cezalarını takdir ederse yargı denetimi dışında bırakılabileceği olanağı sağlanmıştır. Dolayısıyla uyarma ve kınama cezaları yasa koyucunun takdiri karşısında yargı denetimi dışında bırakılabilecektir. Nitekim yasa koyucu birçok kanunda da

<sup>575</sup> Akgüner (2001):s.212-213.

<sup>576</sup> Selçuk, Sami, **Özlenen Hukuk/Yaşanan Hukuk**, Yeni Türkiye Yayınları, Ankara, 2002, s. 90.

Anayasa'nın kendisine tanıdığı bu yetkiyi kullanarak uyarma ve kınama cezalarını Yargı denetimi dışında bırakmıştır<sup>577</sup>.

#### **d) Uyarma ve Kınama Cezalarına Karşı Yargı Yoluna Başvurmayı Engelleyen Düzenlemelerin Hukuk Devleti Prensibi Açısından Değerlendirilmesi**

Bilindiği üzere, 1982 Anayasasının, "Cumhuriyetin nitelikleri"ni belirleyen 2 nci maddesine göre, Türkiye Cumhuriyeti Devleti, "...insan haklarına saygılı, ...demokratik, lâik ve sosyal bir Hukuk Devletidir."

Hukuk Devleti olgusunun geçerlilik ve işlerlik kazanabilmesi için ise, "Hukuk Devleti düşüncesinin tüm gerekleriyle uygulanması gerekmektedir. Bunun en önemli göstergesi de, bulun kamu makamlarının her türlü faaliyetlerinin bağımsız yargıçlar tarafından etkin bir yargısal denetime tabi tutulmasıdır<sup>578</sup>.

Nitekim Danıştay, 1950 yılında verdiği ve o tarihten beri değişik kararlarıyla da benimseyip sürdürdüğü içtihadı ile, "...bütün idari tasarrufların kazai murakabeye tabi tutulması(nın) hukuka bağlı devlet prensibinin en mütebariz ve karakteristik vasfı icabından..." olduğuna hükmetmiştir<sup>579</sup>. Anayasa Mahkemesi de, "Anayasasının 2. maddesinde tanımlanan Hukuk Devletinin varlığından söz edilebilmesi için, İdarenin bütün eylem ve işlemlerinin yargı denetimine tabi olması gerekir."<sup>580</sup> diyerek, Hukuk Devletinin gerekleri konusunda Danıştay ile aynı yaklaşımı paylaştığını ortaya koymuştur.

1982 Anayasası da, 125 İnci maddesiyle idarenin her türlü eylem ve işlemine karşı yargı yolunun açık olduğunu belirtmiş, 36 ncı maddesi ile de, "Herkes, meşru vasıta ve yollardan faydalanmak suretiyle yargı mercileri önünde davacı veya davalı olarak iddia ve savunma hakkına sahiptir. " kuralını getirerek, kişilere hak arama özgürlüğü tanımış ve 40 ncı maddesinde yer alan. "Anayasa ile tanınmış hak ve

<sup>577</sup> Örn:"657 Sayılı Devlet Memurları Kanunu md 135: Disiplin amirleri tarafından verilen uyarma ve kınama cezalarına karşı itiraz, varsa bir üst disiplin amirine yoksa disiplin kuruluna yapılabilir. "

<sup>578</sup> Erkut, Celâl, **Hukuka Uygunluk Bloku (İdare Hukukunda Hukukun Genel Prensipleri Teoris)**, Kavram Yayınları, İstanbul. 1996, s. 81

<sup>579</sup> Danıştay Dava Daireleri Genel Kurulunun. 30. 03. 1950 gün ve E. 1950/320. K. 1950/128 sayılı kararı, Danıştay Kararlar Dergisi. Sayı: 50-53, s. 112; Danıştay Dava Daireleri Genel Kurulunun aynı yündeki diğer bir karar için bkz. 03. 10. 1952 gün ve E. 1952/4. K. (952/249. Danıştay Kararlar Dergisi, Sayı: 58, s. 54.

<sup>580</sup> Anayasa Mahkemesinin. 21. 9. 1995 gün ve E. 1995/27. K. 1995/47 sayılı karar. Anayasa Mahkemesi Kararlar Dergisi. Sayı: 32, Cilt: I. s. 401.

hürriyetleri ihlal edilen herkes, yetkili makamlara geciktirilmeden başvurma İmkânının sağlanmasını istemek hakkına sahiptir. " kuralı ile de, ulusal makamlar önünde etkili bir hukuki yola başvurma hakkı tanımış bulunmakla; Hukuk Devleti prensibinin olmazsa olmaz gereklerinden olan yargısal denetim ve hak arama özgürlüğünü güvence altına almıştır denilebilir<sup>581</sup>.

Ne var ki, 12 Eylül 1980 askeri müdahalesinden sonra gerek Milli Güvenlik Konseyi'nin çıkardığı yasalarda, gerek 1982 Anayasasında İdarenin birçok işlemi, yukarıda anılan ve Yüksek Yargı Organlarının içtihatlarıyla anlamı ve kapsam ortaya konulan Hukuk Devleti prensibine aykırı düşecek bir şekilde yargı denetimi dışında tutulmuştur<sup>582</sup>. İşte idarenin işlemleri üzerindeki yargısal denetim olanağını dışlayan yasal düzenlemelerden biri de Milli Güvenlik Konseyi döneminde çıkarılan 12. 05 1982 tarih ve 2670 sayılı Kanun olup, söz konusu Kanunun 39 ve 40 inci maddeleri ile, 657 sayılı Kanununun 135 ve 136 ncı maddeleri değiştirilerek uyarma yakmama cezalarına karşı yargı yolu kapatılmıştır<sup>583</sup>.

Olağanüstü bir dönemin ürünü olan söz konusu yasal düzenleme ile getirilen ve yargı yoluna başvurmayı kısıtlayan hükümlerin getiriliş sebebi hakkında ilgili yasal düzenlemelerde herhangi gerekçeye rastlanmamakla birlikte, bu nedenin, "yargıyı hafif disiplin cezalarıyla işe boğmamak"<sup>584</sup> olduğu yönünde bazı yazarlarca yapılan açıklamalara rastlanmaktadır. Gerçi, uyarma ve kınama cezalarının, disiplin cezaları arasında yer alan en hafif cezalar olduğu ve memuriyette yükselmek ve bazı görevlere gelebilmek bakımından, öteki disiplin cezalarından farklı olarak, herhangi bir engel teşkil etmedikleri ve bu nedenle, yargı denetimi dışında tutulmuş olmalarında ciddi bir sakınca olmadığı ileri sürülebilir. Gerçekten de, 657 sayılı Devlet Memurları Kanununun 132 nci maddesinin 4 üncü fıkrası yalnızca, "Kendilerine disiplin cezası olarak aylıktan kesme veya kademe ilerlemesini durdurma cezası verilenler, valilik., büyükelçilik, müsteşar, müsteşar yardımcılığı, genel müdürlük, genel müdür yardımcılığı ve daire başkanlığı görevlerine atanamazlar" şeklinde bir düzenleme getirerek, uyarma ve kınama cezalarını

---

<sup>581</sup> Kaplan (2003): s. 309.

<sup>582</sup> Bu konuda geniş bilgi için bkz: Kaplan, Gürsel, **Hukuk Devleti Açısından İdari Yargıda Hak Arama Özgürlüğü ve Sınırları**, (Yayımlanmamış Doktora Tezi). Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul, 1999.

<sup>583</sup> Aynı yönde diğer bir yasal düzenleme de, 25. 12. 1981 tarih ve 2568 sayılı Kanunla yapılarak, 4. 7. 1972 tarih ve 1602 sayılı Askeri Yüksek İdare Mahkemesi Kanununun 21 inci maddesi değiştirilmiş ve disiplin suç ve tecavüzlerinden ötürü disiplin amirlerince verilen cezalar yargı denetimi dışında tutulmuştur. Bu konula ilgili olarak bkz. Askeri Disiplin Hukukuna İlişkin İşlemler.

<sup>584</sup> Tanör, Bülent, **Türkiye'de Demokratikleşme Perspektifleri**. TÜSİAD Yayını, 1997, s. 168; Güran (1986-1987): s. 43; Sancakdar, Oğuz, **Disiplin Yaptırımı Olarak Devlet Memuriyetinden Çıkarma ve Yargısal Denetimi**, Yetkin Yayınları, Ankara, 2001.s. 326 dipnot 15.

memuriyette yükselmeye veya yukarıda anılan görevlere getirilmeye engel olarak görmemiştir.

Ne var ki, söz konusu cezalar, anılan Kanunun 125 inci maddesi uyarınca tekerrüre esas alınıp izleyen uygulamalarında, ilgilinin, bir derece ağır ceza ile cezalandırılmasına yol açabileceği gibi, ilgili kişi hakkında tesis edilebilecek başka işlemlere de neden olarak gösterilebilmekte<sup>585</sup> veya en azından manevi ve psikolojik bakımdan, muhatabı üzerinde birtakım olumsuz sonuçlara yol açabilmektedir. Bu itibarla, uyarma ve kınama cezalarına karşı, cezaya muhatap olan kişinin yargı yoluna başvurmada maddi ve/veya manevi bir menfaatinin dolayısıyla, hukuki menfaatinin bulunduğunu kabul etmek gerekir. Kaldı ki, yukarıda yer verilen Anayasa Mahkemesi kararında da altı çizildiği gibi, "İptal davaları, kişilerin kendi yararlarına sonuç almalarını amaçlamakla birlikte, genelde hukuka uygunluğu sağlayarak kamu yararını gerçekleştirir."<sup>586</sup> Ayrıca, doktrinde de, iptal davalarının bir sübjektif hakkın değil, hukuk düzeninin, yani objektif hukukun ihlal edilmiş olması durumunda başvurulmuş bir yargısal yol olduğu ifade edilmektedir<sup>587</sup>.

Objektif nitelikte bir dava türü olan iptal davası bu özelliği itibariyle, bir hukuki uyuşmazlığın tarafları arasında cereyan eden klasik dava tiplerinden tamamen farklı bir mahiyette ve idare hukukuna özgü bir dava tipi olup, bu davada davacı, dava konusu idari işlemi yapan idare makamına karşı hareket eden bir sūje olarak görülmemekte, aksine hukuka aykırı bir İdari İşlemin yargısal yolla ortadan kaldırılması amacına yönelmiş (yani sırf kişisel saikle hareket etmeyen) bir kişi olarak görülmektedir<sup>588</sup>. Dolayısıyla, davacı iptal davasını açarken kendi menfaati doğrultusunda hareket ettiğini düşünse de, gerçekte kanuniliğin savunucusu, ya da hukukun sözcüsü durumundadır. Bu bağlamda önem taşıyan, davacının İdarenin denetlenmesinin yollarından biri olan iptal davası mekanizmasını harekete geçirmesidir<sup>589</sup>. Bu şekilde, yargısal mekanizmanın harekete geçirilerek yargısal denetimin sağlanması aynı zamanda yürütme ve

<sup>585</sup> Nitekim bir olayda, kınama cezasıyla cezalandırılan kişiye teşvik ikramiyesi ödenmemesi yolunda işlem tesis edilmiştir. Bkz. Danıştay 11. Dairesinin 22. 01. 2003 gün ve E. 2002/4401, K. 2003/291 sayılı karar, Danıştay Kararlar Dergisi, Sayı: I, s. 463–465.

<sup>586</sup> Anayasa Mahkemesinin, 01. 10. 1991 gün ve E. 1990/40, K. 1991/33 sayılı karar. Anayasa Mahkemesi Kararlar Dergisi, Sayı 27, Cilt 2. s. 565.

<sup>587</sup> Azrak, Ali Ülkü, "İptal Davalarının Objektif Niteliği", **Ankara Barosu Hukuk Kurultayı**, I. Kitap, 12-16 Ocak, 2000, Ankara, s. 331.

<sup>588</sup> Azrak (2000): s. 332.

<sup>589</sup> Azrak (2000): s. 332.

İdare için de bir güven kaynağıdır<sup>590</sup>. Gerçekten de, Güran'ın belirttiği gibi, "...bağımsız mahkemelerce gelişmiş yargısal usuller izlenerek yapılmış adil, yansız, inandırıcı bir yargılama sonucunda verilecek olumlu bir karar (red kararı) ile denetlenen işlemler, hukuka uygunlukları yargı tarafından da doğrulanmak şeklindeki manevi bir onaylama ile güvenilirlik kazanacaktır. Aynı manevi etki, iptale hükmedilmesi halinde de söz konusudur. Bu defa da vatandaşların ve kamuoyunun nazarında, bu ülkede, Anayasal düzende, bu Devlette, hukuka aykırı işlemlerin keyfi uygulamaların, yanlış bir yönelimin yasama şansının bulunmadığı inancı yaratılmış olacaktır"<sup>591</sup>.

Öte yandan, anılan cezalara karşı 657 sayılı Kanunun 135 inci maddesi uyarınca, "Disiplin amirleri tarafından verilen uyarma ve kınama cezalarına karşı itiraz, varsa bir üst disiplin amirine yoksa disiplin kuruluna yapılabilir. "şeklinde bir düzenleme getirilmekle, idari başvuru yolu tanınmış ve gösterilmiş ise de, tanınmış bulunan bu hukuksal olanağın yargısal başvuru olanağının bulunmayışının yaratmış olduğu hukuksal güvence boşluğunu doldurduğu söylenemez<sup>592</sup>. Gerçekten de, İdarenin hukuka aykırı işlemlerinin İptallerinin sağlanarak; O'nun hukuka uygun hareket etmesinin sağlanmasında yargısal başvuru dışında, idari ve siyasi başvuru yolları da bir dereceye kadar önemli olmakla birlikte<sup>593</sup>, bunların yetersizliğinin tecrübe edilmesi sonucundadır ki, yargısal başvuru ve denetim yolunun tanınmasına gereksinim duyulmuştur<sup>594</sup>. Dolayısıyla, hangi gerekçeyle olursa olsun, bir kısım idari işlemler yargı denetimi dışında bırakılmışsa, Hukuk Devleti prensibi zedelenmiş olur zira bu şekilde, ilgili hak ve özgürlükler koruma alanı dışına çıkarılmış olur<sup>595</sup>.

Uyarma ve kınama cezalarına karşı yargı yoluna başvurma yolunu kapatan yasal düzenleme, hukuk düzenimize ilk kez 657 sayılı Devlet Memurları Kanununun 12. 05. 1982 tarih ve 2670sayılı Kanunun 39 uncu maddesi ile değişik 135 inci maddesi ve anılan Kanunun 40 ncı maddesi ile değişik 136 ncı maddesi ile girmiş bulunmaktadır.

<sup>590</sup> Güran (1986-1987): s. 37.

<sup>591</sup> Güran (1986-1987): s. 37.

<sup>592</sup> Esasen bu tip başvuruların hukuki güvencesinin bulunmadığı ve genellikle hiçbir sonuç yaratmadığı da bilinen bir husustur. Azrak, Ali Ülkü, "İdarenin Yargısal Denetimine İlişkin Sorunlar", **Uluslararası Anayasa Hukuku Kurultayı**, Ankara 2002, s. 461.

<sup>593</sup> Yıldırım, Ramazan, **Türk İdare Hukuku Açısından İdari Başvurular**, AKADER Yayınları, Diyarbakır, 2003, s. 78 vd.

<sup>594</sup> Özdeş, Orhan, "İdari Yargı ve Yargılama Usulünün Özellikleri", **Danıştay Dergisi**, Sayı: 12-13, Ankara, 1974, s. 10; Azrak (2002): s. 441-443.

<sup>595</sup> Kaboğlu (2002): s. 170.

Gerçekten de, henüz 1982 Anayasası yapılp yürürlüğe girmeden önce, anılan yasal düzenlemeyle, 657 sayılı Devlet Memurları Kanununun 135 inci maddesinin 1 inci fıkrası, "Disiplin amirleri tarafından verilen uyarma ve kınama cezalarına karşı itiraz, varsa bir üst disiplin amirine yoksa disiplin kuruluna yapılabilir. " şeklinde ve 136 inci maddesi 4 üncü fıkrası da, "itiraz edilmeyen kararlar ile itiraz üzerine verilen kararlar kesin olup, bu kararlar aleyhine İdari yargı yoluna başvurulamaz" şeklinde bir düzenlemeye kavuşturulmuştur.

Daha sonra yürürlüğe giren 1982 Anayasasının 129 uncu maddesiyle de, Uyarma ve kınama cezaları ile ilgili olanlar hariç disiplin kararları yargı denetimi dışında bırakılmaz. " hükmüne yer verilmek suretiyle, anılan yasal düzenleme, anayasal bir destek ve dayanağa kavuşturulmuş olmaktadır. Diğer bir tür ifadeyle, Anayasa, Yasaya uydurulmaya çalışılmıştır<sup>596</sup>.

Bu durumda, 657 sayılı Devlet Memurları Kanununun, uyarma ve kınama cezalarına karşı yargı yolunu kapatan 136 inci maddesi 4 üncü fıkrası hükmünün Anayasaya aykırı bir yönünün olmadığı düşünülebilir<sup>597</sup>. Nitekim Danıştay İdari Dava Daireleri Genel Kurulu da bir kararında, "Anayasanın 129 uncu maddesinin 3 üncü fıkrasında yer alan 'uyarına ve kınama cezalarıyla ilgili olanlar hariç, disiplin kararları yargı denetimi dışında bırakılmaz' hükmü uyarınca uyarma ve kınama cezalarının yargı denetimi dışında bırakılabileceği belirtilmiştir. Ancak, bu yönde bir kısıtlamanın normlar hiyerarşisine göre yasa ile getirilebileceği de açık bulunmaktadır. Bu itibarla, yönetmelik hükmü ile yargı denetimine sınır konulması düşünülemez." diyerek, kanunla olmak kaydıyla, uyarma ve kınama cezalarının yargı denetimi dışında tutulmasında Anayasaya aykırı bir yön olmadığına hükmetmiş bulunmaktadır. Danıştay'a göre, "Anayasanın 129. maddesindeki, uyarma ve kınama cezalarıyla **ilgili** olanlar hariç, disiplin kararlarının yargı denetimi dışında bırakılmayacağı yolundaki hüküm, uyarma ve kınama cezalarının yargı denetimi dışında bırakılabileceği anlamını taşımakla, yakanda açıklanan hak arama hürriyetine ilişkin 36. maddeye özel bir sınırlama getirmiştir. "<sup>598</sup>.

---

<sup>596</sup> Akyıldız, Ali, "Disiplin Hukukumuzda Anayasal Bakış", **Türk Hukuk Dünyası**, Yıl 2, Sayı: 3, Mayıs 2002. s. 44.

<sup>597</sup> Ömeğin, Gözübüyük-Tan ve Gözler bu fikirdedir. Bkz: Gözübüyük-Tan (2001): s. 827; Gözler, Kemal, **İdare Hukuku Dersleri**, Ekin Kitabevi Yayınları, Bursa 2002, s. 238.

<sup>598</sup> Danıştay 8. Dairesinin 18. 12. 1997 gün ve E. 1997/1535, K. 1997/4048 sayılı kararı, Danıştay Dergisi, Sayı: 96, s. 411.

Akyıldız'ın da belirttiği gibi, Danıştay'ın bu yaklaşımını benimsemekte güçlük vardır<sup>599</sup>. Gerçekten de, "Anayasanın 36 ncı maddesinde, herkesin yasalara uygun araç ve yollardan yararlanarak yargı yerleri önünde davacı veya davalı olarak iddia ve savunma hakkına sahip olduğunun, 13 üncü maddesinde de temel hak ve hürriyetlerin, maddede belirtilen genel ve özel nedenlerle Anayasanın sözüne ve ruhuna uygun olarak kanunla sınırlanabileceğinin belirtildiği; Anayasanın bu kuralların birlikte değerlendirilmesinden, İdari işlemlere karşı yargı yolunun açık olmasının, temel ilke olduğu, ancak hak arama hürriyetinin bazı genel ve Özel nedenlerle sınırlanabileceği sonucunun ortaya çıktığı..."<sup>600</sup> belirlemesi yapıldıktan sonra; "...129 uncu maddede kamu hizmeti görevlilerine ilişkin olarak, uyarma ve kınama cezalarının yargı denetimi dışında bırakılabileceği belirtilerek genel kurala bir istisna getirilmiş"<sup>601</sup> olduğunun kabul edilmesi hem kendi içinde çelişkili bir görünüm arz etmektedir ve hem de " sanki Anayasanın 129. maddesi, Anayasanın 13. maddesini değiştirmiş ve yasama organına, sırf uyarma ve kınama cezalarına özgü olmak üzere, yasayla yapmak şartına uyulduğu takdirde, hak arama özgürlüğüne bir sebebe dayanmaksızın sınırlama yapma imkanını getirmiş gibi bir algılama göze çarpıyor."<sup>602</sup>

Gerçi, Anayasanın 129 uncu maddesinin gerekçesine bakıldığında, "...ayrıca, disiplin kararlarının yargı denetimi dışında tutulamayacağı da, tereddütleri giderecek biçimde ifade edilmiş; ancak, uyarma ve kınama cezaları özellikleri dolayısıyla bu kuralın dışına çıkarılmıştır. " şeklinde bir hükme yer verilmiş olması karşısında; böyle bir yoruma bir ölçüde hak vermek de kaçınılmaz gibi görünüyor. Ancak, Anayasanın temel hak ve özgürlükler ile ilgili rejimi bir bütün olarak ele alındığında; Anayasanın 13. maddesinde, 03. 10. 2001 tarih ve 4709 sayılı Kanunla yapılan değişiklikten önceki yani söz konusu Danıştay kararlarının verildiği dönemdeki Anayasal düzenlemeler karşısında dahi, Anayasanın 129 uncu maddesinin 36 ncı maddeye bir istisna teşkil ettiğini ve 13 üncü madde hükümlerinden bağımsız bulunduğunu kabul etmeye olanak bulunmadığı ortadadır<sup>603</sup>. Yani, doktrinde ileri sürülen bazı görüşlerin aksine<sup>604</sup>, Anayasanın 129 uncu maddesi uyarma ve kınama cezalarını doğrudan yargı denetimi dışında bırakmamış; bu

<sup>599</sup> Akyıldız (2002): s. 42-43

<sup>600</sup> Danıştay idari Dava Daireleri Genel Kurulunun 17. 06. 1994 gün ve E. 1993/61, K1994/327 sayılı kararı, **Danıştay Dergisi**, Sayı: 90, s. 141-142.

<sup>601</sup> Aynı karar, s. 142.

<sup>602</sup> Akyıldız (2002): s. 42-43

<sup>603</sup> Altıparmak, Kerem – Karahanogulları, Onur, "Bölge İdare Mahkemesi Kararıyla Anayasanın Zimnen iptali". **İnsan Hakları Yıllığı**, Cilt: 19-20, 1997-1998, s. 233.

<sup>604</sup> Kaboğlu (2002): s. 165; Gözler (2002): s. 238

konuda düzenleme yapmak üzere yasa koyucuya yetki vermiş bulunmaktadır<sup>605</sup>. Yasa koyucu da, söz konusu yetkiyi kullanırken Anayasanın 13 üncü ve 36 ncı maddelerine uygun bir şekilde kullanmak zorundadır.

Ne var ki, mevcut yasal düzenleme itibariyle, söz konusu yetkinin Anayasaya uygun bir şekilde kullanıldığından bahsedilemez<sup>606</sup>. Zira yukarıda da belirtildiği gibi, Devlet Memurları Kanununun, 136 ncı maddesinin Anayasaya uygun sayılabilmesi için; Anayasanın kabul ettiği sınırlama nedenlerinden birisine dayanması, sınırlamanın kanunla yapılması ve sınırlamanın sınırlarını aşmaması gerekir ki, yapılan sınırlama Anayasaya uygun sayılabilsin. Aksine bir kabul; Hukuk Devleti ilkesine Cumhuriyetin nitelikleri arasında yer veren (md. 2) ve hak arama özgürlüğünü (md. 36) herhangi bir kısıtlama öngörmeksizin kabul eden bir Anayasa bakımından açıklanamayacak bir çelişki teşkil eder<sup>607</sup>. Nitekim Anayasanın, "Yargı yolu" başlıklı 125 inci maddesinin I inci fıkrasında, "İdarenin her türlü eylem ve işlemlerine karşı yargı yolu açıktır. " düzenlemesine yer verildikten sonra aynı maddenin 2 nci fıkrasında, "Cumhurbaşkanının tek başına yapacağı işlemler ile Yüksek Askeri Şuranın kararları yargı denetimi dışındadır." düzenlemesine yer verilmesi suretiyle bazı idari makamlarca tesis edilen idari işlemlerin yargı denetimi dışında tutulduğu açıkça ifade edilmiştir. Ayrıca, 159 uncu maddenin 5 inci fıkrasıyla da, "Kurul kararlarına karşı yargı yoluna başvurulamaz. " şeklinde bir düzenlemeye yer verilerek, Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulu tarafından tesis edilen idari işlemlere karşı da yargı yolu kapatılmıştır. Anayasanın bir hükmünün diğerine aykırı olduğu ileri sürülemeyeceğinden, yani Anayasa hükümlerinin bağlayıcılığı bakımından aralarında bir altlık-üstlük sıralaması bulunmadığından; Anayasanın bizatihi kendisinin bazı idari makamlarca tesis edilen işlemler üzerindeki yargısal denetim olanağını dışlayarak, "idarenin her türlü eylem ve işlemlerine karşı yargı yolu açıktır" (md. 125/1) kuralına ve "Herkes, meşru vasıta ve yollardan yararlanmak suretiyle yargı mercileri önünde davacı veya davalı olarak iddia ve savunma hakkına sahiptir" (md. 36/1) yolundaki kurallara istisna getirerek; anılan hak ve özgürlükleri yine Anayasanın kendisi sınırlamıştır. Fakat uyarma ve kınama cezaları bakımından bu

<sup>605</sup> Nitekim, bu gerekçeden hareketle ki, Danıştay, uyarma ve kınama cezalarına karşı yargı yolunu kapatan hükümlerin Yönetmelikle getirilmesini Anayasaya aykırı bularak iptal etmiştir. Örnek olarak Bkz g) Yargı Kararları. Doktrindeki yazarların da yargı yerleri ile aynı görüşü paylaştığı görülmektedir. Bkz. Gözübüyük, A. Şeref, **Yönetmelik Kararı**, Güncelleştirilmiş 14. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara, 2001. s. 30; Gözübüyük-Tan (2003): s. 48 vd.; Günday (1990): s. 142 ve dipnot 8; Oğurlu, Yücel, **İdari Yaptırımlar Karşısında Yargısal Korunma**, Gözden Geçirilmiş 2. Baskı. Seçkin Kitabevi, Ankara, 2001, s. 210.

<sup>606</sup> Altıparmak- Karahanoğulları (1997-1998): s. 233; Akyıldız (2002): s.44 vd. Gözübüyük-Tan ise **Devlet Memurları Kanununun getirdiği düzenlemenin Hukuk Devleti ve hak arama Özgürlüğüne ters düştüğünü**, ancak Anayasaya uygun olduğunu belirttiktedirler. Bkz. Gözübüyük-Tan (2003): s 827.

<sup>607</sup> Azrak (2002): s. 443.

sınırlamayı, Anayasanın bizatihi kendisi yapmamış, temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılması ile ilgili Anayasal rejime uymak kaydıyla, bunu yapma yetkisini yasa koyucuya tanımış bulunmaktadır<sup>608</sup>.

Hal böyle olunca, yasa koyucu tarafından yapılacak sınırlayıcı düzenlemenin Anayasaya uygun olabilmesi için, sınırlamanın kanunla yapılması, Anayasanın öngördüğü bir sınırlama nedenine dayanması ve yine Anayasanın öngördüğü sınırlamanın sınırlarının aşılması gerekir (md. 13)<sup>609</sup>.

Yinelemek gerekirse, 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu'nun 136 ncı maddesinin yargı yoluna başvurma hakkına kısıtlama getiren hükmü; 3. 10. 2001 tarih ve 4709 sayılı Kanunla Anayasa'nın 13 üncü maddesinde değişiklik yapılmadan önce dahi Anayasa'ya aykırı idi. Zira yukarıda da belirtildiği üzere, anılan dönemde bir temel hak veya özgürlüğün sınırlandırılabilmesi için; genel veya özel sınırlama nedenlerinden birinin mevcut olması, sınırlamanın kanunla yapılması ve sınırlamanın sınırlarının aşılması gerekirdi ki, yapılan sınırlama Anayasa'ya uygun sayılabilirdi. Hâlbuki anılan sınırlama, Anayasa'daki genel ve özel sınırlama nedenlerinden hiç birisine dayanmadığından o dönemdeki anayasal düzenlemeye aykırıydı. 2001 Anayasa değişikliği ile, 13 üncü madde genel sınırlama hükmü olmaktan çıkarılınca temel hak ve Özgürlükler, ancak ilgili maddelerinde kendileri için öngörülen nedenlerle sınırlanabileceğinden ve 36 ncı maddede de bir sınırlama nedenine yer verilmediğinden; hiçbir nedene dayanmadan hak arama özgürlüğüne sınırlama getiren ilgili yasal düzenleme bu itibarla Anayasa'ya aykırıdır<sup>610</sup>.

Kaldı ki, Duran'ın da belirttiği gibi, bir ülkenin Hukuk Devleti sayılabilmesi için, o ülke kanunlarının, anayasal ve üst kurallara uygun bulunmasıyla değil; ancak bunların çağdaş demokrasi esaslarına aykırı olmaması ile sağlanabilir. Bu nedenledir ki, günümüzde, salt Hukuk Devleti belirlemesi yeterli sayılmayıp, "demokratik Hukuk Devleti" niteliğinden söz edilmektedir. Çünkü Hukuk Devleti, insan haklarına ve özgürlüklerine dayalı demokratik bir sistemin

---

<sup>608</sup> Kaplan (2003): s. 318.

<sup>609</sup> Kaplan (2003): s. 319.

<sup>610</sup> Kaplan (2003): s. 319.

gerçekleşmesine hizmet ettiği için ve o ölçüde yararlı ve gerekli bir ilkedir<sup>611</sup>. Özellikle, yargısal denetimin kapsamı konusunda daraltıcı hükümler sevk eden yasal düzenlemeler çağdaş nitelikte görülemez<sup>612</sup>. Başka bir deyişle, idarenin yargısal denetiminin kapsamının sınırlarının belirlenmesinin siyasal iktidarların takdirine bırakılması çağdaş bir yaklaşım olarak kabul edilemez. Çünkü çağdaş devlette bu sınırları belirleyen, siyasal iktidarların takdirine göre düzenleyen mevzuat değil, Hukuk Devleti ilkesidir<sup>613</sup>. Dolayısıyla, "Hukuk Devletinde yasa koyucu organ da dâhil olmak üzere, Devletin bütün organları üstünde hukukun mutlak bir egemenliğe sahip olması, yasa koyucunun faaliyetlerinde kendisini her zaman Anayasa ve hukukun üstün kurallarıyla bağlı tutması gerekir. Çünkü yasanın da üstünde yasa koyucunun bozamayacağı temel hukuk ilkeleri ve Anayasa vardır. Yasa koyucu bunlardan uzaklaştığı takdirde meşru olmayan bir tasarrufta bulunmuş olur. Hukukun ana ilkelerine dayanmayan. Devletin amacı ve varlığıyla bağdaşmayan ve sadece belli bir anda ortaya çıkan geçici bir çoğunluğun sağladığı kuvvete dayanılarak çıkarılan yasalar kamu vicdanında olumsuz tepkiler yaratır. Böyle bir yasayı Hukuk Devletinin tasarrufu niteliğinde saymak olanaksızdır."<sup>614</sup>

Hâlbuki Devlet Memurları Kanunu'nun sözünü ettiğimiz düzenlemesi bu ilke ve gereklerden yoksundur ve böyle olduğu için de. Türkiye Cumhuriyeti Devleti'nin, demokratik bir Hukuk Devleti olduğunu öngören 2 nci madde bakımından da, Anayasa'ya aykırıdır. Anılan yasal düzenleme nihayet, 10 uncu maddenin öngördüğü "eşlilik" ilkesine de ters düştüğünden, Anayasa'ya aykırıdır. Zira, bilindiği üzere, 657 sayılı Kanun kapsamı dışında kalan bir kısım kamu personeli için uyarma ve kınama cezalarına karşı yargı yolu açıktır. Örneğin, üniversitelerin akademik personeli, SSK personeli, TRT personeli, İş ve İşçi Bulma Kurumu personeli gibi. Hatta genel olarak 657 sayılı Kanun kapsamında olmakla birlikte, kendileri hakkında ayrıca disiplin suç ve cezalarına ilişkin düzenlemeler getirilmiş bulunan öğretmenler bakımından da durum böyledir. Nitekim 10. 06. 1930 tarih ve 1702 sayılı İlk ve Orta Tedrisat Muallimlerinin Terfi ve Tecziyeleri Hakkında Kanun uyarınca verilecek ihtar (uyarma) ve tevbih (kınama) cezaları yargı denetimine tabi

<sup>611</sup> Duran, Lütfi, **Türkiye Yönetiminde Karmaşa**, Çağdaş Yayınları, İstanbul. 1988.s. 276.

<sup>612</sup> Azrak (2002): s. 443.

<sup>613</sup> Azrak (2002): s. 443.

<sup>614</sup> Anayasa Mahkemesinin 11. 10. 1963 gün ve E. 1963/124, K. 1963/243 sayılı kararı, **Anayasa Mahkemesi Kararlar Dergisi**. Sayı: I, s. 165.

olduğu gibi<sup>615</sup> 13. 01. 1943 tarih ve 4357 sayılı Hususi İdarelerden Maaş Alan İlkokul Öğretmenlerinin Kadrolarına, Terfi, Taltif ve cezalandırılmalarına ve bu Öğretmenler İçin Teşkil Edilecek Sağlık ve İçtimai Yardım Sandığı ile Yapı Sandığına ve Öğretmenlerin Alacaklarına Dair Kanun uyarınca verilecek "kusurlu sayılmak" cezasına karşı da yargı yolu açıktır. Dolayısıyla, bir kısım kamu personeli için uyarma ve kınama cezalarına karşı yargı yolu açık iken, diğer bir kısmı için bu yolun kapalı tutulmuş olmasını; Anayasa'nın eşitlik ilkesini ihlal etmeyecek şekilde bir hukuksal temel ve gerekçeye dayandırabilme olanağı bulunmamaktadır. Anayasa'ya aykırılık sorununun bugüne kadar gündeme getirilmemiş ve Anayasa Mahkemesinin önüne götürülmemiş olmasının sebebi bilindiği üzere, anılan düzenlemenin Anayasanın geçici 15. maddesi kapsamında olmasındandır. Şimdi böyle bir engel kalmadığına göre, anılan hükmün Anayasaya aykırılığı itiraz yoluyla ileri sürülebilecektir. Gerçi, anılan düzenlemenin Anayasaya aykırılığının Ankara 8. İdare Mahkemesi önünde ileri sürüldüğü bir Danıştay kararından anlaşılmakta ise de, o tarihte yürürlükte bulunan Anayasanın geçici 15. maddesi engeli nedeniyle mi, yoksa Anayasaya aykırılık itirazı adı geçen Mahkemece ciddi bulunmadığından ötürü mü hususu açıklığa kavuşmamakla birlikte, sorun Anayasa Mahkemesi önüne taşınamamıştır<sup>616</sup>.

Kaplan'a göre<sup>617</sup>, uyarma ve kınama cezaları dışında kalan diğer disiplin cezaları da yasa koyucu tarafından yargı denetimi dışında tutulamaz. Zira Anayasanın konuyla ilgili 129 uncu maddesinin 3 üncü fıkrasına bakıldığında, "Uyarma ve kınama cezalarıyla ilgili olanlar hariç, disiplin kararları yargı denetimi dışında bırakılamaz. " şeklinde bir düzenlemenin yer aldığını görmekteyiz. Bu durumda, "...hangi merci ve hangi yöntemle olursa olsun" uyarma ve kınama cezaları dışındaki diğer disiplin kararlarının (cezalarının) yargı dışı tutulmalarına olanak yoktur<sup>618</sup>. Yani, Anayasanın 129 uncu maddesi, disiplin cezaları bakımından hak arama özgürlüğüne özel bir sınırlama sebebi getirmemekte; tam tersine, uyarma ve kınama cezaları dışındaki cezalar bakımından özel bir güvence oluşturmaktadır<sup>619</sup>. Diğer bir ifadeyle, anılan Anayasa hükmü, "Uyarma ve kınama

<sup>615</sup> Danıştay 8. Dairesinin, 03. 12. 1997 gün ve E. 1995/5283, K. 1997/3758 sayılı kararı, **Danıştay Dergisi**, sayı. 96. s. 415–416.

<sup>616</sup> Danıştay 8. Dairesinin 21. 10. 1999 gün ve E. 1999S/1220. K. 1999/5359 sayılı kararı, **Danıştay Dergisi**. Sayı: 103, s. 756–757.

<sup>617</sup> Kaplan (2003): s.321.

<sup>618</sup> Oğurlu (2001): s. 210.

<sup>619</sup> Altıparmak- Karahanoğulları (1997-1998): s. 233; Akyıldız (2002): s. 44; Oğurlu (2001): s. 210 dipnot 544.

cezaları dışında bırakılabilir" şeklinde değil, "uyarma ve kınama cezaları dışındaki disiplin cezaları konusunda hak arama özgürlüğüne kısıtlama getirilemez" şeklinde de okumak mümkündür ve madde hükmünü Anayasal sistem içerisindeki çelişkilerden arındırmak bakımından böyle bir yaklaşım gereklidir<sup>620</sup>. Aksi takdirde, uyarma ve kınama cezaları bakımından istisnai mahiyette hüküm sevk edilmesine gerek kalmazdı.

Danıştay'ın, uyarma ve kınama cezalarına karşı yargı yolunu kapatan yasal düzenlemeyi aşma konusunda gösterdiği çaba takdire şayan olmakla birlikte, bu çabanın yeterli bir yargısal denetimi sağlamaya yetmeyeceği de açıktır. Zira yukarıda da belirtildiği gibi, mevcut yasal düzenleme varlığını sürdürdükçe, söz konusu cezalar üzerindeki yargısal denetim; işlemin dış unsurlarının yargısal denetimiyle sınırlı kalacak ve bu haliyle de, eksik kalmaya mahkûm olacaktır. Bu nedenle, anılan cezalar üzerinde yeterli bir yargısal denetim sağlanabilmesinin yolu, yargı yoluna başvurmayı engelleyen söz konusu yasal düzenlemenin hukuk düzeninden çıkarılmasından geçmektedir<sup>621</sup>.

#### **e) Anayasanın 13.maddesinin Öngördüğü Sınırlamaların Sınırları**

Anayasa md. 13 "Temel hak ve hürriyetler, özlerine dokunulmaksızın yalnızca Anayasa'nın ilgili maddelerinde sebeplere bağlı olarak ve ancak kanunla sınırlanabilir." hükmüne yer verilmiştir. Anayasa'da 03/10/2001 tarihinde 4709 sayılı yasayla yapılan değişiklikten sonra Anayasanın 13. maddesi bu haline bürünmüştür. 2001 değişikliği ile daha önceleri aynı madde de belirtilen "Temel Hak ve Özgürlükler Devletin ülkesi ve milletiyle bölünmez bütünlüğü, milli egemenliği, Cumhuriyetin, milli güvenliğinin... korunması amacıyla... kanunla sınırlanabilir." hükmü ile temel hak ve özgürlüklere getirilen genel sınırlamalar kaldırılmış bu sayede Temel Hak ve Özgürlükler sınırlandırılması ancak Anayasa'nın her bir maddesinde belirtilen özel sınırlandırılmalarla mümkün olur hale gelmiştir<sup>622</sup>.

Temel Hak ve Özgürlüklerin korunması konusunda 2001 değişikliği ile kaldırılan genel sınırlandırmaların Temel Hak ve Özgürlüklerin korunması bahsinde özgürlüklere güç kazandırdığı kuşkusuzdur. Ancak Temel Hak ve Özgürlüklerin

<sup>620</sup> Altıparmak- Karahanoğulları (1997-1998): s. 233; Akyıldız (2002): s. 45.

<sup>621</sup> Kaplan (2003): s.334.

<sup>622</sup> Kulak, Sercan Coşkun, "Uyarma Kınama Cezaları ve Yargısal Denetim" **İstanbul Barosu Dergisi**, Cilt: 80, Sayı: 2, İstanbul, 2006., s.578,579.

korunmasında daha büyük bir güce sahip olan garantör Temel Hak ve Özgürlüklerin ancak kanunla sınırlandırılabilmesine dair Anayasa hükmüdür. Çünkü bu hüküm hem 2001 değişikliğinden önce 1982 Anayasası'nda yer almış hem de 1961 Anayasası'nda md. 11/1"Temel Hak ve Hürriyetler... ancak kanunla sınırlanabilir" hükmüyle kendine yer bulmuştur. Hatta 1921 Anayasası'nda da "Hukuku tabii olan hürriyetin herkes için hududu başkalarının hududu hürriyettir. Bu hudut Ancak kanun marifetiyle tespit ve tayin edilir" hükmüyle temelini ne kadar sağlam olduğunun göstermiştir. Buradan hareketle Anayasanın 129/3 maddesinde bahsi geçen uyurma ve kınama cezalarının yargı denetimi dışında bırakılması konusunda yasa koyucuya Anayasanın 13 maddesi bu yönüyle bir sınırlama getirmektedir. Yani sabit bir mantıkla Yasa koyucu Temel Hak ve Özgürlüklerin ancak kanunla sınırlandırılabilir; uyurma ve kınama cezalarının yargı denetimi dışında bırakılması hiç kuşkusuz kişi temel ve hak özgürlüklerinden olan hak arama özgürlüğünün sınırlandırılması demektir. Bu yüzden yasa koyucu bu sınırlandırmayı Anayasanın 13 maddesi gereği olarak ancak ve ancak yasayla yapabilecektir. Dolayısıyla uyurma ve kınama cezalarını yargı denetimi dışında bırakılması tüzük ya da bir yönetmelikle mümkün olamayacaktır<sup>623</sup>.

#### **f) İdari Yargılama Açısından Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesine Göre Adil Yargılanma Hakkı<sup>624</sup>**

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin altınca maddesinin birinci fıkrasında "Herkes, gerek medeni hak ve yükümlülükleri ile ilgili anlaşmazlıkların çözümlenmesi, gerek kendisine yöneltilen herhangi bir suçlamanın karara bağlanması konusunda, kanunla kurulmuş bağımsız ve tarafsız bir mahkeme tarafından davasının makul bir süre içerisinde adil ve açık olarak görülmesini istemek hakkına sahiptir." hükmüne yer verilmiştir. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin bu hükmünde adil yargılama kavramını oluşturan nitelikler açıkça sayılmıştır. Buna göre adil yargılama mahkeme önüne gelen uyuşmazlığın kanunla kurulan bunun yanında bağımsız ve tarafsız olma bir mahkeme önünde makul süresi içerisinde ve açık yapılan bir duruşmada görüşülmesidir. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesine göre adil yargılama kavramı 6. maddenin ilk bendinde sayılanlar dışında zımnî unsurlarda içermektedir. Mahkeme içtihadında rastlanan

<sup>623</sup> Kulak (2006): s.579.

<sup>624</sup> Bkz. Tezcan, Durmuş, **Türk İdari Yargı Sisteminin Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Açısından Değerlendirilmesi**, idari yargı sempozyumu, Ankara, 2000, Erişim Tarihi: 23.12.2007., [www.danistay.gov.tr](http://www.danistay.gov.tr).

' taraflar arasında silahların eşitliği', ' mahkeme önünde hak arama özgürlüğü', ' masumluk karinesi' bunlarda bazılarıdır"<sup>625</sup>. Yukarıdaki hükmün lafzında da görüldüğü üzere Sözleşme adil yargılanma hakkını iki husus için sınırlandırmıştır.

(1) Medeni hak ve yükümlülüklerle ilgili anlaşmazlıkların çözülmesi

(2) Kendisine yöneltilen herhangi bir suçlamanın karara bağlanması konusu

Buradan da anlaşılacağı üzere Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 6.maddesi hazırlanırken, çalışma grubu, idari yargının ve dolayısıyla idare hukukunun Sözleşme denetimi dışında tutulmasını kabul etmiştir. Zira idare hukuku milli ya da yerel nitelikte ve her ülkenin kendine özgü bir konu saymakta titizlendiği bir alandı. Günümüzde bu anlayışta değişmeler görülmüş bunun beraberinde de Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi pek çok konuyu Sözleşme ile ilgili sayıp denetlemeye başlamıştır<sup>626</sup>. Bir kısım idari uyuşmazlıkların nitelik ve anlamı dikkate alınıp, örnekseme yoluyla medeni hak ve yükümlülük uyuşmazlıkları kapsamına Avrupa İnsan Hakları Komisyonu ve Mahkemesi tarafından içtihatlarla dâhil edilerek, AİHS 6. maddesinde düzenlenen adil ya da dürüst yargılama kurallarına aykırılık yönünden denetime tabi tutulması sağlanmıştır<sup>627</sup>. Bu bağlamda Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin önüne gelen bir idari işleme ilişkin uyuşmazlığı incelemesi için bu işlemin yukarıda bahsedildiği üzere medeni hak ve yükümlülük niteliğinde görmesi gerekmektedir. Yani mahkeme önüne gelen her idari uyuşmazlığın denetimini yapmamaktadır. Ancak kendi kriterleri çerçevesinde medeni hak ve yükümlülük niteliğinde gördüğü uyuşmazlıkları Sözleşme açısından değerlendirmekte ve karara bağlamaktadır.

Örneğin; Konig Davasında (28. 06. 1978 tarih ve 6232/73 sayılı karar) doktor olan davacının mesleğini yapmasına ve klinik işletmesine ilişkin izin, Alman İdare makamlarınca iptal edilmiştir. Bu işleme karşı açılan davanın ulusal makamlarda makul süre içerisinde sonuçlandırılmadığını ileri süren davacı, A. İ. H. M'ne başvurmuştur. Mahkeme söz konusu idari işlemin bir mesleğin icrasına yönelik

<sup>625</sup> Karahanoğulları, Özlem Erdem, **A. İ. H. S. nin 6 Maddesi İdari Davalar Memur Uyuşmazlıkları**, Erişim Tarihi; 25.10.2007, <http://www.inhak-bb.adalet.gov.tr/aihs/madde6.htm>.

<sup>626</sup> Akıllıoğlu, Tekin, **İnsan Hakları ve Yönetim Hukuku**, Erişim Tarihi; 25.10.2007. <http://www.idare.gen.tr/akillioğlu-insan.htm>.

<sup>627</sup> Tezcan Durmuş, **Türk İdari Yargı Sisteminin Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Açısından Değerlendirilmesi**, 2000 İdari Yargı Sempozyumu, Erişim Tarihi: 23.12.2007., [www.danistay.gov.tr](http://www.danistay.gov.tr).

olduğu, dolayısıyla yönetsel niteliğinden çok “medeni hak” yönünün ağır bastığı gerekçesiyle davayı altıncı madde çerçevesinde incelenebilir bulmuştur<sup>628</sup>.

Mahkeme Pelegrin- Fransa kararında kamu mercileri ile personeli arasındaki uyuşmazlıklara ilişkin olarak, medeni hak ve yükümlülüklerin belirlenmesinde, yeni bir kriter getirerek, bu belirlemedeki karışıklığa son vermeyi amaçlamış ve içtihatlarına bir açıklık getirmiştir<sup>629</sup>.

Mahkemeye göre kamu hizmeti müessesini yerine getirmede kullanılacak bazı araçlar zorunlu olarak bazı kamu güçlerini kullanmayı gerekli kılar. Bu nedenle, bu tür statülere sahip olanlar devletin egemen gücünün bir parçasını kullanmaktadırlar. Buradan hareketle mahkeme Sözleşmenin 6. md'nin 1. fıkrasının amacı dışına çıkan tek uyuşmazlığın, devletin veya diğer kamu otoritelerinin genel menfaatini korumaktan sorumlu kamu otoritesinin temsilcisi olarak hareket ederek, kamu hizmetinin özel faaliyetlerini yürüten kamu personeli tarafından ileri sürülenlere olduğunu karara bağlamaktadır<sup>630</sup>.

Bu uyuşmazlıklar, devletin veya diğer kamu otoritelerinin genel menfaatini korumaktan sorumlu, kamu otoritesinin yetkili temsilcisi olarak hareket eden, polis veya silahlı kuvvetler mensupları gibi, kamu hizmetinin özel faaliyetlerini yürüten kamu personeli tarafından ileri sürülenlerdir. Diğer bir ifade ile devletin egemenlik yetkilerini doğrudan veya dolaylı kullanan ya da kamu otoritelerinin genel menfaatinin korumaktan sorumlu kamu personeli, bu tür uyuşmazlıklarda 6. md'nin koruma alanından çıkmaktadır<sup>631</sup>.

Örneğin “AİHM polislik ve askerlik mesleğinde uygulanan disiplin cezaları, barolar, meslek odası veya birlikleri gibi kurumlar tarafından üyelerinin meslek kuralarına aykırı davranışları, mesleğin saygınlığına zarar veren fiilleri nedeniyle uygulanan disiplin cezalarını Medeni hak ihlali veya suç isnadı kapsamında görmediğinden, bu tür şikayetleri altıncı madde içinde değerlendirmemektedir”<sup>632</sup>.

---

<sup>628</sup> Çiftçi, Erhan, A. İ. H. M Karaları Işığında Adil Yargılama İlkesi ve İdari Yargı, **Danıştay Dergisi**, Sayı: 106, Ankara, 2003, s.77-97.

<sup>629</sup> Inceoğlu, Sibel, **İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararlarında Adil Yargılanma Hakkı: Kamu ve Özel Hukuk Alanlarında Ortak Yargısal Hak ve İlkeler**, s. 45, Beta Yay, İstanbul, Mayıs 2002.

<sup>630</sup> Inceoğlu (2002): s. 46.

<sup>631</sup> Inceoğlu (2002): s. 47.

<sup>632</sup> Çiftçi (2003): s.77-97

Gerçektende Mahkeme Pellegrin davasında ortaya koyduğu kriterlerinin genel uygulamasında da bir kararlılık sergilemekte ve bu konularda önüne gelen uyuşmazlıklarda Pellegrin kriterlerine göre inceleme yapmakta ve kararını vermektedir. Bu tutumu Türkiye hakkında verdiği kararlarında da açık olarak görebilmekteyiz. Örneğin: Disiplinsizlik nedeniyle Yüksek Askeri Şura Kararıyla ordudan atılan askeri görevlilerin başvurusu devletin veya diğer kamu otoritesinin genel menfaatini korumaktan sorumlu kamu otoritesinin emanetçisi olarak hareket eden, kamu hizmetinin özel faaliyetlerini yürüten memurların uyuşmazlıklarının Sözleşmenin md. 6/1 dışında olduğunu, bu faaliyetlerin açık örneğinin polis ve silahlı kuvvetler tarafından yapılan faaliyetler olduğunu belirterek, söz konusu şikayetleri Sözleşmenin md 6/1 kapsamında görmemiştir<sup>633</sup>.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi sözleşmenin 6. maddesini ihlalini incelerken Sözleşme maddesini yukarıda da bahsi geçtiği üzere kendi içtihatları ile ortaya koyduğu adil yargılama kriterleri çerçevesinde değerlendirmektedir. Etkin bir şekilde mahkemeye başvurabilme hakkı, bağımsız ve tarafsız bir mahkemenin olması, yargılama sürecinin adil olması, kararların gerekçeli olması, duruşmaların aleni olması ve makul süre içerisinde davanın sonuçlandırılması bu kriterlerden en önde gelenleri olarak sayılabilir. Bu kriterlerden çalışma konusuyla ilgili olduğundan dolayı etkin bir şekilde mahkemeye başvurabilme hakkını daha detaylı inceleme gereği ortaya çıkmaktadır.

A.İ.H.M'ne göre "... Önüne getirilen bazı iddialar hakkında milli mahkeme olaylar veya hukuki konularda tam bir yargısal denetime sahip değilse, davanın esasına ilişkin bir karar veremiyorsa mahkemeye başvuru hakkı ihlal edilmiş olabilmektedir..." gerek bazı işlemler yargı denetimi dışında tutularak, gerek ise bazı kişiler dokunulmazlık veya muafiyet tanınarak da mahkemelerin uyuşmazlık hakkında karar verme yetkisi eline alınabilmektedir. Bu durumda da, kişinin iddiasını mahkeme önüne götürmesini engelleyerek, mahkemeye başvurma hakkını elinden alabilmektedir<sup>634</sup>.

---

<sup>633</sup> Gölcüklü, Feyyaz, Gözübüyük, A. Şeref, **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması**, Turhan Yayınları. Ankara, 2004.'ten aktaran İnceoğlu (2002): s. 47.

<sup>634</sup> İnceoğlu (2002): s. 132

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi idarenin tesis ettiği işlem ve eylemlere karşı ulusal yargı yerlerinde kişilere itirazlarını ileri sürme olanağı verilmemesini sözleşmenin 6. maddesine aykırı olarak yorumlamaktadır. A.İ.H.M. md. 6/1 'in sözleşmenin başlangıç bölümü ışığında yorumlanması gerektiğini hatırlatmakta ve hukuk devletinin sözleşmeye taraf devletlerin ortak mirası olduğunu belirtmektedir. Hukuk devletinin temel özelliklerinden biri ise, mahkemelerin bir konuyu kesin hükme bağladıkları durumlarda, bu kararların sorgulanmamasını gerekli kılan hukuki kesinliktir<sup>635</sup>. Mahkemelerin kararları hakkında bu sorgulanamazlığın sağlanması için gerekli bir hususta uyuşmazlığın mahkeme kararıyla sonuçlandırılabilme olanağının taraflara sağlanabilmesidir. Diğer bir deyişle Hukuk Devletinin gereği olan mahkeme kararlarının sorgulamama ilkesi beraberinde uyuşmazlıkların mahkeme önüne getirilmesi olanağını yani yargı yolunun kapatılmamasını zorunlu kılar.

Sözleşmeye taraf olan ülkeler sözleşme ile güvence altına alınan haklar bakımından kişilere ulusal yargı sisteminde, en etkin bir şekilde mahkemeye başvurabilme olanağını sağlamakla yükümlüdür. Etkin bir şekilde mahkemeye başvurabilme hakkı, gerektiğinde şahısların hukuki yardımdan yararlanabilmeleri, yargısal prosedürün basitleştirilmesi, yargılamanın en az maliyetle yapılması gibi hususları da kapsamaktadır. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi etkili bir şekilde mahkemeye başvuru imkânının olmaması veya sınırlandırılması halinde hukukun üstünlüğü ilkesinin geçerliliğinden bahsedilemeyeceği; dolayısıyla bu hakkın 6.maddenin ayrılmaz ve asli bir unsuru olduğunu ifade etmektedir. Etkin bir şekilde mahkemeye başvurabile hakkının kötü niyetle kullanılmaması için üye ülkeler tarafından alınacak önlemlere hiçbir zaman hakkın kullanılmasını engelleyecek şekilde özünü etkilememeli sınırlamalar amaca uygun makul ve amaçla orantılı olmalıdır. Mahkemeye göre etkin bir şekilde mahkemeye başvurma hakkını ortadan kaldıran diğer bazı durumlar ise şunlardır: İdari bir işlem veya karara karşı yargıya başvurma olanağının bulunmaması, idari eylemlere karşı etkili bir yargı yolunun mevcut olmaması, idari para cezaları ile ilgili itiraz veya temyiz yolunun mevcut olmaması, adli yargı talebinin reddine ilişkin karar karşı yargıya başvurabilme olanağının bulunmaması<sup>636</sup>.

---

<sup>635</sup> İnçeoğlu (2002): s. 139

<sup>636</sup> Çiftçi (2003): s. 77-97.; Konuyla ilgili son dönemde Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi aksi yönde bir içtihat oluşturmuştur. Bkz. Karaçay-Türkiye Davası AİHM'nin 5 Nisan 2007 tarihli kararı, Erişim Tarihi; 28.09.2007, <http://www.memurlar.net/haber/70280/>

## g) 1982 Anayasası ve Türkiye'deki Durum

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi hukuk devleti'nin gerçekleştirilebilmesi açısından Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 6. /1 maddesinin yorumlamasını geniş yapmakta ve mümkün olduğu kadar yargılamanın tarafsız, bağımsız ve her uyuşmazlık için gidilecek son yol olduğu fikrini içtihatlarına yerleştirmektedir. Ancak çalışmamızda da açıklandığı üzere Mahkemede bazı konularda ayrıma gitmekte ve tarafların ve fiillerin değişmesi karşısında farklı sonuçlara varabilmektedir. Mahkemenin Pelegrin davasında gerçekleştirdiği içtihadında da bu durumu görebilmekteyiz. Buna göre Sözleşmenin 6.md'nin 1. fıkrasının amacı dışına çıkan tek uyuşmazlık, devletin veya diğer kamu otoritelerinin genel menfaatini korumaktan sorumlu kamu otoritesinin temsilcisi olarak hareket ederek, kamu hizmetinin ana faaliyetlerini yürüten kamu personeli tarafından ileri sürülen uyuşmazlıklardır.

Diğer taraftan Mahkemenin sözleşmenin 6. maddesi hakkında kesin içtihatlarından biri de yargı yoluna kısıntı getirilememesidir. Yani taraf hakkında yapılan bir işlem ve eylemden dolayı gidilecek bir yolun bulunmaması halinin sözleşmeyi ihlal manasına geldiği içtihadıdır. Örneğin mahkeme "Pudas-İsveç davasında(da) başvurusunun taşımacılık ruhsatının Bölge İdare Kurulu tarafından iptal edilmesi sonrasında, son itiraz mercii ve bu uyuşmazlığı karar bağlayan makam olan İletişim ve Ulaştırma Bakanlığının kararına karşı bir mahkemeye veya mahkeme olarak kabul edilebilecek herhangi bir kurula başvurma imkânının olmaması(nı) ihlal olarak gör(ül)müştür."<sup>637</sup>

Mahkemenin bu içtihatlarından birlikte değerlendirildiği takdirde varılacak sonuç:bir uyuşmazlığa yargı kısıntısı getirilmesi sözleşmenin 6. maddesinin ihlal edilmesidir. Ancak mahkeme bu duruma bir istisna getirmiş ve devletin veya diğer kamu otoritelerinin genel menfaatini korumaktan sorumlu kamu otoritesinin temsilcisi olarak hareket ederek, kamu hizmetinin özel faaliyetlerini yürüten kamu personeli tarafından ileri sürülen uyuşmazlıklarda devlet tarafından yargı kısıntısı getirilmesini devletin bir bakıma egemenlik alanıyla ilgili bir hususta kendi istediği şekilde bir değerlendirme yapması ve bu durumun mahkemeler tarafından da denetlenmesine yasayla olmak şartıyla izin vermemesi olarak değerlendirmiştir. Görüldüğü üzere

---

<sup>637</sup> Inceoğlu (2002): s. 140.

mahkemeye göre kural olan devlet tarafından yargı kısıntısı getirilememesidir. Ancak bunun istisnası yukarıda bahsi geçen durumdur.

Türkiye’de de bazı işlemler 1982 Anayasası’nın ayrıklar yasası<sup>638</sup> olmasının gereği olarak yargı denetimi dışında bırakılmıştır. Bu tavizler HSYK, YAŞ kararları, Cumhurbaşkanının tek başına yaptığı işlemler ve Uyarma-Kınama cezalarıdır. A.İ.H.M nin Pellegrin kararındaki kriterleri gereği olarak yargıç ve savcılar ile silahlı kuvvetler mensuplarının devletin egemen gücünün kullanılmasına doğrudan katıldıkları için bunların memurluğa kabul, kariyerleri, çalışma koşulları veya görevden alınmaları, disiplin cezaları, emekliliğe sevkleri gibi konulardaki kararlar sözleşmenin 6. maddesinin koruması altında değildir<sup>639</sup>. Dolayısıyla 1982 Anayasası’nın bu tutumu karşısında A.İ.H.M.’ye gidilse de mahkeme getirilen bu yargı kısıntılarını 6. madde içerisinde değerlendirmeyecektir. Ancak mahkemenin bu tutumu bu düzenlemelerin Hukuk Devleti ilkesiyle bağdaşır olduğu anlamına gelmemektedir. Mahkemenin böyle bir içtihat ortaya koyması bir bakıma kendisini bu konuda yetkisiz görmesinden ileri gelmektedir.

#### **h) Danıştay Kararlarının İncelenmesi**

Anayasa (md.129/3) “Uyarma ve kınama cezalarıyla ilgili olanlar hariç, disiplin kararları yargı denetimi dışında bırakılmaz” hükmünü getirmiş; ayrıca, "Silahlı Kuvvetler mensupları ile hâkimler ve savcılar hakkındaki hükümleri" saklı tutmuştur.

Ancak bu denetim yasağı yargı kararlarında mutlak biçimde yorumlanmamaktadır. Söz konusu kısıtlamanın ayrıca yasa ile öngörülmediği hallerde idari yargı yolunun kapatılmayacağı kabul edilmektedir.

Örneğin Danıştay yönetmelikle “yargı kısıntısı” getirilemeyeceğine karar vermiştir. Bu durumda kamu görevlisinin tabi olduğu yasal düzenleme uyarma ve kınama cezalarına karşı yargı yolunu kapatmamış ise, yönetmelikle getirilen idari yargı yoluna başvurulamaz yolundaki hükmün hukuka aykırılığı yönünde karar verilmektedir.

Nitekim Danıştay da buradan hareketle kanuna değil yönetmeliğe dayanan (uyarma kınama cezalarına karşı) yargı yolu kapatılması işlemlerinin iptali yoluna

---

<sup>638</sup> Selçuk (2002): s. 90.

<sup>639</sup> İnceoğlu (2002): s. 141.

gitmektedir. Danıştay yükseköğretim kurumları öğrenci disiplin yönetmeliğinin doğrudan verilen uyarma ve kınama cezalarına karşı yargı yoluna gidilemeyeceğine ilişkin 33.maddesi 1.fıkrasının iptali ile ilgili bir kararında dava konusu kınama cezasına ilişkin işleminin iptaline karar vermiştir<sup>640</sup>;

“Dava, davacıya verilen kınama cezasının ve Yükseköğretim Kurumu öğrencilerine ilişkin Disiplin Yönetmeliğinin 33.maddesinin 1.fıkrasının iptali istemiyle açılmıştır.”

2709 sayılı 1982 Anayasasının 125.maddesinde, idarenin her türlü eylem ve işlemlerine karşı yargı yolunun açık olduğu belirtildikten sonra, Cumhurbaşkanının tek başına yapacağı işlemler ile Yüksek Askeri Şuranın kararları yargı denetimi dışında bırakılmıştır.

Anayasanın Kamu Hizmeti Görevlileri ile ilgili 129.maddesinin üçüncü fıkrasında ise uyarma ve kınama cezalarıyla ilgili olanlar dışında disiplin kararlarının yargı denetimi dışında bırakılmayacağı, Yükseköğretim Kurumları başlıklı 130.maddesinde de, Yükseköğretim Kurumlarında disiplin ve ceza işlerinin yasayla düzenleneceği öngörülmüştür.

Öte yandan Anayasanın Hak arama Hürriyeti olarak belirlenen 36.maddesinde, herkesin yasalara uygun araç ve yollardan yararlanarak yargı yerleri önünde davacı veya davalı olarak sav ve savunma hakkına sahip olduğu, 33.maddesinde de, temel hak ve hürriyetlerin, maddede belirtilen genel ve özel nedenlerle Anayasanın sözüne ve ruhuna uygun olarak yasalarla sınırlanabileceği belirtilmiştir. Anayasanın yukarıda yer alan kurallarının birlikte değerlendirilmesinden, idari işlemlere karşı yargı yolunun açık olmasının, temel ilke olduğu, ancak hak arama hürriyetinin bazı genel ve özel nedenlerle sınırlanabileceği sonucu ortaya çıkmaktadır. 129.maddede kamu hizmeti görevlilerine ilişkin olarak, uyarma ve kınama cezalarının yargı denetimi dışında bırakılabileceği belirtilerek disiplin kararlarının yargı denetimi dışında bırakılmayacağı genel kuralına bir aykırılık getirilmiştir.

---

<sup>640</sup> Danıştay 8 nci Dairesi; 22.12.1997, E.992/606-K.992/2809. sayılı kararı; Erişim tarihi: 27.08.2007, <http://www.danistay.gov.tr/kerisim/container.jsp>.

Mahkemeye göre; “Oysa aynı doğrultuda bir ayrıklık, Yükseköğretim Kurumları ile ilgili maddelerde yer almamış, disiplin ve ceza işlerinin Yasayla düzenleneceği belirlenmekle yetinilmiştir. Yükseköğretim Kurumu öğrencileri için, disiplin işlemleri ile ilgili düzenleme ise 2547 sayılı Yükseköğretim Kurumu Yasasının 54.maddesinde yer almış, bu madde de uyarma ve kınama cezalarına karşı idari yargı yoluna başvurulamayacağı yolunda bir kural öngörülmemiştir. Böylece, Anayasa ve Yasa ile öngörülmeyen bir sınırlamanın Yönetmelikle düzenlenemeyeceği açıktır. Anayasadaki Kamu Hizmeti görevlileri için getirilen uyarma ve kınama cezalarının yargı denetimi dışında bırakılabileceğine ilişkin kuralın, Yükseköğretim Kurumu öğrencileri için karşılaştırmak ile uygulanmasının ise, yine Anayasanın, temel hak ve hürriyetlerin genel ve yasalarla olmak koşuluyla özel nedenlerle sınırlanabileceğine ilişkin 13.maddesine de aykırılık oluşturacağı açıktır.”

“Belirtilen nedenlerle, Yükseköğretim Kurumları Öğrenci Disiplin Yönetmeliğinin 33.maddesinin 1.fıkrasının Anayasa ve Yasaya aykırı olması nedeniyle iptaline oyçokluğuyla, Davacıya verilen disiplin cezasına gelince; Davacı, yönetici ve öğretmenlerinin uyarılarına karşın derslere ve sınavlara başörtülü olarak girdiği gerekçesiyle Yükseköğretim Kurumları Öğrenci Disiplin Yönetmeliğinin 7.maddesinin (a) ve (e) bentleri uyarınca kınama cezası ile cezalandırılmıştır. Yönetmeliğin 7.maddesinin (a) bendinde, öğrencilik sıfatının gerektirdiği saygınlık ve güven duygusunu sarsacak nitelikte davranışlarda bulunmak, (b) bendinde de, ders, seminer, uygulama, laboratuvar, atölye çalışması ve konferans gibi çalışmaların düzenini bozmak, kınama cezasının gerektiren eylemler arasında sayılmıştır.”

“Belirtilen maddede, yükseköğretim kurumlarında başörtülü olarak bulunmanın kınama cezasını gerektirdiği yolunda herhangi bir kural yer almamaktadır. Davacının eyleminin, Yönetmeliğin 7.maddesinin (a) ve (c) bentlerindeki eylemlere de uymaması karşısında disiplin cezası ile cezalandırılmasında hukuka uyarlık görülmemiştir. Açıklanan nedenlerle, dava konusu kınama cezasına ilişkin işlemin” iptaline karar vermiştir.

Danıştay yukarıda değindiğimiz konuyla ilgili olarak başka bir kararında da dava tarihinde yürürlükte bulunan yükseköğretim kurumları yönetici öğretim elemanı ve memurları disiplin yönetmeliğinin 47.maddesi uyarınca uyarma ve kınama cezalarına karşı idari yargıda dava açılacağı yönünde karar vermiştir.

Karara göre<sup>641</sup>; Uyuşmazlık, Uludağ Üniversitesinde öğretim üyesi olan davacının kınama cezası ile cezalandırılmasına ilişkindir. Yükseköğretim Kurumları Yönetici, öğretim Elemanı ve Memurları Disiplin Yönetmeliğinin 10.12.1987 gün ve 19660 sayılı Resmi Gazetede yayımlanarak yürürlüğe giren yönetmelikte değiştirilen 47.maddesinde, disiplin amirleri tarafından verilen uyarma ve kınama cezalarına karşı itirazın, varsa bir üst disiplin amirine, yoksa disiplin kurallarına yapılabileceği, üst disiplin amiri veya disiplin kurullarının itiraz üzerine verdiği kararların kesin olduğu, bu yönetmelikte yer alan disiplin cezalarına karşı idari yargı yoluna başvurulabileceği kurala bağlanmıştır.

Davacı hakkında açılan soruşturma sonucunda amirine karşı hal ve hareketleri ile saygısızca davranışta bulunduğu gerekçesiyle Disiplin Yönetmeliğinin 6/c maddesi uyarınca 3.1.1990 günlü işlemle kınama cezası verilmiştir.

Bu durumda, anılan yönetmeliğin değişmeden önceki, uyarma ve kınama cezalarına karşı idari yargıya başvurmayı engelleyen 47 ve 48.maddelerinin olaya uygulanması olanağı bulunmamasına karşın, eski yönetmelik kurallarına dayanarak davayı incelenmeksizin reddeden Mahkeme kararında hukuka uyarlık görülmemiştir.

Açıklanan nedenlerle, Bursa 2.İdare Mahkemesi kararının, davanın esastan incelenerek sonuçlandırılmak üzere bozulmasına” karar verilmiştir.

Karara katılmayan üyeler ise Anayasanın 129/3 maddesini mutlak yasak biçiminde değerlendirmişlerdir.

Yine Danıştay konu ile ilgili diğer bir kararında TRT'de muhabir olarak görev yapan davacının uyarma cezasıyla cezalandırılmasına ilişkin işlemin, iptali istemiyle açılan davayı uyarma ve kınama cezalarına karşı idari yargı yolu kapalı olduğu gerekçesiyle incelenmeksizin reddeden idare mahkemesi kararında hukuki isabet bulunmadığı yönünde karar vermiştir<sup>642</sup>.

---

<sup>641</sup> Danıştay 8 nci Dairesinin; 15.01.1992, E.991/1755-K.992/30. sayılı kararı, Erişim tarihi: 27.08.2007; <http://www.danistay.gov.tr/kerisim/container.jsp>.

<sup>642</sup> Danıştay 8 nci Dairesinin; 24.12.1998, E.997/1959-K.998/4563.sayılı kararı, **Danıştay Dergisi** sy.100. Erişim tarihi: 27.08.2007, <http://www.danistay.gov.tr/kerisim/container.jsp>.

Bu durumda uyarma-kınama cezaları ile ilgili yargı yolunun kapalı olması Anayasanın 129/3 maddesinin mutlak bir emri olmayıp takdirin yasama organına bırakıldığı kabul edilmelidir.

Danıştay başka bir kararında; kamu görevlilerine verilen uyarma ve kınama cezalarının, anayasanın 129.maddesine göre, ancak yasayla yargı denetimi dışında bırakılabileceği; idarenin düzenleyici tasarruflarla yargı denetimine sınırlandırma getiremeyeceğini ayrıca iptali istenilen kınama cezası verilmesine ilişkin işlemin idarece kaldırıldığı anlaşıldığından, anılan işleme yönelik davada karar verilmesine yer olmadığına karar vermiştir<sup>643</sup>.

"Tıp Fakültesi Çocuk Sağlığı ve Hastalıkları Ana Bilim Dalı Başkanı olan davacı, işlediği öne sürülen disiplin suçu nedeniyle Yükseköğretim Kurumları Yönetici, öğretim Elemanı ve Memurları Disiplin Yönetmeliğinin 4.maddesinin (b) bendi ile 6.maddesinin (a) ve (j) bentleri uyarınca Üniversite Rektörlüğünün kararı ile kınama cezası ile cezalandırılmış, bu işleme karşı Yükseköğretim Kurulu Başkanlığı'na karşı yaptığı itiraz cevaplandırılmamak suretiyle reddedilmiş, dava da bu işlem ile söz konusu yönetmeliğin 48.maddesi 3.fıkrasının iptali istemiyle açılmıştır.

Yükseköğretim Kurumları Yönetici, öğretim Elemanı ve Memurları Disiplin Yönetmeliğinin 47.maddesinde yalnızca uyarma ve kınama cezalarına karşı itiraz hakkı öngörülerek disiplin amirleri tarafından verilen uyarma ve kınama cezalarına karşı bir üst disiplin amirine, yoksa disiplin kurullarına itiraz yapılabileceği belirtilmiş, aynı yönetmeliğin 48.maddesinde de, itirazın ne şekilde yapılacağı ve itiraz halinde itiraz mercilerinin yetkilerinin ne olduğu açıklandıktan sonra, aynı maddenin iptali istenilen 3.fıkrasında da aynen; "itiraz edilmeyen kararlar ile itiraz üzerine verilen kararlar kesin olup, bu kararlar aleyhine idari yargı yoluna başvurulamaz" kuralı yer almıştır.

2709 sayılı Anayasa'nın, Temel Haklar ve Ödevler Kısımının Kişinin Hakları ve Ödevleri bölümünde yer alan, Hak Arama Hürriyeti başlıklı 36.maddenin 1.fıkrasında aynen, "Herkes meşru vasıta ve yollardan faydalanmak suretiyle yargı mercileri önünde davacı veya davalı olarak iddia ve savunma hakkına sahiptir"

---

<sup>643</sup> Danıştay, 10 ncu Dairesinin; 21.01.1986, E. 985/169-K.986/31. sayılı kararı, Erişim tarihi: 27.08.2007; <http://www.danistay.gov.tr/kerisim/container.jsp>.

hükmüne yer verilmiş, Anayasa'nın aynı kısmında Genel Hükümler bölümünde yer alan Temel Hak ve Hürriyetlerin sınırlanması başlıklı 13.maddesinde de; "Temel hak ve hürriyetler, Devletin ülkesi ve milletiyle bölünmez bütünlüğünün, milli egemenliğin, cumhuriyetin, milli güvenliğin, kamu düzeninin, genel asayişin, kamu yararının, genel ahlakın ve genel sağlığın korunması amacı ile ve ayrıca Anayasa'nın ilgili maddelerinde öngörülen özel sebeplerle, Anayasa'nın sözüne ve ruhuna uygun olarak kanunla sınırlanabilir.

Temel hak ve hürriyetlerle ilgili genel ve özel sınırlamalar demokratik toplum düzeninin gereklerine aykırı olamaz ve öngörülükleri amaç dışında kullanılamaz. Bu maddede yer alan genel sınırlama sebepleri temel hak ve hürriyetlerin tümü için geçerlidir." kuralı yer almıştır.

Bu maddenin incelenmesinden temel hak ve hürriyetlerin tümü için geçerli olan genel sınırlama biçimleri tek tek sayılmak suretiyle saptandıktan sonra Anayasa'nın ilgili maddelerinde öngörülen özel sebeplerle de, temel hak ve hürriyetlerin sınırlanabileceği belirtilmiş, ancak niteliği ne olursa olsun bu sınırlamanın mutlaka kanun ile getirilmesi öngörülmüştür.

Anayasanın 129.maddesindeki, uyarma ve kınama cezalarıyla ilgili olanlar hariç disiplin kararlarının yargı denetimi dışında bırakılamayacağı yolundaki hüküm, uyarma ve kınama cezalarının yargı denetimi dışında bırakılabileceği anlamını taşımakla, yukarıda açıklanan hak arama hürriyetine ilişkin 36.maddeye özel bir sınırlama getirmiştir. Ancak bu sınırlamanın yalnızca yasama organı tarafından getirilebileceği idari makamlarca yürürlüğe konulan düzenleyici tasarruflarla, böyle bir sınırlama getirilmesinin ise yukarıda belirtilen Anayasa'nın 13.maddesi karşısında mümkün olamayacağı açıktır.

Öte yandan, Anayasa'nın 130.ve 131.maddeleri, kamu hizmeti görevlileriyle ilgili hükümlerden ayrı olarak, yükseköğretim kurumları ve üst kuruluşları ile ilgili farklı düzenleme getirmiş ve 130.maddesinde, yükseköğretim le ilgili hangi hususların kanun ile düzenlenmesi gerektiğini belirlerken bunların arasında disiplin ve ceza işlerini de saymıştır.

Bu kurala uygun olarak yürürlükte bulunan 2547 sayılı yükseköğretim Kanunu'nun 53.maddesinin (b) bendi, öğretim elemanları, memur ve diğer personelin disiplin işlemlerinin, disiplin amirlerinin yetkilerinin devlet memurlarına uygulanan usul ve esaslara göre Yükseköğretim Kurulunca düzenleneceğini belirtmiş, aynı kanunun 65.maddesinin (9) bendinde de bu düzenlemenin yönetmelik şeklinde olmasını hükme bağlamıştır. Ancak söz konusu kanunda uyarma ve kınama cezalarına karşı idari yargı yoluna başvurma hakkını engelleyen herhangi bir kurala yer verilmemiştir.

Burada, kanunun idareye tanıdığı yetki, sadece, disiplin suç ve cezalarına, devlet memurlarına uygulanan usul ve esaslara göre, paralel hükümler getirilmesine yönelik olup, dava açma hakkını kısıtlamak amacıyla kullanılamaz.

Dava konusu olan Yükseköğretim Kurumları Yönetici, öğretim Elemanı ve Memurları Disiplin Yönetmeliğinin 3.fıkrasında ise bu yetkinin aşıldığı ve Anayasa'nın 13.maddesi ile ancak kanunla hak arama hürriyetine getirilebilecek olan sınırlamaya yönetmelik hükmünde yer verildiği anlaşılmaktadır.

Bu durumda Anayasa'nın 13.maddesine ve 2547 sayılı kanuna aykırı olarak düzenlendiği anlaşılan, uyarma ve kınama cezalarına karşı idari yargı mercilerine başvurma hakkını engelleyen Yükseköğretim Kurumları Yönetici, öğretim Elemanı ve Diğer Memurları Disiplin Yönetmeliğinin 48.maddesinin 3.fıkrasının iptaline oyçokluğuyla karar verilmiştir. Ayrıca davacıya kınama cezası verilmesi yolundaki işlemin idarece kaldırıldığı anlaşıldığından, davanın, disiplin cezası ile cezalandırılması işleminin iptali istemine yönelik kısmı hakkında, konusunun kalmaması nedeniyle karar verilmesine yer olmadığına" karar verilmiştir.

Yargı yolu kanunla kapalı olan hallerde ise hukuka ve usule aykırı biçimde tesis edilen uyarma-kınama cezasının bu yönde denetime tabi olup olmadığı ise Danıştay kararlarında tartışmalıdır.

Örneğin, Danıştay, 657 sayılı yasaya göre, aleyhine yargı yoluna başvurulması olanaksız bulunan kınama cezasının, savunma alınmadan verilmesi halinde de yargı denetimine tabi tutulamayacağına hükmetmiştir<sup>644</sup>.

“Dava ve temyiz dosyasının incelenmesinden, yüksek tekniker olan davacının ortaya çıkarılan bir kaçakçılık olayında ihmali bulunduğu nedeniyle kınama cezası ile tecziyesine ilişkin davalı idare işleminin iptali istemiyle açılan dava sonunda, adı geçeninin savunması alınmadan disiplin cezası verilemeyeceği gerekçesiyle İdare Mahkemesince iptal kararı verildiği anlaşılmaktadır.

Bu kez davalı Orman Genel Müdürlüğü 657 sayılı Kanunun Bazı Maddelerinin değiştirilmesi bazı maddelerinin kaldırılması bu kanuna bazı maddeler eklenmesi hakkındaki 2670 sayılı Kanunun 40.maddesi gereğince, dava konusu işlem aleyhine idari yargı yoluna başvurulamayacağını ileri sürerek iptal kararının temyizen incelenerek bozulmasını istemektedir.

657 sayılı Devlet Memurları Kanununun 135.maddesinin 1.fıkrasında "Disiplin amirleri tarafından verilen uyarma ve kınama cezalarına karşı itiraz varsa bir üst disiplin amirine yoksa disiplin kurullarına yapılabilir" denilmekte, aynı yasanın, 136.maddesinde de, itiraz edilmeyen kararlar ile itiraz üzerine verilen kararların kesin olduğu ve bu kararlar aleyhine idari yargı yoluna başvurulamayacağı hükmü yer almaktadır.

Bu durumda davacının kınama cezasına karşı 657 sayılı Devlet Memurları Kanununun değişik 135 ve 136.maddelerine göre 7 gün içinde bir üst disiplin kuruluna itiraz etmesi gerekirken, böyle bir itirazda bulunmadığı, anılan yasanın 136.maddesinde itiraz edilmeyen disiplin cezaları ile itiraz üzerine verilen kararların kesin olduğu ve bu kararlar aleyhine idari yargı yoluna başvurulamayacağı hükme bağlandığından İdare Mahkemesince verilen iptal kararında hukuki isabet bulunmadığından bozulmasına, dosyanın İdare Mahkemesine gönderilmesine” karar verilmiştir.

---

<sup>644</sup> Danıştay, 10 ncu Dairesinin; 29.05.1986, E. 984/2529-K.986/1326. sayılı kararı; Erişim tarihi: 27.08.2007, <http://www.danistay.gov.tr/kerisim/container.jsp>.

Danıştay bir başka kararında usulüne uygun olarak tesis edilmemiş olan uyarma ve kınama cezalarının yargı denetimine tabi tutulması gerekmektedir biçiminde hüküm tesis etmiştir<sup>645</sup>.

"Olayda, ... Belediyesi Disiplin Amirleri Yönetmeliğine ekli cetvelde iktisat işleri müdürlüğündeki müfettişlerin disiplin amirinin birim müdürü olduğu ve disiplin cezasına konu fiilin işlendiği tarihte davacının iktisat işleri müdürlüğünde görevli bulunduğu, Ankara 6. İdare Mahkemesince verilen yürütmenin durdurulması kararı üzerine de idarece 25.8.1994 gününde yeniden eski görev yerinde başlatıldığı görülmektedir.

Bu durumda, idare mahkemesince yürütmenin durdurulması kararı üzerine görevlendirme işleminin tesis edildiği tarihten itibaren bütün hüküm ve sonuçları ile ortadan kalktığı gerekçesiyle uyarma cezasının yetkisiz disiplin amiri tarafından verildiği öne sürülüyor ise de, idarenin 6.7.1994 günü verilen yürütmenin durdurulması kararı üzerine İdari Yargılama Usulü Yasasının 28. maddesi uyarınca tebliğden itibaren 30 gün içinde işlem tesis etmeye yetkili bulunması karşısında, mahkemece bu hususların yerine getirip getirilmediği araştırılmadığı gibi yürütmenin durdurulması kararı ile tesis edilen işlemin hukuken doğmamış olduğundan bahisle ilgilinin yargı kararı uygulanıncaya kadar görevli bulunduğu yerdeki kusurlu fiil ve davranışları nedeniyle bulunduğu yer disiplin amirince cezalandırılmayacağı yolundaki kararında hukuki isabet görülmemiştir. Açıklanan nedenlerle, Ankara 6. idare Mahkemesi kararının bozulmasına, karar verilmiştir."

Anayasa'nın bu hükmü (md. 129/3) ile gene Anayasa'nın herkesin davacı ve davalı olarak iddia ve savunma hakkına sahip olduğunu öngören hükmünün (md.36) sınırlandırıldığını belirten Ankara Bölge İdare Mahkemesi ise bu hükmün yargılama hakkını güvenceye alan Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 6. Maddesine aykırı olduğunu; dolayısıyla, "Sözleşmeye aykırı olarak yargı yolunu kapatan bir anayasa hükmünün sözleşme hükümleri karşısında, Türk hukukunda zımnen iptal edildiği ve Türk yargıcınca Sözleşme hükümlerinin uygulanarak kınama cezalarına karşı açılan davaların incelenmesi gerektiği"ne karar vermiştir<sup>646</sup>. Ancak Danıştay içtihadında bu görüşün benimsendiğini söylemek mümkün değildir.

---

<sup>645</sup> Gözübüyük-Tan (2003):s.49; Danıştay 8 nci Dairesinin; 22.12.1997, E.995/3916-K.997/4112. sayılı kararı Danıştay Dergisi, sayı: 96, s. 411. vd.

<sup>646</sup> Gözübüyük-Tan (2003):s.50; Bilgen (1996): s. 129; Ankara Bölge idare Mahkemesi; 24.10.1995, YD itiraz: 995/2171

Danıştayın Emniyet Örgütü mensuplarına verilen uyarma ve kınama cezalarının yasayla bir istisna olmamasına rağmen yargı denetimi dışında olduğu yönündeki kararı da göze çarpmaktadır. Karara göre<sup>647</sup>;

“Polis Akademisi Başkanlığı kadrosunda öğretim üyesi olarak görevli bulunan davacının, Emniyet Örgütü Disiplin Tüzüğü’nün 13. maddesi uyarınca kınama cezası ile cezalandırılmasına ilişkin Yüksek Disiplin Kurulunun... Gün ve 134 sayılı kararının iptali istemiyle açılan davada, Anayasanın 129. ve 657 sayılı Devlet Memurları Yasasının 135. maddesinde, Devlet memurlarına verilen kınama cezasının kesin olduğu ve yargı yoluna başvurulamayacağına kurala bağlandığı, bu durumda esasının inceleme olanağı bulunmadığı gerekçesiyle davayı incelenmeksizin reddeden Ankara 1. İdare Mahkemesi kararının... Gün ve... Sayılı kararının, Emniyet Örgütü Disiplin Tüzüğü’nde ve 3201 sayılı Emniyet Teşkilatı Kanununda Kınama cezaları aleyhine yargı yoluna başvurulamayacağı hakkında bir hükmün yer almadığı öne sürülerek temyizen incelenerek bozulması talep edilmiştir.

657 sayılı Devlet Memurları Yasasının Kapsam başlığını taşıyan 1. maddesinin 19.2.1980 gün ve 2261 sayılı Yasanın 5. maddesi ile eklenen 3 fıkrasında, Emniyet Teşkilatı mensuplarının özel kanunları hükümlerine tabi oldukları belirtilmiş ise de, anılan kanun ile 657 sayılı Yasaya getirilen ek geçici 54. maddesinde, Emniyet Örgütü mensupları hakkında uygulanmakta olan 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu; ek ve değişiklikleri, ilgili kanun hükmünde kararnameler ve bu yasalara dayanılarak yürürlüğe konulan yönetmelikler kapsamına giren konuların, Emniyet Örgütü’nün hizmet ve kuruluşunun nitelik ve özelliği göz önünde tutularak özel bir kanunla düzenleneceği, bu düzenleme yapılmıyca kadar Emniyet Örgütü mensupları hakkında halen yürürlükte bulunan söz konusu hükümlerin uygulanmasına devam olunacağı hükmü yer almış ve henüz belirtilen yasal düzenlemenin yapılmamış olması karşısında; Emniyet Hizmetleri mensupları için de 657 sayılı Kanun hükümlerinin uygulanacağı açıktır. 3201 sayılı Emniyet Teşkilatı Kanununun 83. maddesi uyarınca hazırlanan Emniyet Örgütü Disiplin Tüzüğü’nde, Emniyet örgütünde çalışan her sınıftan memura verilecek disiplin cezalarını gerektiren eylem, işlem, tutum ve davranışlarla cezaların derece ve miktarları gösterildiğinden, yukarıda anılan 657 sayılı Yasanın ek geçici 54. maddesi uyarınca

<sup>647</sup> Danıştay 8 nci Dairesinin; 29.06.1998, E.995/4627-K.998/2393, sayılı kararı, **Danıştay Dergisi** sy.98. ; Erişim tarihi: 27.08.2007, <http://www.danistay.gov.tr/kerisim/container.jsp>

Emniyet Örgütü personeli için özel bir düzenleme yapılincaya kadar uyarma ve kınama cezalarının yargı denetimine ilişkin olarak 657 sayılı Yasanın ilgili kurallarının uygulanmasında hukuka aykırılık bulunmadığına ve bu nedenle temyiz isteminin reddi ile anılan kararın onanmasına karar verilmiştir.

Danıştay bir kararında da, iş ve işçi bulma kurumu personel yönetmeliğinin, resmi gazetede yayımlanmamış olmasının 3011 sayılı yasanın 1/d maddesine aykırılık taşıdığı, sözü edilen yönetmelikte yer alan "itiraz edilmeyen kararlar ile itiraz üzerine verilen kararlar kesin olup, bu kararlar aleyhine idari yargı yoluna başvurulamaz" yolundaki hüküm ile yargı denetimine kısıntı getirilmesinde hukuka uygunluk bulunmadığı, davacıya verilen uyarma cezasının 3817 sayılı memurlar ile diğer kamu görevlilerinin disiplin cezalarının affı hakkında kanun kapsamında kaldığına hükmetmiştir. Karara göre<sup>648</sup>;

"İş ve İşçi Bulma Kurumu Genel Müdürlüğü Hukuk Müşavirliğinde şef olarak görev yapan davacıya, amirleri tarafından verilen görevlere itiraz ederek, kurum işlerini yavaşlattığı nedeniyle, Personel Yönetmeliğinin 108-B/j maddesi uyarınca, fiilinin karşılığı olan kınama cezasının, bir derece hafifletilmek suretiyle "uyarma" cezası verilmesine ilişkin işlemin ve Kurum Personel Yönetmeliğinin "itiraz edilmeyen kararlar ile itiraz üzerine verilen kararlar kesin olup, bu kararlar aleyhine idari yargı yoluna başvurulamaz" hükmünü taşıyan 132.maddesinin 4.fıkrasının iptali istemiyle açılan dava sonucunda, Danıştay Onuncu Dairesince verilen kararla, dava konusu Personel Yönetmeliğinin 132.maddesinin 4.fıkrası ve davacıya uyarma cezası verilmesine ilişkin işlem iptal edilmiştir.

Davalı idare, bu kararın temyizen incelenerek bozulmasını istemektedir. Anayasanın 129.maddesinin 3.fıkrasında yer alan "uyarma ve kınama cezalarıyla ilgili olanlar hariç, disiplin kararları yargı denetimi dışında bırakılamaz" hükmü uyarınca, uyarma ve kınama cezalarının yargı denetimi dışında bırakılabileceği belirtilmiştir. Ancak, bu yönde bir kısıtlamanın, normlar hiyerarşisine göre yasa ile getirilebileceği de açık bulunmaktadır. Bu itibarla, yönetmelik hükmü ile yargı denetimine sınır konulması düşünülemez.

<sup>648</sup> Danıştay 8 nci Dairesinin; 23.10.1992, E.991/496-K.992/176, sayılı kararı; **Danıştay Dergisi** sy.87., Erişim tarihi: 27.08.2007, <http://www.danistay.gov.tr/kerisim/container.jsp>.

Diğer yandan, 3011 sayılı Resmi Gazetede yayımlanacak Olan Yönetmelikler Hakkında Kanunun 1.maddesi b bendi, kamu personeline ait genel hükümleri kapsayan yönetmeliklerin Resmi Gazetede yayımlanması gerektiği hükmünü taşımaktadır.

Bu durumda, davaya konu İş ve İşçi Bulma Kurumu Personel Yönetmeliğinin yasal zorunluluğa karşın Resmi Gazetede yayınlanmamış olmasının yanı sıra, "itiraz edilmeyen kararlar ile itiraz üzerine verilen kararlar kesin olup, bu kararlar aleyhine idari yargı yoluna başvurulamaz." hükmü ile yargı denetimine kısıntı getirilmesinde hukuka uygunluk bulunmadığından, Danıştay Onuncu Dairesinin temyize konu kararının, sözü edilen yönetmeliğin, dava konusu 132.maddesinin 4.fıkrasının iptaline ilişkin kısmının usul ve yasaya uygun bulunduğu, sonucuna varılmaktadır.

Davacıya verilen "uyarma" cezasının 3817 sayılı Memurlar İle Diğer Kamu Görevlilerinin Disiplin Cezalarının Affı Hakkında Kanun kapsamında kaldığı anlaşılmaktadır. Sonuç olarak, "uyarma" cezasının iptaline ilişkin kısmına yönelik, karar verilmesine yer olmadığına" karar verilmiştir.

Yine Anayasa Mahkemesinin 27.11.2007 tarihli kararına göre<sup>649</sup>; Konya ve Malatya İdare Mahkemeleri 657 sayılı Devlet Memurları Kanununun 125 nci maddesi uyarınca davacılar hakkında verilen "kınama" cezalarının iptali istemiyle açılan davalarda itiraz konusu kuralların Anayasa'ya aykırı olduğu kanısına varmışlar ve 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu'nun 135. maddesinin ikinci fıkrası ile 136. maddesinin dördüncü fıkrasının Anayasa'nın 2., 10., 11., 36., 125. ve 129. maddelerine aykırılığı savıyla iptalini istemişlerdir.

İtiraz yoluna başvuran Mahkemeler kararlarında, uyarma ve kınama cezalarına karşı yargı yolunun itiraz konusu kurallar gereğince kapalı olduğunu, idarenin bu işlemlerinin yargı denetimi dışında bırakılmasının hukuk devleti ilkesi ile bağdaşmadığını, 657 sayılı Yasa'ya tâbi olmayan kamu personelinin uyarma ve kınama cezasına dava açabilmesine rağmen 657 sayılı Yasaya tâbi personele bu hakkın tanınmamasının eşitlik ilkesine aykırı olduğunu, Anayasa'da uyarma ve kınama cezalarına karşı yargı yolu açıkça kapatılmamış iken yasa koyucu tarafından

<sup>649</sup> Anayasa Mahkemesinin 27.11.2007 tarih ve E.2002/169, K.2007/88 sayılı kararı. Erişim tarihi: 19.02.2008. <http://www.memurlar.net/haber/102414>.

bu yönde bir sınırlama getirilmesinin Anayasa'nın üstünlüğü ilkesiyle bağdaşmadığını, söz konusu kuralların hak arama özgürlüğüne ve idarenin her türlü eylem ve işlemine karşı yargı yolunun açık olduğuna ilişkin Anayasa kuralına aykırı olduğunu, uyarma ve kınama cezalarının dava konusu edilebilmesi bakımından Anayasanın 129. maddesinde yasa koyucuya bir takdir hakkı tanınmakla birlikte bunun sınırsız olmadığını ve Anayasanın diğer hükümleri ile bağdaşacak şekilde kullanılması gerektiğini, Anayasanın konuyla ilgili diğer maddeleri dikkate alındığında uyarma ve kınama cezalarının yargı denetimi dışında bırakacak bir düzenleme yapılabilmesine olanak bulunmadığını belirterek, itiraz konusu kuralların Anayasanın 2., 10., 11., 125. ve 129. maddelerine aykırı olduğunu ileri sürmüşlerdir.

İtiraz gerekçelerini tartışan Anayasa Mahkemesi Anayasa'nın 129. maddesinin gerekçesinde "...disiplin kararlarının yargı denetimi dışında tutulamayacağı da, tereddütleri giderecek biçimde ifade edilmiş; ancak, uyarma ve kınama cezaları özellikleri dolayısıyla bu kuralın dışına çıkarılmıştır." denilmek suretiyle, uyarma ve kınama cezalarının yargı denetimi dışında bırakılacağına ifade edildiğini yine Anayasanın 129. maddesinde yargı denetimi dışında bırakılmayacak disiplin cezalarının belirtilmesi ve uyarma ve kınama cezalarının bu kapsam dışında tutulması, Anayasa koyucunun bu cezaları yargı denetimi dışında bıraktığının bir göstergesini oluşturduğunu belirtmiştir.

Mahkemeye göre, yasa koyucunun Anayasa'nın anılan maddesine aykırı olarak uyarma ve kınama cezalarına karşı yargı yolunu açabilmesi olanaklı değildir. Anayasa'da yasa koyucuya bu konuda bir takdir hakkı tanınmamıştır.

Sonuç olarak Anayasa Mahkemesi itiraz konusu yasa kuralları ile Devlet memurlarına verilen uyarma ve kınama cezalarının, Anayasa'da yer alan hükme ve Anayasa koyucunun bu yöndeki iradesine uygun olarak yargı denetimi dışında tutulduğundan söz konusu kuralların Anayasa'ya aykırılığında söz edilemeyeceğini belirtilen nedenlerle de, itiraz konusu kuralların Anayasa'nın 125. ve 129. maddelerine aykırı olmadığını belirterek davanın reddine karar vermiştir.

## I) Uyarma ve Kınama Cezaları ile İlgili Genel Bir Değerlendirme

İdarenin ağır ve zedeleyici işlemlerinin çekirdeğini oluşturduğu ifade edilen disiplin cezalarının, yargısal usullere benzeyen usullerle hazırlandığı, bu bakımından diğer idari işlemlerden ayrıldığı düşünülürse, disiplin hukukunun klâsik idari usul kurallarından daha farklı, hukuk devleti ilkesine ve anayasal esaslara uygun olarak, hem kurum düzenini ve idareye saygınlığı sağlayacak hem de kamu görevlisi için güvenceler ve haklar getirerek idareye duyulan güveni sağlamlaştıracak unsurlarla kanuni düzenlemeye konu olması gerektiği ortaya çıkmaktadır<sup>650</sup>.

Akılmaz bu bakımdan anayasadaki mevcut durum ve uygulamaları dikkate alarak şu tespitleri yapmıştır<sup>651</sup>;

“Kamu personeli disiplin işleri mutlaka kanunlarla düzenlenmeli; disiplin suç ve cezalarının tanımı ve unsurlarının belirlenmesi idarenin takdirine bırakılmamalıdır. Muğlâk disiplin suçu tanımları terk edilmelidir. Mevzuatta kıyasa imkân veren hükümler kaldırılmalı; ayrıntıya ilişkin hükümlere kanunlarda yer verilmesinin zorluğu dikkate alınarak, disiplin kanunlarının hazırlanmasında açık ceza normu, aralıklı ceza uygulaması gibi teknikler kullanılmalıdır. Savunma hakkının karar mercii önünde kullandırılması sağlanılmalıdır. Savunma hakkı, isnadın açıkça yazılı olarak bildirilmesi, bilgi ve belgelere erişim, savunmanın dokunulmazlığı gibi unsurlarla güçlendirilmelidir. Yargı yolunu kapayan hükümler tamamen kaldırılmalıdır” demektedir.

Danıştay da, hukuk devleti ilkesine aykırı olarak yargı yolunun kapatılmış olmasından duyduğu rahatsızlığı, çeşitli içtihatlarında yargısal denetim lehine yorumlarıyla göstermiş; yargı yolunu kapayan hükme rağmen, uyarma ve kınama cezalarının iptali için açılan davalarda, kimi zaman savunma hakkına riayet edilmediği<sup>652</sup>; kimi zaman usul ve zamanaşımı yönlerinden hukuka uygun davranılmadığı<sup>653</sup>; kimi zaman da yetki unsurundaki sakatlık<sup>654</sup> gerekçesiyle iptal

<sup>650</sup> Akılmaz (2002): s.258

<sup>651</sup> Akılmaz (2002): s.258

<sup>652</sup> Danıştay 8 nci Dairesinin, 09.12.1997, E 95/2936, K 97/3826, sayılı kararı Danıştay Bilgi Merkezi. Erişim tarihi: 27.08.2007, <http://www.danistay.gov.tr/kerisim/container.jsp>.

<sup>653</sup> Danıştay 8 nci Dairesinin, 21.10.1999, E 98/1220 K 99/5359, sayılı kararı, DD, sy. 103, 2001, s. 756. Erişim tarihi: 27.08.2007, <http://www.danistay.gov.tr/kerisim/container.jsp>.

<sup>654</sup> Danıştay 8 nci Dairesinin, 13.05.1999, E 98/2038, K 99/2990, sayılı kararı, Danıştay Bilgi Merkezi. Erişim tarihi: 27.08.2007, <http://www.danistay.gov.tr/kerisim/container.jsp>.

kararı verebilmiştir.20 yıllık bu uygulamadan olumlu hiçbir sonuç elde edilememiş; aksine kamu görevlileri arasında eşitsizlik, güvensizlik ve huzursuzluk yaratılmıştır. Doğru çözüm öncelikle yasama organının bu yetkiyi kullanmaması, sonrasında ise hukuk devleti ilkesi ile çelişen bu anayasa hükmünün tamamen kaldırılmasıdır.

Yeknesak ve standart bir düzenlemeye sahip olmayan ve artık eskidiği, ihtiyaçlara cevap veremediği herkes tarafından kabul edilen personel mevzuatımız, kamu personeli disiplin hukuku açısından da ihtiyaçlara cevap veremeyen, eşitlik ilkesine aykırı uygulamaları ve anayasal ilkelere aykırı hükümleri bünyesinde barındıran mevzuat niteliğindedir<sup>655</sup>.

Hukuk Devleti İlkesine Cumhuriyetin temel nitelikleri arasında yer veren (md. 2); İdarenin her türlü eylem ve işlemlerine karşı yargı yolunun açık olduğunu (md. 125/1) hüküm altına alan ve hak arama özgürlüğünü (md. 36) herhangi bir kısıtlama öngörmeksizin kabul eden bir Anayasa sisteminde; Anayasa'nın 129 uncu maddesinde yer alan, " Uyarma ve kınama cezalarıyla ilgili olanlar hariç, disiplin kararları yargı denetimi dışında bırakılmaz." kuralından hareketle, 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu'nun 136 ncı maddesi ile uyarma ve kınama cezalarının yargı denetimi dışında tutulmuş olmasında, Anayasaya uyarlık bulunmamaktadır.

3.10.2001 tarih ve 4709 sayılı Kanunla Anayasa'nın 13 üncü maddesi değiştirilmeden önce anılan maddedeki sınırlama koşullarına ve nedenlerine (uymak kaydıyla, yargı yoluna başvurma hakkına sınırlama getirilebilmesi, /diğer bir ifadeyle, Anayasa'nın 36 ncı maddesinin güvence altına aldığı hak \aralama özgürlüğüne sınırlama getirilebilmesi imkânı mevcuttu. Ancak, söz konusu değişiklikle birlikte artık bu mümkün değildir. Zira temel hak ve özgürlükler bakımından genel sınırlama nedenleri ortadan kalktığına ve hak arama özgürlüğü ile ilgili 36 ncı maddede de Özel bir sınırlama nedeni yer almamış bulunduğuna göre, uyarma ve kınama cezalarına karşı yargı yoluna başvurulamayacağı yolundaki yasal düzenleme; başta Anayasa'nın 36 ncı maddesi olmak üzere, 125 inci ve 2 inci maddelerine aykırıdır.

Uyarma ve Kınama cezaları yukarıda da belirtildiği üzere Anayasa 90/5 maddesinde yapılan değişiklikle artık Temel Hak ve Özgürlüklere ilişkin olarak

---

<sup>655</sup> Akyılmaz (2002): s.257

A.İ.H.S. ile bir kanunun çatışması uyuşmazlığında esas alınacak hüküm A.İ.H.S. hükümleridir. Uyarma-Kınama cezalarının yargı yoluna kapatılmasının hak arama özgürlüğüne ilişkin bir kısıtlama getirdiği dolayısıyla kişi temel hak ve özgürlükleri ile ilgili bir durum olduğu çok açıktır. A.İ.H.M'nin Pellegrin davasında belirlediği kriterler içerisinde olan hususlar için sözleşmenin 6 maddesini ihlal etmediği içtihadında uyarma ve kınama cezaları için uygulama olanağı yoktur. Gerçekten mahkeme içtihadında da belirttiği üzere sözleşme 6. madde dışında kalan hususlar ancak devletin veya diğer kamu otoritelerinin genel menfaatini korumaktan sorumlu kamu otoritesinin emanetçisi olarak hareket eden, kamu hizmetinin özel faaliyetlerini yürüten memurlarla ilgili hususlarla sınırlıdır. Bu bağlamda mahkemenin bu içtihadını tüm yargı kısıntıları için söylenmesi mümkün değildir. Yani mahkeme 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu yardımcı hizmetler grubuna tabi olarak Ankara Darülaceze de fırıncı olarak çalışmakta olan bir memura verilen uyarma ya da kınama cezasını; devletin egemenlik alanıyla ilgili bir husus olduğu için yasama meclisi tarafından böyle bir yargı kısıntısı getirilmesi sözleşmenin 6 maddesini ihlal etmez demesi pek mümkün görünmemektedir. A.İ.H.M'nin adil yargılanma hakkı konusunda içtihatları ile ortaya koyduğu istisnalar arasında uyarma ve kınama cezalarının yargı denetimi dışında bırakılması hususunun da sayılması çok güç görülmektedir. Bu bağlamda Hak arama özgürlüğünün ihlali gerekçesiyle mahkeme önüne gelen uyarma ve kınama cezalarına yargı yolu kapatılması hususunda mahkemenin Sözleşmeyi ihlal doğrultusunda karar vereceği son Anayasa değişikliği ile kuvvetle muhtemel hale gelmiştir. Zaten Anayasa'nın 90 maddesine eklenen son fıkra ile de Uyarma ve Kınama cezalarına yargı yolunun açılması konusunda tartışılır bir durumu kalmış gibi değildir. Fakat uygulama ve Danıştay bu konuyu nasıl değerlendirecektir bunu da zaman gösterecektir.

Bu itibarla, Anayasa'nın öngördüğü Hukuk Devleti ilkesi ile onun olmazsa olmaz gereklerinden biri olan hak arama özgürlüğü ve idarenin yargısal denetimine sınırlama getirmek suretiyle. Hukuk Devleti adına kabul edilemez bir hâkim sonuçlara yol açan anılan yasal düzenlemenin, ya yasa koyucu tarafından kaldırılarak ya da itiraz yoluyla Anayasa Mahkemesi önüne götürülerek iptali sağlanarak, bir an evvel hukuk düzeninden çıkarılıp atılması gerekmektedir.

## **İ) Tahkim Yolu Öngörülen Kamu Hizmetleri İle İlgili İmtiyaz Şartlaşma ve Sözleşmeleri**

14.08.1999 gün ve 4446 sayılı Kanun ile Anayasa'nın 125 inci maddesinin 1. fıkrasına, "Kamu hizmetleri ile ilgili imtiyaz şartlaşma ve sözleşmelerinde, bunlardan doğan uyuşmazlıkların milli ve milletlerarası tahkim yoluyla çözülmesi öngörülebilmektedir. Milletlerarası tahkime ancak yabancılik unsuru taşıyan uyuşmazlıklar için gidilebilir." hükmü eklenmiş, bu değişikliğe koşut olarak 2.6.2000 gün ve 4575 sayılı Kanun ile 2575 sayılı Danıştay Kanunu'nun 24 üncü maddesinde yapılan değişiklikle, tahkim yolu Öngörülen kamu hizmetleri ile ilgili imtiyaz şartlaşma ve sözleşmelerinden doğan idari davalar Danıştay'ın; 8.6.2000 gün ve 4577 sayılı Kanun ile 2576 sayılı Bölge İdare Mahkemeleri, İdare Mahkemeleri ve Vergi Mahkemelerinin Kuruluşu ve Görevleri Hakkında Kanun'un 5/1-c maddesinde yapılan değişiklik ile idare mahkemelerinin görev alanı dışına çıkarılmış; idari Yargılama Usulü Kanunu'nun idari dava türlerini düzenleyen 2 nci maddesinin 1/c bendinde yapılan değişiklikle de idari dava olmaktan çıkarılmışlardır<sup>656</sup>.

Bu düzenleme ile kamu hizmetleri ile ilgili imtiyaz şartlaşma ve sözleşmelerinde taraflar bu şartlaşma ve sözleşmelerden doğan uyuşmazlıkların veya anlaşmazlıkların tahkim yolu ile çözümlenmesini kararlaştırılmaları halinde, idarenin bu tasarrufu yargı denetimi dışında kalmış olacaktır<sup>657</sup>.

### **5. Askeri Disiplin Hukukuna İlişkin İşlemler**

Anayasa'nın 129. maddesi silahlı kuvvetler mensupları hakkındaki disiplin suç ve cezaları ile ilgili (uyarma kınama cezaları dâhil) hükümleri saklı tutarken, 1602 sayılı Askeri Yüksek İdare Mahkemesi Kanunu (md.21/3) da "disiplin suç ve tecavüzlerinden ötürü disiplin amirlerince verilen cezalar yargı denetimi dışındadır" hükmünü getirmiştir. Askeri Yüksek İdare Mahkemesi'ne göre;

"Anayasanın 129 ncu maddesinde .... Disiplin cezaları yargı denetimi dışında bırakılamaz... denilirken bu konuda Silahlı Kuvvetler mensuplarıyla ilgili hükümler

---

<sup>656</sup> Gözübüyük-Tan (2003):s.49.

<sup>657</sup> Gözübüyük-Tan (2003):s.51.

saklı tutulmuş ve böylece askerlik mesleğinin yerleşmiş gelenekleri ile kuruluş düzeninin kendisine has özellikleri dikkate alınarak genel kaideye bir istisna getirilmiştir. Bu istisnai hükme paralel olarak 1602 Sayılı Askeri Yüksek İdare Mahkemesi Kanunu'nun idari davalar ve yargı yetkisinin sınırı kenar başlığını taşıyan 2568 sayılı Kanunla değişik 21 inci maddesinin 3 üncü fıkrasında “disiplin suç ve tecavüzlerinden ötürü disiplin amirlerince verilen cezalar yargı denetimi dışındadır.” ibarelerinin yer alması, Anayasa'nın istisnai hükmünün boyutlarını göstermiştir. Burada söz konusu edilen husus, disiplin amirlerince verilen cezalardır. Bu cezalar sebep, konu, yetki, şekil ve maksat yönlerinden birisiyle malûl bulunmasa dahi, menfaati ihlal edilenler kendi hiyerarşisi içinde itiraz haklarını kullanmakla yetinmek durumunda kalacaklar, idari yargının doğrudan denetimini isteyebileceklerdir. Ancak bu disiplin cezaları, disiplin komisyonları yahut başka bir makamın ihraç veya sair bir işlemine neden olmuşsa idari davaya konu olabilecek bu işlemin dayandığı maddi olayın hukukiliğini tespit yönünden gerektiğinde işlemin sebebine inilecek ve yasaca öngörülen unsurları taşımadığı anlaşılırsa işlem iptal edilecek dolayısıyla iptal kararlarının iptal edilen işlem ile buna sebep teşkil eden veya ona bağlı olarak tesis edilen işlemlerden doğan sonuçları da ortadan kaldırılmış sayılacağı genel hukuk kuralına göre disiplin cezaları etkilenmiş olacaktır. Disiplin cezalarının bu şekilde dolaylı olarak yargı kararından etkilenmesi onun doğrudan dava konusu edilmemesi yasağına aykırı düşmeyeceğinden davalı idarenin bu konudaki defi yerinde görülmemiş ve davacının okuldan çıkarılmasına ilişkin işlemde esas alınan disiplin cezalarının incelenmesine geçilmiştir”<sup>658</sup>.

Herkes gibi asker kişiler de hukuka aykırı davranışlar içine girebilirler ve bu davranışları bir hukuksal yaptırımla karşılanır. Asker kişilerin hukuka aykırı davranışlarının tümü ve bunlar için hukuk kurallarının öngördüğü yaptırımlar; üç ana kategoride toplanabilir. Bunlardan birincisi, kural olarak hukuk mahkemelerinde tazminat yaptırımına çarptırılan haksız fiillerdir. İkincisi, Adli yargı içinde yer alan ceza mahkemeleri veya Askeri yargı içinde yer alan askeri mahkemelerde ceza yaptırımına çarptırılan suçlardır. Üçüncüsü ise, disiplin amirleri veya disiplin mahkemeleri tarafından disiplin cezalarına çarptırılan disiplini bozucu eylemlerdir.

---

<sup>658</sup> Gözübüyük–Tan (2003): s.50,51; Askeri Yüksek İdare Mahkemesi; 2.D; 26.1.1994, E.993/333-K.994/148, AYİM Dergisi, sayı: 9, s.278; Benzer karar için bkz. Askeri Yüksek idare Mahkemesi, 2.D; 12.1.1994, E. 993/285-K.994/17, Askeri Adalet Dergisi, sayı: 91, Eylül 1994, s. 209.

Bu bölümde sadece asker kişilerin disiplin cezası ile cezalandırılan eylemleri ile bunlara ilişkin hukuk kuralları anlatılmaya çalışılacaktır<sup>659</sup>.

## a) Disiplin Kavramı

### aa) Tanımı ve Türk Silahlı Kuvvetleri Açısından Disiplin Hukukuna İlişkin Düzenlemelerin Önemi

Disiplin, sözcük anlamı itibariyle, öğretmek ve terbiye etmek bilimi olarak tanımlanabilir<sup>660</sup>. Ancak hukuk dilinde disiplinin farklı bir anlamı vardır. Şöyle ki; kamu idaresi ile birey veya topluluklar arasında iki tür ilişki grubu vardır. Bu ilişki gruplarından da bireyler açısından iki tür ödev veya yükümlülük doğar. Bunlar, genel ödevler ve özel ödevlerdir. Özel ödevler alanında, bireylerle kamu idaresi arasında kurulu bulunan memur<sup>661</sup> öğrenci asker v.s. olma ilişkisi söz konusudur. İdare bu özel ilişki veya statü durumunun sonucu olarak, bu statülerin gerektirdiği ödev ve yükümlülükleri yapmayan bireylere yaptırım uygulama yetkisine sahiptir ki, bu yetki genel anlamda idarenin disiplini sağlama yetkisidir<sup>662</sup>. Disiplin hukukunun temel ilkeleri, yargı kararları ile kimi ceza hukuku ilkelerinden esinlenerek geliştirilmiştir<sup>663</sup>.

Disiplin kavramına silahlı kuvvetler açısından bakılacak olursa şunlar söylenebilir: Türk Silahlı Kuvvetlerinin yurt savunmasında başarı sağlaması; ast-üst, maiyet-amir ilişkilerinin askerilik hizmetinin gereklerine uygun olmasına bağlıdır. “...Ast-üst, maiyet-amir ilişkilerinin hizmetin gereklerine uygun bir seviyede tutulabilmesi ancak sağlam bir disiplinle olur<sup>664</sup> ...” Disiplin orduların düşmanlarını yenebilmeleri ve bunun için gerektiğinde personelinin hayatını feda edebilmelerine yönelik istek, şevk ve yeteneğini doğurur ve geliştirir. Biçimsel bir itaat, disiplin demek değildir. Belki bunun gösterilmesini sağlayan bir davranış biçimidir. Ancak böyle biçimsel davranışlar disiplin açısından yeterli olamazlar. Disiplin ortak bir

<sup>659</sup> Yıldırım, Ramazan, “Türk Askeri Disiplin Hukukuna Kısa Bir Bakış” **14 No’lu Dergi**, s. Erişim Tarihi: 24.06.2007, [http://www.msb.gov.tr/ayim/ayim\\_makale\\_detay.asp?IDNO=31](http://www.msb.gov.tr/ayim/ayim_makale_detay.asp?IDNO=31).

<sup>660</sup> Çelen, Orhan, **En Son İçtihatlı, Notlu, Açıklamalı, Örnekli Türk Silahlı Kuvvetleri İç Hizmet Kanunu ve Yönetmeliği, Askeri Ceza Kanunu, Disiplin Mahkemeleri Kanunu, Türk Silahlı Kuvvetleri Personel Kanunu**, Ankara, 1997, s.403.

<sup>661</sup> Günday (2003): s.418.

<sup>662</sup> Özay, İl Han, **İdari Yaptırımlar**, İstanbul, 1982, s. 43.

<sup>663</sup> Gözübüyük-Tan (2003): s. 638

<sup>664</sup> A.Y.M. E.1970/6, K. 1970/29, T.4-6-1970; A.Y.M.K.D., S.8, s.295.

inançtır. Düşüncelerden, duygulardan, alışkanlıklardan seçilmiş, bir araya toplanmış ve ortak bir inanç olarak kabul edilmiş bulunan kurallar disiplini doğurur<sup>665</sup>.

Türk Silahlı Kuvvetlerinin görevi, Türk Yurdunu ve Anayasa ile tayin edilmiş olan Türkiye Cumhuriyetini kollamak ve korumaktır (İç.H.K.35). Bu görevin sağlanması ancak disiplinli bir orduyla mümkün olabilir.

Asker kişinin disiplin amiri veya disiplin mahkemesi tarafından disiplin yolu ile cezalandırılması, hukuk biliminin askerleri ilgilendiren bölümü açısından çok önemli bir yer tutar. Disiplin, amirlerin verdiği emrin derhal yerine getirilmesinin temellerinden birini oluşturur<sup>666</sup>.

### **bb) Askeri Disiplinin Unsurları**

İç Hizmet Kanunu'nun 13. maddesinin ilk fıkrası, "Disiplin: kanunlara, nizamlara ve amirlere mutlak bir itaat ve astının ve üstünün hukukuna riayet demektir." hükmünü içermektedir. Bu fıkra baz alındığında, disiplinin iki ana ögesinin bulunduğu ortaya çıkar. Bunlar; yazılı hukuk kurallarına ve amirlere mutlak itaat ile astın ve üstün haklarına saygıdır<sup>667</sup>.

### **cc) Disipline İlişkin Hukuk Kuralları**

Türk Silahlı Kuvvetleri İç Hizmet Kanunu'nun 13. maddesinde disiplin şöyle tanımlanmaktadır: "Disiplin: kanunlara, nizamlara ve amirlere bir mutlak itaat ve astının ve üstünün hukukuna riayet demektir" (Madde 13/I) . "Askerliğin temeli disiplindir." (Madde 13/II) "Disiplinin muhafazası ve idamesi için hususi kanunlarla cezai ve hususi kanun ve nizamlarla idari tedbirler alınır" (Madde 13/III).

Türk Silahlı Kuvvetleri İç Hizmet Yönetmeliğinin "A. ESASLAR" adını taşıyan ilk bölümünün "1. DİSİPLİN" Başlıklı birinci alt bölümünde: "Yurt ve milletin saadet ve istiklalini temin etmek ve cumhuriyeti korumak, ancak disiplini mükemmel olan Silahlı Kuvvetlerle kabildir" (Madde 1/I). "Silahlı Kuvvetlerde disiplin için, Silahlı Kuvvetlerin bütün mensuplarını mutlak bir itaate vicdan mesuliyeti duyarak doğruluğu vazife görmeğe, her hizmeti en küçük teferruatına kadar, büyük bir dikkatle ve istekle yapmağa alıştırmak; kalplerine yurt, Cumhuriyet, Milliyet, meslek

<sup>665</sup> Yıldırım ([http://www.msb.gov.tr/ayim/Ayim\\_makale\\_detay.asp?IDNO=31](http://www.msb.gov.tr/ayim/Ayim_makale_detay.asp?IDNO=31))

<sup>666</sup> Erman, Sahir, **Askeri Ceza Hukuku**, 6. Bası, İstanbul 1974, s. 286.

<sup>667</sup> Yıldırım ([http://www.msb.gov.tr/ayim/Ayim\\_makale\\_detay.asp?IDNO=31](http://www.msb.gov.tr/ayim/Ayim_makale_detay.asp?IDNO=31)).

ve vazife sevgisini sokmak lazımdır. Bunlar her amirin baş vazifelerindedir” (Madde 1/II). “Tam ve sağlam bir disiplin için, amir ile maiyetin karşılıklı sevgi ve saygı ile birbirine itimat beslemeleri şarttır. Böyle olmayan disiplin tehlikeli olur ve sıkışık zamanlarda çabuk gevşer, bu da muvaffakiyetsizliği ve felaketi doğurur” (Madde 2). “Disiplinin azıcık dahi bozulduğunu veya gevşediğini sezen her amir bunun maddi ve manevi sebeplerini araştırarak gidermeğe ve disiplinin korunması için icabında kanun ve nizamlar dairesinde her türlü tedbirleri almağa ve yetkilerini tamamıyla kullanarak disiplini sağlamağa mecburdur.” (Madde 3) hükümleri bulunmaktadır.

### **aaa) Yazılı Hukuk Kurallarına ve Amirlere Mutlak İtaat**

On üçüncü maddedeki kanun deyimi gayet açıktır. Bundan yasama organının kanun adındaki irade açıklamaları anlaşılmalıdır. Ancak, nizam deyimi, tüzükleri, yönetmelikleri ve diğer genel düzenleyici işlem niteliğindeki adsız düzenleyici işlemleri kapsamaktadır. Kanun ve nizam terimleri birlikte değerlendirildiğinde, fıkrada kastedilenin yazılı hukuk kuralları olduğu anlaşılır<sup>668</sup>.

Amir ise, “makam ve memuriyet itibariyle emretmek salahiyetini haiz kimsedir<sup>669</sup>. Askerliğin temeli mutlak itaattir. İtaat, her astın üstünden aldığı emri hiç bir kayıt ve şart düşünmeden ve en ufak bir tereddüt göstermeden canla başla yapması, kanunlar ve diğer hukuk kurallarının dışına çıkmaması, yasaklanan şeyleri yapmaması demektir<sup>670</sup>. Her astın amirlerine karşı mutlak biçimde itaat etmeye mecbur olduğu, hüküm altına alınmıştır<sup>671</sup>.

Silahlı kuvvetlerde disiplinin yerleşmesi için, bütün mensuplarının mutlak itaate ve vicdani sorumluluk duyarak doğrulukla vazife görmeye ve hizmeti en küçük ayrıntısına kadar büyük bir dikkat ve istekle yapmaya alıştırmak; personelin kalplerine yurt, cumhuriyet, millet, meslek ve görev aşkı sokmak; her amirin öncelikli görevlerindedir<sup>672</sup>.

<sup>668</sup> Yıldırım ([http://www.msb.gov.tr/ayim/Ayim\\_makale\\_detay.asp?IDNO=31](http://www.msb.gov.tr/ayim/Ayim_makale_detay.asp?IDNO=31)).

<sup>669</sup> İç Hizmet Kanunu Madde 9.

<sup>670</sup> İç Hizmet Yönetmeliği Madde 86/b.

<sup>671</sup> İç Hizmet Kanunu Madde 14; İç Hizmet Yönetmeliği madde 4-12.

<sup>672</sup> Yıldırım ([http://www.msb.gov.tr/ayim/Ayim\\_makale\\_detay.asp?IDNO=31](http://www.msb.gov.tr/ayim/Ayim_makale_detay.asp?IDNO=31)).

### **bbb) Astın ve Üstün Haklarına Saygı**

Ast, amir ve üstüne genel adap ve askeri usullere uygun olarak tam bir hürmet göstermeye, amirlerine mutlak bir biçimde itaat etmeye, kanunlar ve diğer genel düzenleyici hukuk kurallarına uymaya mecburdur<sup>673</sup>.

Her asker, astlarının ve üstlerinin hak ve yetkilerine uymakla yükümlüdür. Astın görevleri İç Hizmet Kanunu'nun 14. maddesinde düzenlenmişken, amirin görevleri, 15–18. maddeleri ile İç Hizmet Yönetmeliği 13–27. maddeleri arasında düzenlenmiştir. İç Hizmet Kanunu'nun 17. maddesine göre amir, maiyetine saygı ve güven hisleri verir. Maiyetinin ahlaki, ruhi ve bedeni durumlarını sürekli olarak gözetim ve koruması altında bulundurur. Amirin maiyetine karşı tarafsızlık ve hakkaniyeti koruması esastır<sup>674</sup>.

### **dd) Disiplinin Korunması ve Sürdürülmesi**

Amir maiyetinden mutlak bir itaat beklemeye ve istemeye yetkilidir<sup>675</sup>. Resmi işlerden dolayı sırası düştükçe verilen öğütlerin, yapılan tembih ve ihtarların hükümsüz ve etkisiz kaldığını gören ve özellikle görevde ihmal ve kayıtsızlık sezen her amir derhal yasal yetkilerini kullanarak disiplini sağlamak zorundadır<sup>676</sup>. Astın da mesleğin istediği mutlak itaati gönül isteği ile yapması şarttır<sup>677</sup>.

Disiplinin çok az bozulduğunu veya gevşediğini sezen her amir bunun maddi ve manevi nedenlerini araştırarak gidermeye ve disiplinin korunması için gerektiğinde kanun ve diğer hukuk kuralları çerçevesinde her türlü önlemleri almaya ve yetkilerini tamamıyla kullanarak disiplini sağlamaya zorunludur<sup>678</sup>. Silahlı kuvvetlerde disiplin çok önemlidir. Ancak disiplinin korunması için yasa ve diğer hukuk kurallarına aykırı hareket edenler suçları oranında cezalandırılırlar<sup>679</sup>.

<sup>673</sup> İç Hizmet Kanunu Madde 14/1; İç Hizmet Yönetmeliği madde 4-12.

<sup>674</sup> İç Hizmet Kanunu Madde 17.

<sup>675</sup> İç Hizmet Yönetmeliği Madde 13.

<sup>676</sup> İç Hizmet Yönetmeliği Madde 21.

<sup>677</sup> İç Hizmet Yönetmeliği Madde 4.

<sup>678</sup> İç Hizmet Yönetmeliği madde 3.

<sup>679</sup> İç Hizmet Yönetmeliği Madde 54.

## **b) Askeri Disiplin Cezalarına Konu Olan Fiiller**

Askeri disiplinin temel amacı, Türk Silahlı Kuvvetlerinin kurumsal düzeninin korunmasıdır. İç Hizmet Kanununun 13. maddesinin son fıkrasına göre, disiplinin korunması ve sürdürülmesi için, özel kanunlarla cezai ve idari önlemlerin alınması gerekmektedir. Ancak bu her zaman mümkün olmamaktadır. Zaman zaman disiplinsiz davranışlarla Türk Silahlı Kuvvetlerinin kurumsal iç düzeni bozulmaktadır. Bozulan düzeni tekrar sağlamak ve sağlandıktan sonra da sürdürmek ancak askeri disiplin hukukunun öngördüğü disiplin yaptırımlarıyla mümkündür. Asker kişilerin disiplini bozan eylemleri üç ana kategoriye ayrılmaktadır: Bunlar, disiplin tecavüzleri, disiplin suçları ve kabahatlerdir<sup>680</sup>.

### **aa) Türk Silahlı Kuvvetlerinde Disiplin Cezalarına Konu Olan Fiillerin Çeşitleri**

Doğrudan doğruya askeri disiplin hukukunu ilgilendiren eylemler üç ana kategoride toplanmaktadır<sup>681</sup>. Bunlar disiplin tecavüzleri, disiplin suçları ve askeri kabahatlerdir.

#### **aaa) Disiplin Tecavüzleri**

Askeri Ceza Kanunu'nun 162. maddesinde disiplin tecavüzleri şöyle tanımlanmaktadır: "Askeri terbiyeyi, disiplini bozan ve hiç bir ceza kanununun maddelerine uymayan fiiller ve tekâsüller" (disiplin tecavüzleridir). Bir başka deyişle, hiçbir kanunda suç olarak tanımlanmamakla beraber, askeri terbiye ve disiplini bozan eylem ve savsaklamalar, disiplin tecavüzleridir. Ceza hükümlerini içermeyen kanunlara ve uyulması zorunlu diğer kurallara aykırı davranışlar disiplin tecavüzlerini oluşturur. Disiplin tecavüzleri Askeri Ceza Kanunu'nda teker teker sayılmamıştır. Ancak bazı Askeri Yargıtay kararlarında disiplin tecavüz örneklerine rastlamak mümkündür. Bu meyanda İç Hizmet Yönetmeliğine aykırı saç uzatmak, kılık kıyafeti bozuk dolaşmak, mesaiye geç gelmek, birliğinden ayrılıp yirmi dört saat geçmeden yakalanmak, izinde iken izin belgesini merkez komutanlığına/askerlik şubesine

<sup>680</sup> Yıldırım ([http://www.msb.gov.tr/ayim/Ayim\\_makale\\_detay.asp?IDNO=31](http://www.msb.gov.tr/ayim/Ayim_makale_detay.asp?IDNO=31)).

<sup>681</sup> Türk silahlı Kuvvetleri'nin bünyesinde sivil devlet memurları da çalıştırılmaktadır. Bunların da disiplin amirleri asker kişilerdir. Ayrıca, askeri ceza hukuku açısından bu sivil memurlar da asker sayılmaktadırlar. Fakat disiplin hukuku açısından bunlara, 657 Sayılı Devlet Memurları Kanunu ve buna istinaden çıkarılan yönetmeliğe uygun olarak disiplin cezaları verilmektedir.

kaydettirmemek, haklı olan şikâyetini muayyen olan usul ve yollarla uymadan yapmak, aşırı borçlanmak, askeri kimliğini kaybetmek sayılabilir<sup>682</sup>.

Her amir, emri altındaki astlarından birinin disiplin tecavüzü teşkil eden bir eylemini haber aldığı anda o kişinin savunmasını alır. Bu savunmayı kabule değer görmezse As.C.K.171. maddesine bağlı cetvelde gösterilen yetkisini kullanarak o kişiyi cezalandırır. Amir eylemin ağırlığını yetkisi içindeki ceza miktarı ile orantılı görmezse suçlunun daha fazla cezalandırılmasını sağlamak için durumu bir üst disiplin amirine arz edebilir. Disiplin tecavüzü işleyen kişilerin mutlaka cezalandırılmaları gerekmemektedir. As.C.K.nun 163/2. maddesine göre amir bu tür eylemlere ceza verip vermemekte serbesttir. Disiplin tecavüzlerinde verilecek cezalar, As. C. Kanununun 165. maddesinde gösterilmiştir. 22.3.2000 tarih ve 4551 sayılı Kanunla yapılan değişiklik sonucu yeniden belirlenen bu cezaları şu şekilde saymak mümkündür:

A. Subaylar, astsubaylar, Milli Savunma Bakanlığı ve Türk Silahlı Kuvvetlerinde görevli devlet memurları, uzman jandarmalar ve uzman erbaşlar hakkında:

1.Uyarı

2.Aylık kesilmesi: Ek göstergeler dahil, cezalının brüt aylığından 1/30–1/8 oranında kesinti yapılmasıdır.

3.Göz Hapsi: Dört haftaya kadar.

4.Oda Hapsi: Dört haftaya kadar.

B. Askeri öğrenciler hakkında:

1.Uyarı.

2.İzinsizlik: Altı haftaya kadar.

3.Oda Hapsi: Dört haftaya kadar.

---

<sup>682</sup> As.Yrg. İct. Brl. Krl., E.1958/4225, K.1959/96, T.09-10-1959; **Askeri Yargıtay Kararlar Dergisi**, S.11, Y.:1997, s.159.

### C. Erbaşlar ve erler hakkında:

1.İzinsizlik.

2.Sıra Harici Hizmet: Dört haftaya kadar

3.Oda Hapsi: Dört haftaya kadar

4.Rütbenin Geri Alınması (Erbaşlar için)

Disiplin tecavüzü kabul edilen eylemlere mahkemelerin ceza tayin yetkileri yoktur.

Disiplin tecavüzleri olgusu ve disiplin amirlerine bunları cezalandırma yetkisi tanınması, hukukun temel ilkelerinden olan “kanunsuz suç ve ceza olmaz” ilkesine bir istisna gibi gözükmektedir<sup>683</sup>. Fakat böyle bir istisna yoktur. Aslında yasaların açık biçimde ceza öngörmediği bir eylem için, hiç kimseye ceza verilemez. Suç olan her eylemin yasalarda açıkça gösterilmesi zorunludur. Çünkü, Anayasa’mızın 38. maddesi, “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.” amir hükmünü içermektedir.

Disiplin tecavüzleri ve bunlar için verilen disiplin cezalarını, istisna kabul edenler, buna gerekçe olarak: “böyle bir yetki, yurt ve milletin saadetini ve istiklalini temin etmek ve Cumhuriyeti korumakla görevlendirilen Silahlı Kuvvetlere tanınmıştır. Bunun haricinde hiçbir kişi ve kuruluşa, kişi özgürlüğünü kısıtlayıcı, hürriyetinden mahrum edici nitelikte hapis cezası verme yetkisi tanınmamıştır. Bu sebeple disiplin amirlerinin bu yetkilerini adil ve hakkani olarak kullanmaları ve ancak disiplin önemli derecede bozulduğu veya yapılan fiilin başkalarına kötü örnek teşkil ettiği hallerde ceza vermeleri uygun olur. Bu takdirin kullanılmasında keyfi davranmak, hissi olarak karar vermek uygun olmaz. Aksi takdirde disiplin tesis edilemez.”<sup>684</sup> demektedirler. Türk Silahlı Kuvvetlerine tanınan istisna, disiplin suçu ihdası değildir. Disiplin suçlarına, hürriyeti bağlayıcı cezalar verilmesine ilişkindir. Bu istisna da Anayasa’nın 38. maddesinde “İdare, kişi hürriyetinin kısıtlanması sonucu doğuran bir müeyyide uygulayamaz. Silahlı Kuvvetlerin iç düzeni bakımından, kanunla istisnalar getirilebilir” biçiminde düzenlenmiştir. Bunun anlamı, kanunların disiplin suçu saydığı

<sup>683</sup> Yıldırım ([http://www.msb.gov.tr/ayim/Ayim\\_makale\\_detay.asp?IDNO=31](http://www.msb.gov.tr/ayim/Ayim_makale_detay.asp?IDNO=31)).

<sup>684</sup> Çelen (1997): s.406

eylemlere, idare kural olarak hürriyeti bağlayıcı müeyyideler uygulayamaz. Ancak Yürütme organının doğal uzantısı olan idare içinde yer alan Türk Silahlı Kuvvetleri'nin iç düzeni ve disiplinin sağlanması açısından kanunların gösterdiği disiplin suçlarına veya askeri kabahatlere karşı yaptırım olarak hürriyeti kısıtlayıcı disiplin cezaları verebilirler. Eğer yasalar her hangi bir eylemi disiplin suçu saymadıysa, devletin hiç bir organı, kurum veya kuruluşu, o eyleme hiç bir yaptırım uygulayamaz. Aksi halde Anayasanın yukarıdaki amir hükmü çiğnenmiş olur ve suçtur<sup>685</sup>.

Anayasa'nın 38. maddesinde açıkça dile getirilen suçta ve cezada kanunilik ilkesine açık biçimde aykırı olan disiplin tecavüzleri ve bunlar için tertip edilen cezalar, askeri personelin olumsuz sicil almasına ve "disiplinsizlik" dolayısıyla Türk Silahlı Kuvvetleri'nden ihracına kadar gidecek tehlikeli sonuçlar doğurabilmektedir. Örneğin, aşırı derecede borçlanmak, Türk Silahlı Kuvvetleri uygulamasına göre bir disiplin tecavüzüdür. Ancak bu fiil, aynı zamanda 926 sayılı TSK. Personel Kanunu ve bu kanuna dayalı olarak çıkartılan Subay ve Astsubay Sicil Yönetmelikleri'ne göre bir "ayırma" nedeni de teşkil edebilir. Aşırı derecede borçlanan bir askeri personel, Anayasa'nın 38. maddesine aykırı biçimde disiplin cezasıyla cezalandırılır ve disiplinsizlik nedeniyle emekliye sevk edilebilir. Bu durumda olan ve emekliye sevk edilen bir askeri personelin, emeklilik işlemine karşı Askeri Yüksek İdare Mahkemesi'nde açtığı davada, Yüksek Mahkeme şöyle karar vermiştir: "...Silahlı Kuvvetlerin itibarını sarsacak derecede Ankara ve İstanbul piyasalarına borçlanan ve borçlarını ödememesi sebebiyle, icra takiplerine uğrayan davacının disiplinsizlik sebebiyle emekliye sevk işleminde yasa ve yönetmelik hükümlerine aykırılık yoktur"<sup>686</sup>.

Anayasa'nın içerdiği kurallar ve hükümler, bütün kanunların içerdiği kural ve hükümlerden üstündür. Kanunlarla Anayasa arasındaki bu hiyerarşi veya anayasanın üstünlüğü, Anayasa'nın 11. maddesinde açıkça dile getirilmiştir. 11. maddeye göre, diğer kanunlar anayasaya uymak zorundadırlar. Anayasa'daki hükümler ile kanunlardaki hükümler birbirinin zıddı ise, Anayasa'nın hükmü tercih edilir ve uygulanır<sup>687</sup>. Üst kurallara aykırı işlemler, ya yargı yerlerince iptal edilirler, ya da uygulanmazlar<sup>688</sup>. Yürürlükteki Anayasa, Askeri Ceza Kanunu'ndan sonra

<sup>685</sup> Yıldırım ([http://www.msb.gov.tr/ayim/Ayim\\_makale\\_detay.asp?IDNO=31](http://www.msb.gov.tr/ayim/Ayim_makale_detay.asp?IDNO=31)).

<sup>686</sup> A.Y.İ.M. Drl. Krl., E.75/192, K.75/175, T.17.10.1975; Çelen (1997): s.526.

<sup>687</sup> Armağan, Servet, **Türk Esas Teşkilat Hukuku**, İstanbul, 1979, s. 13.

<sup>688</sup> Gözübüyük-Tan (2003): s. 25.

yürürlüğe girmiştir. Normlar hiyerarşisinde daha üst basamaklarda yer alan Anayasa'nın 38. maddesindeki, "Kimse işlendiği zaman yürürlükte bulunan kanunun suç saymadığı bir fiilden dolayı, cezalandırılmaz" kuralı; daha aşağı basamakta yer alan ve kendisinden daha önceki tarihte yürürlüğe giren Askeri Ceza Kanunu'nun 162. maddesinde "Askeri terbiyeyi, disiplini bozan ve hiç bir ceza kanununun maddelerine uymayan fiiller ve tekâsüller" diye tanımlanan disiplin tecavüzünü, zımnen yürürlükten kaldırmıştır. Fakat açıkça ilgadan farklı olarak zımnen yürürlükten kaldırılmanın paralelinde yasal düzenlemelerin yapılması zorunludur. Ancak yasa koyucu veya anayasa koyucu, zımnen yürürlükten kaldırma yöntemini terk etmelidirler. Bu siyasal organlar, neyi kaldırdığını açıkça bilmeli ve yeni kanun ya da anayasada açıkça göstermelidir<sup>689</sup>. Bu yasal düzenlemeleri yapacak organ da yasa koyucudur. Aksi halde, kanun hükmünün ihmali<sup>690</sup> veya kanunun Anayasa Mahkemesi ve kanun koyucu dışında, kanuna rağmen anayasanın uygulanması<sup>691</sup> söz konusu olur.

Disiplin tecavüzünü düzenleyen Askeri Ceza Kanunu'nun 162. maddesinin hükmünü Anayasa'ya uygun hale getirmek için, Anayasa'nın 152. maddesinde düzenlenen "anayasaya aykırılık itirazı yolunun" işletilmesine imkân yoktur. Çünkü, 1602 Sayılı Askeri Yüksek İdare Mahkemesinin Kanunu'nun 21/3. maddesine göre "... disiplin suç ve tecavüzlerinden ötürü disiplin amirlerince verilen cezalar yargı denetimi dışındadır." Bundan dolayı disiplin tecavüzlerini yürürlükten kaldırmak veya disiplin tecavüzü olarak bilinen fiilleri disiplin suçu haline getirmek ve böylece Askeri Disiplin Hukukunun bu Anayasa'ya aykırı kısmını Anayasa'ya uygun hale getirmek, parlamentonun görevidir<sup>692</sup>.

### **bbb) Disiplin Suçları**

Disiplin suçları ise kısa adıyla 477 Sayılı Disiplin Mahkemeleri Kanunu'nun oda veya göz hapsiyle cezalandırdığı eylemlerdir ve aynı kanunda tarifleri yapılmıştır. Bu eylemler, 477 Sayılı Kanun çıkarılmadan önce, askeri ceza kanununda disiplin kabahati olarak düzenlenmişti<sup>693</sup>.

---

<sup>689</sup> Erem, Faruk – Danışman, Ahmet – Artuk, Mehmet Emin, **Ceza Hukuku**, 14. Baskı, Ankara, 1997, s.136.

<sup>690</sup> Bilgen Pertev, **İdare Hukuku Ders Notları**, İstanbul, 1995, s. 142-143.

<sup>691</sup> Bilgen (1995): s.139.

<sup>692</sup> Yıldırım ([http://www.msb.gov.tr/ayim/Ayim\\_makale\\_detay.asp?IDNO=31](http://www.msb.gov.tr/ayim/Ayim_makale_detay.asp?IDNO=31)).

<sup>693</sup> Yıldırım ([http://www.msb.gov.tr/ayim/Ayim\\_makale\\_detay.asp?IDNO=31](http://www.msb.gov.tr/ayim/Ayim_makale_detay.asp?IDNO=31)).

Bunları ad olarak saymak gerekirse; Amir ve üste saygısızlık (madde 47), emre itaatsizlik (madde 48), bilerek doğruyu söylememek (madde 49), kısa süreli kaçma ve izin tecavüzü (madde 50), kaçmaya kalkışanları haber vermemek (madde 51), hizmete mahsus eşyanın harap olmasına sebebiyet vermek veya kaybetmek (madde 52), astına hizmetle ilgili olmayan emir vermek, hediye istemek veya borç almak (madde 53), Astlarını gözetme görevinde ihmal ve kusurlu olmak (madde 54), Astına sövmek, hakaret etmek ve kötü davranmak (madde 55), Nöbet talimatına aykırı hareket etmek (madde 56), Hoşnutsuzluk yaratmak (madde 57), Sarhoşluk ve yasak yerlere girmek (madde 58), Kumar oynamak (madde 59), İzin verilmeyen derneklere ve spor kulüplerine faal üye olarak girmek (madde 60), yasaklanmış yayınları okumak veya bulundurmak (madde 61) olarak sayılabilir<sup>694</sup>.

Disiplin tecavüzlerinin aksine olarak, disiplin suçunu oluşturan eylemlerin mutlaka cezalandırılması gerekmektedir. Bu nedenle, 477 sayılı kanunun 47. maddesinden başlayarak 61 maddesine kadar olan maddelerde adları geçen disiplin suçlarından herhangi birinin emri altındaki astları tarafından işlendiğini öğrenen her amir, 477 sayılı Kanunun 7. maddesinde kendisine tanınan takdir yetkisini kullanarak kişiyi komutanlık cezalarıyla cezalandırabileceği gibi disiplin mahkemesine de sevk edebilir<sup>695</sup>.

Disiplin suçları disiplin amirleri tarafından cezalandırılmak istendiğinde, Askeri Ceza Kanunu'nun 171. maddesine bağlı cetvelde gösterilen ceza yetkisi kullanılıp, disiplin suçunu işlediği sabit olan kişiye yukarıda temas edilen 4551 sayılı Kanunla öngörülen cezalardan birisi verilebilecektir<sup>696</sup>.

Nezinde disiplin mahkemesi kurulan komutan veya askeri kurum amiri ise; herhangi bir şekilde disiplin suçunun işlendiğini öğrendiğinde doğrudan doğruya disiplin cezası vermeye yetkili olur ve buna dayanarak oda veya göz hapsi cezasıyla cezalandırılmasını uygun görmezse dava açılmasının gerekip gerekmediğine karar vermek üzere disiplin hazırlık soruşturması yapılmasını emreder. Aksi halde 477 sayılı kanunun 14. maddesinin birinci fıkrasına göre işlem yapılmak üzere durumu disiplin cezası vermeye yetkili en yakın amirine bildirir ve varsa evrakı gönderir<sup>697</sup>.

<sup>694</sup> Yıldırım ([http://www.msb.gov.tr/ayim/Ayim\\_makale\\_detay.asp?IDNO=31](http://www.msb.gov.tr/ayim/Ayim_makale_detay.asp?IDNO=31)).

<sup>695</sup> Yıldırım ([http://www.msb.gov.tr/ayim/Ayim\\_makale\\_detay.asp?IDNO=31](http://www.msb.gov.tr/ayim/Ayim_makale_detay.asp?IDNO=31)).

<sup>696</sup> Yıldırım ([http://www.msb.gov.tr/ayim/Ayim\\_makale\\_detay.asp?IDNO=31](http://www.msb.gov.tr/ayim/Ayim_makale_detay.asp?IDNO=31)).

<sup>697</sup> Disiplin Mahkemeleri Kanunu, Madde 14.

### ccc) Disiplin Kabahatleri

Askeri Ceza kanununun 18. maddesinde yazılı olan eylemlerin hafif halleri, kabahat olarak tanımlanmaktadır<sup>698</sup>. Bu eylemlerden bir kaçı hariç diğçerleri 477 sayılı Kanunla disiplin suççu olarak yeniden düzenlenmiştir. Disiplin suççu haline gelen kabahatler hakkında artık Askeri Ceza Kanununun uygulama imkânı kalmamıştır. Askeri Ceza Kanunu'nun 18. maddesinin (A) bendinde yazılı olan ve askeri kabahat türünden olan suçlardan 82/1(amire veya üste saygısızlık), 96/1 (hoşnutsuzluk yaratmak), 136/1-B (nöbet talimatına aykırı hareket) ve 150/2 (asarı gizlenemeyen sarhoşluk, yasak yerlere girme ve kumar oynamak), maddeler ile (B) bendinde yazılı olanlardan 68 (kısa süreli kaçma veya izin tecavüzü), 83 (bilerek doğruyu söylememek), 86 (emre itaatsizlik), 108 (hizmetle ilgisi olmayan emir vermek, astından hediye istemek veya borç almak), 130 (hizmete mahsus eşyanın harap olmasına neden olmak veya kaybetmek) ve 145. (astını gözetim görevinde ihmal ve kusurlu davranmak), maddelerde yazılı kısa hapis cezalarını gerektirenler 477 sayılı kanun tarafından iktibas edildiğinden dolayı, Askeri Ceza Kanunu açısından uygulama imkânları kalmamışlardır.

Kabahatlerin disiplin cezasıyla cezalandırılması veya Askeri mahkemeye sevki, disiplin amirinin takdirine bağılıdır. Ancak, Askeri Yargıtay'a göre "bir disiplin amiri askeri bir kabahati işleyen bir askeri şahsı disiplin cezasıyla cezalandırdıktan sonra ayrıca mahkemeye tevdi edemez<sup>699</sup>."

Hala askeri kabahat olarak Askeri Ceza Kanununda yer alan eylemler şunlardır: Neticesiz tahrik (md.93/2), Maduna müessir eylemin az vahim hali (md.117/2)i Mayup kimselere refakatin az vahim hali (md.150/2)i ve Tekâsül dolayısıyla esliha ve harp malzemelerine verilen zarar suçlarından kısa süreli hapisle cezalandırılanlar (md.137).

<sup>698</sup> Askeri Ceza Kanunu Madde 162/1-B

<sup>699</sup> As.Yrg. DrI. Krl.. E.1964/60, K.1964/78, T.19-6-1964; Çelen (1997): s.23.

## **bb) Disiplin Cezalarını Vermeye Yetkili Makamlar**

### **aaa) Disiplin Amirleri**

Disiplin tecavüzlerini cezalandırma veya cezalandırmama yetki ve görevi, disiplin amirlerindedir. Ancak, disiplin tecavüzlerini askeri mahkeme veya disiplin mahkemesine sevk edemezler<sup>700</sup>.

Buna karşılık, askeri kabahatlerin veya disiplin suçlarının mutlaka cezalandırılması gerekir. Ancak, askeri kabahatler ve disiplin suçlarında, disiplin amirine kendilerince cezalandırma veya askeri mahkeme veya disiplin mahkemelerine sevki konusunda takdir yetkisi tanınmıştır. Disiplin amirleri, bir askeri kabahatin işlendiğini öğrendiğinde, dilerse kendisi disiplin cezası verebilir, dilerse de askeri mahkemeye sevk edebilir (As. C.K. 162/2). 477 sayılı Kanunda yazılı disiplin suçlarından dolayı, disiplin amiri, özel kanunlarda (As.C.K.'nun 171. maddesinde) kendisine tanınan yetki içinde dilerse oda veya göz hapsi cezası ile cezalandırabileceği gibi, dilerse de disiplin mahkemesine yollayabilir (477 s. K. m.7).

Disiplin amirleri, disiplin cezası verme yetkilerini, Askeri Ceza Kanunu'nun 171. maddesine ekli cetvelde gösterilen biçimde kullanabilirler. maddeye bağlı cetvelde, her rütbe sahibinin rütbesine göre verebileceği disiplin cezaları belirlenmiştir. Bu madde ve eki cetvelde 4551 sayılı Kanunla değişiklik yapılmıştır.

Anılan madde ve cetvelin yeni şekline göre; uzman jandarma, uzman erbaş ve erbaşlar müfrez buldukları sürece, uzman erbaş, erbaş ve erlere uyarı, bir hafta sonu tatili izinsizlik cezası ile 2 güne kadar sıra harici hizmet disiplin cezası verebilirler. Astsubaylar ise yine müfrez buldukları sürece, uzman erbaş, erbaş ve erlere uyarı, iki hafta sonu tatili izinsizlik cezası ile 3 güne kadar sıra harici hizmet cezası, 3 güne kadar göz hapsi, 3 güne kadar oda hapsi cezası; astsubay ve devlet memurlarına ise uyarı, 2 güne kadar göz hapsi, 2 güne kadar oda hapsi cezası verebilirler. Subaylardan asteğmen ve teğmenler, müfrez veya müstakil bulduklarında, uzman erbaş, erbaş ve erlere uyarı, üç hafta sonu tatili izinsizlik cezası ile 5 güne kadar sıra harici hizmet cezası, 3 güne kadar göz hapsi, 3 güne kadar oda hapsi; astsubay ve devlet memurlarına uyarı, 3 güne kadar göz hapsi, 3 güne kadar oda hapsi cezası verebilirler. Üsteğmenden itibaren tüm subaylar maiyetlerindeki tüm personele (subay, astsubay, uzman jandarma, uzman erbaş,

<sup>700</sup> Yıldırım ([http://www.msb.gov.tr/ayim/Ayim\\_makale\\_detay.asp?IDNO=31](http://www.msb.gov.tr/ayim/Ayim_makale_detay.asp?IDNO=31)).

devlet memuru, erbaş ve erler ile askeri öğrenciler)uyarı, aylık kesilmesi (1/8'den 1/25'e kadar), izinsizlik, sıra harici hizmet cezası, göz hapsi, oda hapsi ve rütbenin geri alınması (yalnız erbaşlar için)cezalarını verebilirler. Sıra harici hizmet cezası yalnız uzman erbaş, erbaş ve erlere; izinsizlik cezası yalnız uzman erbaş, erbaş ve erler ile askeri öğrencilere verilebilir. Albaylar, yarbaylara,; Tuğgeneral/Tuğamiral-Tümgeneral/Tümamiraller, albaylara; Milli Savunma Bakanı, Mareşal/Büyükamiral, Orgeneral/Oramiral ile Korgeneral/Koramiraller; Tuğgeneral/Tuğamiraller ile daha üst rütbelilere ancak uyarı cezası verebilirler. Milli Savunma Bakanlığı ve Türk Silahlı Kuvvetlerinde görevli devlet memurlarına göz hapsi veya oda hapsi cezası verilirken, sürenin tayininde öğrenim ve sosyal durumları dikkate alınır.

Disiplin ceza yetkisinin aşılması suretiyle ve özellikle hak edilmemiş veya cins ve miktar olarak yetkisi dışında bir cezayı kasten verenler, As. C.K. 'nun 111. maddesine göre cezalandırılırlar.

Askeri Ceza Kanunu'nun 172. maddesine göre "disiplin amirleri vekil dahi olsalar, vekâlet ettikleri kadroda gösterilen rütbenin ceza verme yetkisini haizdirler". Kıta, Askeri Ceza Kanunu'nun 16. maddesine göre "subay komutasında bulunan birlik"tir. Kıtaya komuta eden kişinin subay olması gereklidir.

172. madde 171. maddenin bir istisnasıdır. Bir kıtaya vekâleten komuta eden vekilin rütbesi kadroda o makam için gösterilen rütbeden daha aşağı olsa bile, kıt'a komutanlığı için kadroda açıklanan rütbenin ceza verme yetkisine haiz olur. Örneğin, bir taburun komutanı kadroda binbaşı olarak gösterilmiş olup da bu makamı vekâleten bir yüzbaşı idare etse dahi, o yüzbaşı 171. madde gereğince bir binbaşının sahip olduğu daha yüksek ceza verme yetkisine sahip olur. 172. madde, hukukun temel ilkelerinden olan "vekil asıl gibidir" ilkesinin kanunlaşmış halidir. Ancak, bu madde uygulamada yanlış yorumlanmaktadır. Örneğin tabur komutanlığına, yarbaylar atanır. Ancak bazı taburlara binbaşılar atanmaktadır. Eğer, bir taburun komutanlığına yarbay rütbesi tahsis edilmişse ve bu kadroya atanacak yarbay rütbesinde personel yokluğundan dolayı binbaşı vekâleten atanmışsa, o zaman binbaşı yarbayın cezalandırma yetkisine sahip olur. Çünkü bulunduğu kadroda vekâletle geçici olarak bulunmaktadır.

Askeri Ceza Kanunu'nun yasalaşması sırasında "erat" kavramı içinde değerlendirilen astsubayların bu durumu 4551 sayılı Kanunla düzeltilmiş

olduğundan; her hangi bir kıt'a'ya vekâleten komuta etmeleri halinde ancak müfrez buldukları durumda o kıta komutanlığına ait olarak kadroda gösterilen rütbenin ceza yetkisini kullanabilirler.

### **bbb) Disiplin Mahkemeleri**

477 sayılı kanununun 14. maddesine göre, astlarından birinin disiplin suçunu işlediğini öğrenen her amir, yetkisi dâhilindeki oda veya göz hapsi cezasıyla cezalandırabilir. Eğer amir bu şekilde astının cezalandırılmasını uygun görmezse, suçluluk nedenlerini ve suç delillerini içeren bir suç vaka raporu düzenleyip silsile yoluyla nezdinde disiplin mahkemesi kurulan komutan veya askeri kurum amirine en geç üç gün içinde gönderir. Ancak bu üç günlük süreye uymamanın her hangi bir hukuksal yaptırımını yoktur.

Nezdinde disiplin mahkemesi kurulan komutan veya askeri kurum amiri, her nasılsa bir disiplin suçunun işlendiğini öğrenirse, doğrudan doğruya disiplin cezası vermeye yetkili olur ve bu yetkisine dayanarak oda veya göz hapsi cezası vermeyi uygun görmezse, dava açılmasının gerekip gerekmediğine karar verilmek üzere derhal disiplin hazırlık soruşturmasının yapılmasını emreder. Aksi halde, disiplin suçu failinin cezalandırılması veya disiplin mahkemesine sevk edilmesi için işlem yapılmak üzere, failin en yakın disiplin amirine durumu bildirir ve varsa evrakı gönderir.

Disiplin hazırlık soruşturması disiplin subayı tarafından en kısa zamanda yapılır. İhbarı yapan amirin yaptığı soruşturma yeter görülürse, bu soruşturma disiplin hazırlık soruşturması yerine geçer. Disiplin hazırlık soruşturması tamamlandıktan sonra, iddianame, sanığa tebliğ edilir<sup>701</sup>. İddianamenin sanığa tebliğinden sonra, nezdinde kurulduğu komutan veya kurum amirinin emriyle<sup>702</sup> disiplin mahkemesi toplanır<sup>703</sup>. Disiplin mahkemesi, yapılan duruşma sonucunda, sanığın suçlu olduğuna karar verirse ve suç zaman aşımına uğramamışsa, sanığa disiplin cezası verir<sup>704</sup>. Disiplin mahkemesi, kendi görev alanına giren disiplin

<sup>701</sup> 477 Sayılı Disiplin Mahkemeleri Kanunu, Madde16/II.

<sup>702</sup> Anayasa Mahkemesi, disiplin mahkemesinin nezdinde kurulduğu komutanlık veya askeri kurum amirinin emriyle toplanmasını anayasaya aykırı bulmamıştır. A.Y.M., E.1970/69, K.1970/29, T.4-6-1970, A.Y.M.K.D., S.8.

<sup>703</sup> 477 Sayılı Disiplin Mahkemeleri Kanunu, Madde 17.

<sup>704</sup> 477 Sayılı Disiplin Mahkemeleri Kanunu, Madde 27.

suçlarını cezalandırırken, yer (kuruluş) yönünden ve rütbe yönünden yetki kurallarını da gözetmek zorundadır<sup>705</sup>.

Burada üzerinde durulması gereken bir başka konu ise, eğer disiplin suçları disiplin amirleri tarafından cezalandırılmışsa, ayrıca disiplin mahkemesine sevki mümkün değildir. Aksi halde, kişi aynı eyleminden dolayı iki kez cezalandırılmış olur ki, bu durum hukukun genel ilkelerine ve 477 sayılı kanunun 14. maddesine aykırı olur.

### **cc) Askeri Disiplin Hukukunda Disiplin Cezalarına Karşı Yasal Yollar**

Askeri disiplin hukukunda şikâyet ve itiraz, verilen disiplin cezalarının hukuka uygunluğunun denetlenmesini, gerektiğinde bozulmasını ve ortadan kaldırılmasını sağlayan başvuru yollarıdır. Kanun koyucu disiplin amirlerinin verdiği cezanın hukuksal denetimini sağlayan başvurulara şikâyet ve amirin müracaatı, disiplin mahkemelerinin verdiği cezaların hukuksal denetimini sağlayan başvurulara da itiraz ve yazılı emir demeyi uygun görmüştür<sup>706</sup>.

### **aaa) Disiplin Amiri Cezalarından Dolayı Şikâyet Veya Amirin Müracaatı**

Disiplin amirlerinin verdiği cezalara şikâyet veya amirin müracaatı, Askeri Ceza Kanunu'nun 188. maddesinden 190 maddesine kadar olan maddelerinde düzenlenmiştir.

Askeri Ceza Kanunu'nun 188. maddesi ile, disiplin cezalarına itirazı olanlar veya bu cezalardan dolayı yasa koyucunun deyimiyle, şikâyete hakkı olanlar ile veya şikâyetin usul ve esasları düzenlenmiştir. Şikâyet ya bizzat cezalı tarafından ya da cezalının üstleri tarafından yapılabilir.

Cezalı tarafından yapılacak şikâyet ancak ceza kararının cezalıya tebliğ edilmesinden bir gece sonra yapılabilir. Cezanın tebliği anında cezalının uğrayabileceği üzüntü ve elemi dikkate alan kanun koyucu, ani ve sinirli hareketle hata yapılmasını önlemek için daha erken yapılan başvuruları geçersiz saymıştır.

Kanun koyucu, şikâyet süresinin başlangıcını belirtmiş, fakat en son ne zaman yapılacağını belirtmemiştir. Cezalı tebliğden itibaren 24 saat geçmesinden

<sup>705</sup> 477 Sayılı Disiplin Mahkemeleri Kanunu, Madde 8–9.

<sup>706</sup> Yıldırım ([http://www.msb.gov.tr/ayim/Ayim\\_makale\\_detay.asp?IDNO=31](http://www.msb.gov.tr/ayim/Ayim_makale_detay.asp?IDNO=31)).

sonra istediği herhangi bir zamanda Őikâyetle bulunabilir. Bu durum, kanun koyucunun diğer kanunlarda ihdas ettiği benzer denetim mekanizmalarına süre sınırı getirme iradesiyle<sup>707</sup> çelişmektedir. Dolayısıyla bu çelişkinin kanun koyucu tarafından ortadan kaldırılması gerekmektedir.

Şikâyet, cezanın infazını durdurmaz. Ancak cezayı veren disiplin amirinin zorunluluk durumlarında infazın sonraya bırakılmasını veya aralıklarla infazını emretmesi mümkündür.

Disiplin amiri, cezanın tebliğinden sonra, verdiği cezanın kaldırılması veya değiştirilmesini daha yüksek disiplin amirinden isteyebilir<sup>708</sup>. Disiplin amirinin 190. madde kapsamında verdiği cezanın kaldırılması veya değiştirilmesi konusunda daha yüksek disiplin amirine müracaat etmesi durumunda cezanın ertelenmesinde yarar vardır.

Disiplin cezaları konusunda yapılacak Şikâyet, ceza veren amirin bir derece üstü olan disiplin amirine yapılır. Şikâyet üzerine bir üst derece disiplin amiri tarafından verilen karar aleyhine daha yüksek disiplin amirine müracaat edilemez. Şikâyetler hemen incelenerek karara bağlanır.

Şikâyet üzerine yapılan inceleme sonucunda Şikâyet haklı görülürse, ceza kaldırılır veya değiştirilir. Keyfiyet Şahsi dosyalara konur ve Şikâyetçiye de bildirilir<sup>709</sup>. Cezanın tümüyle kaldırılması durumunda, cezanın infazına başlanmışsa derhal infaza son verilir. İnfaz edilmiş para cezası kaldırılırsa, alınan para geri verilir<sup>710</sup>. Yıldırım, cezanın tümüyle kaldırılması durumunda daha önceden infaz edilen diğer cezaların durumunun ne olacağını sorgulamaktadır<sup>711</sup>.

Şikâyet üzerine cezanın değiştirilmesi durumunda; eski ceza tamamen veya kısmen infaz edilmişse, Şikâyet üzerine tayin edilen, eski cezadan daha hafif olması durumunda, yeni ceza infaz edilmiş sayılır. Şikâyet üzerine kararlaştırılan yeni ceza, infazı yapılan eski cezadan daha ağır ise çektirilen eski ceza, yeni cezadan indirilir. Eski ceza ile yeni cezanın bir birbirine mahsubu imkânsız ise, Şikâyeti inceleyen

---

<sup>707</sup> Örneğin 477 sayılı yasaya göre tebliğ veya tefhimden itibaren üç gün içinde itiraz edilebilir.

<sup>708</sup> Askeri Ceza Kanunu, Madde 190.

<sup>709</sup> Askeri Ceza Kanunu, Madde 189/1.

<sup>710</sup> Askeri Ceza Kanunu, Madde 189/1-D.

<sup>711</sup> Yıldırım ([http://www.msb.gov.tr/ayim/Ayim\\_makale\\_detay.asp?IDNO=31](http://www.msb.gov.tr/ayim/Ayim_makale_detay.asp?IDNO=31)).

disiplin amiri yeni cezayı verirken eski cezayı dikkate alarak vereceği yeni cezayı tamamen kaldırabilir veya kısmen indirebilir<sup>712</sup>.

Şikâyet üzerine yapılan incelemede şikâyetin hukuki esastan uzak olduğu anlaşılırsa, şikâyet reddolunur ve bu yüzden şikâyetçiye bir ceza verilmez<sup>713</sup>. Ancak şikâyetçi şikâyette bulunurken, ayrı bir suç işlemişse veya disiplin tecavüzünde bulunmuşsa, bundan ayrıca sorumludur. Bu durumda bu yeni kovuşturmayı şikâyeti inceleyen amir yapar<sup>714</sup>.

Bir disiplin cezası, resmi biçimde cezalıya tebliğ edildikten sonra kesinleşir. Artık cezayı veren amir tarafından dahi geri alınamaz veya kaldırılamaz. Ancak cezayı veren amir cezayı kaldırmak isterse veya değiştirmek isterse, 190. madde gereğince bir üst disiplin amirine başvurur. Yüksek disiplin amiri başvuruyu uygun görürse cezayı kaldırır veya değiştirir. Bu durumda As. C.K.'nın 189. maddesinin hükümleri uygulanır.

### **bbb) Disiplin Mahkemesinin Verdiği Cezalara Karşı Kanun Yolları**

Mahkemelerce verilen bir kararın bir üst derece yargı yerinde veya aynı yargı yerinde tekrardan ele alınıp incelenmesi, ilgililerde psikolojik bakımdan tatmin edici bir etki sağlar. Mahkeme kararlarının, şüpheye yer bırakmayacak şekilde son bir defa daha süzgeçten geçirilmesi adaletin de gerçekleşmesi açısından toplumda huzuru ve hukuka güveni sağlar. Mahkeme kararlarının bir defa daha gözden geçirilmesini sağlayan yollar, kanun yollarıdır. Kanun yolları; bir yargı yerince verilmiş olan kararın yanlış olduğu iddiasıyla, kanunda gösterilen sebeplerle, belirli süreler içinde, belirli usullere uyarak aynı veya başka yargı yerinde bir kez daha görüşülmesi imkânını sağlayan yollardır<sup>715</sup>.

477 Sayılı Kanun'da disiplin mahkemesinin verdiği kararlara karşı olağan kanun yolu olarak itirazı olağanüstü kanun yolu olarak da yazılı emir öngörülmüştür. İtirazla ilgili hükümler, 477 sayılı Kanun'un 30. maddesinden başlamakta ve 35. maddesinde sona ermektedir. Yazılı emir ile ilgili hükümler ise, aynı kanunun 40. maddesinde düzenlenmiştir. Diğer bir olağanüstü kanun yolu da, doğrudan

<sup>712</sup> Askeri Ceza Kanunu, Madde 189/1-C.

<sup>713</sup> İç Hizmet Kanunu, Madde 29.

<sup>714</sup> Askeri Mahkemeler Kuruluşu ve Yargılama Usulü Kanunu Madde 93;Askeri Ceza Kanunu, Madde 170/1.

<sup>715</sup> **Yüzyıl Boyunca Danıştay**, 2. Baskı, Danıştay Yayınları, Ankara,1986, s. 721.

düzenlenmemekle birlikte, 477 sayılı Kanun'un 63. maddesinin yaptığı açık atıf gereğince yargılamanın yenilenmesidir.

30. maddeye göre, itiraza hakkı olanlar sanıklardır. Ayrıca, aynı maddeyle, nezdinde disiplin mahkemesi kurulan komutan veya askeri kurum amirine de disiplin mahkemesinin kararlarına itiraz yetkisi verilmiştir<sup>78</sup>.

Disiplin mahkemelerinden verilen hükümlere karşı, tefhim veya tebliğinden itibaren üç gün içinde bir üst disiplin mahkemesinde itiraz edilebilir. Milli Savunma Bakanlığı Müsteşarlığı ile Genelkurmay nezdinde kurulan disiplin mahkemelerinin hükümlerine karşı, yapılan itirazı, itiraz edilen hükme katılmayan ve onlardan daha kıdemli olan başkan ve üyelerden oluşan yeni bir kurul inceler. Buna rağmen uygun nitelikte başkan ve üye bulunamazsa en yüksek komuta makamından itibaren sıra ile aşağı derecelerdeki komuta mevkilerinde bulunan subaylar başkan ve üye olarak görevlendirilirler<sup>716</sup>.

İtiraz, hükmü veren disiplin mahkemesinin nezdinde kurulduğu komutana veya askeri kurum amirine yapılır<sup>717</sup>. İtiraz başvurusunu alan komutan veya askeri kurum amiri, vakit geçirmeden itiraz başvurusunu, üst disiplin mahkemesi disiplin subayına iletir. İtiraz nedenleri yazılı olarak verilebileceği gibi, sanığın en yakın amirine yapılacak beyan üzerine düzenlenecek bir tutanak şeklinde de yapılabilir. İtiraz kural olarak hükmün kanuna aykırılığı sebebine dayanır. Hukuki bir kuralın uygulanmaması veya yanlış uygulanması kanuna aykırılıktır.

İtiraz, hükmün infazını durdurur. Ancak disiplin mahkemesi, cezanın derhal yerine getirilmesine karar vermişse, hükmün infazı yapılır<sup>718</sup>.

İtiraz üzerine üst disiplin mahkemesi disiplin subayı en geç üç gün içinde gerekli incelemeyi yapar, mütalaası ile birlikte itiraz edilen ceza dosyasını mahkemeye sunar. Mahkeme de en geç üç gün içinde dosyayı inceleyerek kararını verir. Üst disiplin mahkemesi gerekli gördüğü soruşturmanın yapılmasını isteyebilir veya soruşturmayı kendisi yapabilir. bu halde soruşturma için gereken süre üç günlük süreye dahil değildir<sup>719</sup>.

---

<sup>716</sup> 477 Sayılı Disiplin Mahkemeleri Kanunu, Madde 31.

<sup>717</sup> 477 Sayılı Disiplin Mahkemeleri Kanunu, Madde 32/1.

<sup>718</sup> 477 Sayılı Disiplin Mahkemeleri Kanunu, Madde 33.

<sup>719</sup> 477 Sayılı Disiplin Mahkemeleri Kanunu, Madde 34.

Üst disiplin mahkemesi itirazı yerinde görürse davanın esasına hükmeder. Aksi halde itirazı reddeder. İtiraz üzerine verilen kararlar kesindir. İtiraz, bu yönüyle, istinaf başvurusuna benzemektedir.

Yasalara aykırı olan fakat her nasılsa kesinleşen disiplin mahkemesi kararlarına ilişkin bir olağanüstü yasa yoludur ve 477 Sayılı Kanun'un 40. maddesinde düzenlenmiştir. Disiplin Mahkemeleri tarafından verilir keskinleşmiş bulunan hükümlerde kanunlara aykırılık bulunduğunu öğrenen Genelkurmay Başkanı, Askeri Yargıtay'a başvurması için Askeri Yargıtay Başsavcısına yazılı emir verilmesi hususunda Milli Savunma Bakanlığı'ndan istemde bulunur.

Bu istem üzerine veya ayrıca Milli Savunma Bakanı disiplin mahkemelerince verilir keskinleşmiş bulunan hükümlerde kanuna aykırılık bulunduğunu öğrenirse, Askeri Yargıtay'a başvurması için Askeri Yargıtay Başsavcısına yazılı emir verir.

Bu konuda yazılı emir ile ilgili Askeri Mahkemeler Kuruluşu ve Yargılama Usulü Kanunu'ndaki hükümler uygulanır. Şu kadar ki, Askeri Yargıtay için disiplin mahkemesinin görevini aştığı sonucuna varırsa, hükmü bozarak dava dosyasının yetkili ve görevli mercie gönderilmesine karar verilir. Bu durumda, yeniden yapılacak inceleme ve kovuşturma sonucuna göre gereken karar verilir. Disiplin Mahkemesi tarafından verilen ve yerine getirilen cezalar, yeniden verilecek cezadan indirilir.

Kesin hükme bağlanmış olan bir davaya yeniden bakılamaz. Bunun en önemli istisnası yargılamanın yenilenmesi yoludur. Bir davanın mahkemede görülmesi sırasında taraflardan biri, elinde olmayan nedenlerden dolayı haklılığını ispatlayamamış olabilir. Bunun sonucunda haklı olmasına rağmen, mahkemede haksız duruma düşebilir. Mahkemenin verdiği karar, kesin hüküm halini aldıktan sonra gerçeğe uymasa bile hukuki açıdan doğru kabul edilir. İleride ortaya çıkan bazı durumlar dolayısıyla, haksızlığı anlaşılan bir kararı, hukuk düzeninde geçerli saymak, başka bir haksızlığı doğurur. İşte bu gibi durumlarda, kural olarak "kanunda sınırlı olarak sayılan nedenlere dayanılarak esas hükmün kaldırılmasını ve davanın yeniden incelenmesini" sağlayan olağanüstü kanun yoluna yargılamanın yenilenmesi denir<sup>720</sup>.

<sup>720</sup> Umar, Bilge, "Türk Medeni Hukukunda İadei Muhakeme", **I.Ü.H.F.M.**, C. XXIX, S. 1-2, s. 261; Azrak, Ali Ülkü, **Avrupa Topuluklarında İdari Yargının Genel Esasları**, I.Ü.S.B.F. Yayınları No: 8, İstanbul, 1982, s. 150; Kuru, Baki - Arslan, Ramazan - Yılmaz, Ejder, **Medeni Usul Hukuku**, 8. Bası

Disiplin mahkemesinde uygulanacak yargılama usulünü düzenleyen 477 sayılı Kanun'da sayılan kanun yolları arasında yargılamanın yenilenmesi yoktur. Ancak, 477 sayılı Kanun'un 63. maddesi, "bu kanunda aksine hüküm bulunmayan hallerde Askeri Ceza Kanunu ile Askeri Mahkemeler Kuruluşu ve Yargılama Usulü Kanunu Hükümleri disiplin mahkemelerinde de uygulanır" hükmünü içermektedir. Bundan dolayı, disiplin mahkemesi hükümlerine karşı, yargılamanın yenilenmesi konusunda, Askeri Ceza Kanunu ile Askeri Mahkemeler Kuruluşu ve Yargılama Usulü Kanunu Hükümleri uygulanacaktır. Çünkü 63. madde, disiplin suçlarının hızla sonuçlandırılması için, kısa ve öz hükümler içeren 477 sayılı Kanun'da oluşacak boşlukların, Askeri Ceza Kanunu ve Askeri Mahkemelerin Kuruluşu ve Yargılama Usulü Kanunu hükümleriyle doldurulması için kabul edilmiştir<sup>721</sup>.

477 Sayılı Kanun'da disiplin suçu olarak düzenlenen hukuka aykırı eylemler, daha önce, Askeri Ceza Kanunu'nda kısa süreli hapisle cezalandırılan eylemlerdendi. Ve ayrıca disiplin amirlerine kendileri tarafından cezalandırılmaları veya askeri mahkemelere sevki konusunda takdir yetkisi tanınmaktaydı. Eski bir Askeri Yargıtay içtihadı birleştirme kararında, " ...Askeri Yargılama Usulü Kanunu'nun muhakemenin iadesi ve yazılı emir hakkındaki hükümleri ihtiva eden beşinci kısım başlığı altındaki maddelerde, kısa hapis cezasını ihtiva eden ve kesinleşen hükümlerin muhakemenin iadesi istenemeyeceği hakkında bir hüküm yoktur<sup>722</sup> ..." demektedir.

Disiplin mahkemeleri kararlarına karşı da yargılamanın yenilenmesine başvurulabileceğini, Askeri Yargıtay, bir kararında açıkça şöyle dile getiriyor: "Her ne kadar 477 sayılı kanunda yargılamanın yenilenmesi konusu açıkça yer almamakta ise de, 477 sayılı Kanun'un 63. maddesinin yaptığı açık atıf muvacehesinde, disiplin mahkemesi kararlarının da yargılamanın yenilenmesi yolu ile yeniden incelenmeleri mümkündür"<sup>723</sup>.

---

Yetkin Yayınları, Ankara, 1996, s. 618; Bilge, Necip - Önen, Ergin, **Medeni Yargılama Hukuku Dersleri**, 3. Bası A.Ü.H.F. Yayınları, No:422, Ankara, 1978, s. 707; Kunter, Nurullah, **Ceza Muhakemeleri Hukuku**, 9. Bası Beta Yayınları, İstanbul, 1989, s. 1120, Öztürk, Bahri, **Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku**, 3. Bası Ankara, 1995, s. 618.

<sup>721</sup> Köse, Ahmet, (Derleyen), **1961 Anayasa'sına Göre Gerekçeli-Notlu- Askeri Yargı Mevzuatı**, C.II, Ankara, 1965, s. 239.

<sup>722</sup> As.Yrg. İ.çt. Brl. Krl., E. 1946/4072, K.1946/4818, T.17-12-1946; **Askeri Yargıtay Kararlar Dergisi**, S.11, Y.1997, s.84.

<sup>723</sup> As.Yrg. 3..D. E. 1989/357, K.1989/347, T.4-9-1989; **Askeri Yargıtay Kararlar Dergisi**, S.8, Y.1992, s.275.

Yargılamanın yenilenmesine ilişkin hükümler, 353 sayılı Askeri Mahkemelerin Kuruluşu ve Yargılama Usulü Kanunu'nun 228. maddesine başlayıp, 242. maddesinde son bulmaktadır. Askeri Yargıtay'a göre, "... (353 sayılı) Kanun'un 233. maddesinin kanun yollarına başvurma hakkındaki genel hükümlerin yargılamanın yenilenmesi hakkında da uygulanacağına dair sarih hükmü karşısında, kanun yoluna başvurma hakkı olanların yargılamanın yenilenmesi isteminde de bulunabilecekleri ..."<sup>724</sup> çıkmaktadır.

Yargılamanın yenilenmesi ya hükümlünün lehine istenir, ya da aleyhine istenir. Hükümlünün lehine yargılamanın yenilenmesinin istenmesinin koşulları, 353 Sayılı Kanun'un 228. maddesinde şöyle düzenlenmiştir:

- Duruşmada kullanılan ve hükme etkisi olan bir belgenin sahteliği anlaşılırsa,
- Yemin verilerek dinlenilmiş olan bir tanık veya bilirkişinin hükmü 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 kovuşturması 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 iradedilen delillerle birlikte göz önünde tutuldukları takdirde hükümlünün beraatını veya daha hafif cezayı gerektiren kanun hükmünün uygulanması ile hükümlülüğü gerektirebilecek nitelikte olursa.

Hükmün yerine getirilmiş olması veya hükümlünün ölümü veyahut hükümlüyü Askeri Ceza Kanununa tabi kılan durumun son bulması yargılamanın yenilenmesi istemine engel olamaz. Ölüm halinde, ölenin eşi, usul ve furuu, erkek ve kız kardeşleri yargılamanın yenilenmesi isteminde bulunabilirler<sup>725</sup>.

<sup>724</sup> As.Yrg. DrI. Krl. E. 1983/142, K.1983/183, T.26-11-1983; Askeri Yargıtay Kararlar Dergisi, S.6, Y.1990, s.408.

<sup>725</sup> 353 Sayılı Kanun, madde 229.

Hükümlü aleyhine yargılamanın yenilenmesinin şartları ise, 353 Sayılı Kanun'nun 230. maddesinde şöyle düzenlenmiştir:

—Duruşmada hükümlünün lehine kullanılan ve hükme etkisi olan bir belgenin sahteliği anlaşılırsa,

—Yemin verilerek dinlenilmiş olan bir tanık veya bilirkişinin hükmü etkileyecek şekilde sanık veya hükümlü lehine kasıt veya ihmâl ile gerçeğe aykırı tanıklık ettiği veya bilgiler verdiği anlaşılır ise,

—Hükme katılmış olan hâkimlerden biri aleyhine ceza kovuşturmasını ve kanuni bir ceza ile hükümlülüğü gerektirecek nitelikte görevini yapmada kusur etmiş ise,

—Sanık beraat ettikten sonra cezayı gerektiren eylem hakkında güvenilir bir ikrarda bulunmuş ise.

Aleyhe yargılamanın yenilenmesi koşullarının sınırları içinde olmak üzere cezanın değiştirilmesi amacı ile yargılama yenilenemez<sup>726</sup>. Yargılamanın yenilenmesi hakkında istem, cezayı gerektiren bir eylemin varlığı iddiasına dayanıyorsa, bu istem ancak suçun işlendiğine dair kesinleşmiş bir hüküm verilmiş olduğu yahut delillerin yokluğundan başka sebepler yüzünden soruşturma veya kovuşturmasının yapılması veya devamı mümkün olmadığı takdirde kabul edilir<sup>727</sup>.

Yargılamanın yenilenmesi istemi, bu istemin kanuni sebepleri ile sübut delillerini kapsar. Hükümlü veya 229 uncu maddenin ikinci fıkrasında gösterilen kimseler yargılamanın yenilenmesi istemini bir dilekçe ile veya 197'inci madde hükümlerine göre yapabilirler<sup>728</sup>.

Yargılamanın yenilenmesi istemini inceleyecek mahkeme, Askeri Yargıtay'dır. Bu husustaki karar Askeri Yargıtay Başsavcılığının tebliğnamesi üzerine duruşma yapılmaksızın verilir. Yargılamanın yenilenmesi istemi, hükmün yerine getirilmesini geri bırakmaz. Askeri Yargıtay, yerine getirilmenin geri bırakılmasına karar verebilir<sup>729</sup>.

---

<sup>726</sup> 353 Sayılı Kanun, madde 231.

<sup>727</sup> 353 Sayılı Kanun, madde 232.

<sup>728</sup> 353 Sayılı Kanun, madde 234.

<sup>729</sup> 353 Sayılı Kanun, madde 235.

Yargılamanın yenilenmesi istemi, kanunda yazılı şekilde ileri sürülmemiş, yargılamanın yenilenmesini gerektirecek kanuni hiçbir sebep gösterilmemiş veyahut bunu doğrulayabilecek sübut delilleri beyan olunmamış ise, bu istem, kabule değer olmaması noktasından reddedilir. Aksi takdirde yargılamanın yenilenmesi istemi, bir diyeceği varsa bildirmek üzere, bir mehil tayin edilerek karşı tarafa tebliğ olunur<sup>730</sup>.

Askeri Yargıtay, yargılamanın yenilenmesi istemini esas olarak kabule değer gördükten sonra gerekirse delillerin toplanmasını askeri savcıdan ister veya bir naibe veyahut istinabe olunan hakime gönderir. Dinlenecek tanıklara ve bilirkişilere yemin verilip verilmemesini Askeri Yargıtay takdir eder. Delillerin toplanması sırasında ilgililerin hazır bulunmalarına ilişkin konularda hazırlık soruşturmasındaki hükümler uygulanır. Delillerin toplanması bittikten sonra Askeri Yargıtay, Başsavcıdan ve sanıktan tayin edilecek mehil içinde mütalaa ve düşüncelerini bildirmelerini ister<sup>731</sup>.

Askeri Yargıtay'ın soruşturması sonucunda yargılamanın yenilenmesi isteminde yazılan iddialar yeter derecede gerçekleşmez ise veyahut işin durumuna göre 228 ve 230 uncu maddenin (A) ve (B) bentlerinde yazılı hallerin önceki hükme hiçbir etkisi olmadığı anlaşılırsa yargılamanın yenilenmesi istemi esassız olması noktasından reddedilir. Aksi takdirde, Askeri Yargıtay yargılamanın yenilenmesine ve yeniden duruşmanın açılmasına karar verir ve duruşmanın hangi askeri mahkemede yapılacağını gösterir<sup>732</sup>.

Hükümlü ölmüş ise, Askeri Yargıtay yeniden duruşma yapmaksızın ve fakat gerektiğinde lüzumlu delilleri topladıktan sonra hükümlünün beraatına veyahut yargılamanın yenilenmesi isteminin reddine karar verir. Beraat kararı ile beraber önceki hükmün hükümsüz bulunduğu da karar verilir. Başka hallerde de Askeri Yargıtay yeter delil varsa yine, duruşma yapmaksızın hükümlünün beraatına karar verir. Şu kadar ki, kovuşturma kamu davasının açılması suretiyle olmuş ise bu karar Askeri Yargıtay Başsavcısının uygun mütalaa ile verilebilir<sup>733</sup>.

Yeniden yapılacak duruşma sonucunda, askeri mahkeme ya önceki hükmü doğru görerek onaylar veya bu hükmü hükümsüz kılarak yenibaştan hüküm verir.

---

<sup>730</sup> 353 Sayılı Kanun, madde 236.

<sup>731</sup> 353 Sayılı Kanun, madde 237.

<sup>732</sup> 353 Sayılı Kanun, madde 238.

<sup>733</sup> 353 Sayılı Kanun, madde 239.

Yargılamanın yenilenmesi istemi yalnız hükümlü tarafından olur veya hükümlü lehine olmak üzere askeri savcı veya 229 uncu maddenin ikinci fıkrasında gösterilen kimseler tarafından yapılır ise, yeniden verilecek hüküm önceki hükümle tayin edilmiş olan cezadan daha ağır olamaz<sup>734</sup>.

Yargılamanın yenilenmesi isteminde bulunan hükümlü haksız çıkar ve istemi kötü niyetli olursa ağır para cezasına çarptırılır<sup>735</sup> (353 Sayılı Kanun, m. 241).

Yargılamanın yenilenmesini isteyen kimse, önceki hükmün hükümsüz kılındığının, Resmi Gazete ile ilan edilmesini isteyebilir. Askeri mahkeme uygun görürse başka gazeteler ile de ilan olunabilir<sup>736</sup>.

#### **dd) Disiplin Ceza İşlemlerinin Hukuki Niteliği**

##### **aaa) Disiplin Amirlerinin Yaptığı Disiplin Ceza İşlemlerinin Hukuki Niteliği**

Disiplin amirleri, disiplini sağlamak açısından astlarına disiplin cezası verirken yaptıkları işlemler (disiplin ceza kararları), gerek organik açıdan, gerekse işlevsel açıdan birer idari işlemdir. Her ne kadar, nitelik ve kapsam olarak ceza hukukuna egemen olan birçok ilke ve kurallar disiplin hukukunda da egemen olsa da, disiplin amirlerinin verdiği cezaların niteliğini idari olmaktan çıkaramaz<sup>737</sup>. Hatta amirlerin verdikleri disiplin cezaları, maddi açıdan bir öznel işlemdir. Çünkü, disiplin amiri cezayı belirlerken, suçlunun kişisel durumunu dikkate almaktadır. Böyle olunca, Askeri Ceza Kanunu'nun 181. maddesinde sözü edilen kesinleşme, idari açıdan kesinleşmedir.

Bilindiği gibi, Disiplin amiri ceza kararını cezalıya tebliğ ettiği an ceza kesinleşmiş olmaktadır. Bir başka deyişle hukuki sonuçlarını doğurmaya başlamıştır. Artık cezayı veren makam bu kararı değiştiremez ve bu cezanın infazı (disiplin ceza kararının yürütülmesi) gerekli, hatta zorunludur. Bu tür disiplin cezalarına, cezalının bir üst disiplin amirine şikâyette bulunması veya cezayı veren disiplin amirinin

---

<sup>734</sup> 353 Sayılı Kanun, madde 240.

<sup>735</sup> 353 Sayılı Kanun, madde 241.

<sup>736</sup> 353 Sayılı Kanun, madde 242.

<sup>737</sup> Özay (1982): s. 43

cezanın kaldırılması yönünde bir üst disiplin amirine başvurması cezanın infazını durdurmaz<sup>738</sup>.

İdare Hukukunda, bir idari işlemin kaldırılması veya değiştirilmesi, kaldırılma anı veya değiştirilme tarihinden itibaren ileriye doğru hukuksal sonuçlar doğurmaktadır. Ancak Askeri Ceza Kanunu'nun 189. maddesinde düzenlenen "kaldırılma" veya "değiştirilme", tıpkı iptal gibi geçmişe yönelik hukuksal sonuçlar doğurmaktadır. Örneğin para cezası kaldırılırsa, tahsil edilen para cezalıya geri ödenir. Ancak, gerek şikâyet, gerekse disiplin amirinin bir üst disiplin amirine başvurusu sonucunda yapılacak işlem, tıpkı cezalandırma işlemi gibi organik ve işlevsel açıdan idari işlemlerdir<sup>739</sup>.

Şikâyet veya disiplin amirinin bir üst disiplin amirine başvurusu, idarenin kendi kendini içten denetlemesini sağlayan bir hiyerarşik denetim yoludur. Bu denetim yolu da, diğer idari denetim yolları gibi idarenin hukuka uygun işlemler yapmasını ve eylemlerde bulunmasını sağlamak, kişilerin temel hak ve özgürlüklerini korumak amacını güder. Ancak hiçbir idari denetim, yargısal denetim kadar idareyi hukuka uygun davranma ve kişilerin temel hak ve özgürlüklerini koruma açısından yargısal denetim kadar güvenceli değildir<sup>740</sup>.

Askeri Ceza Kanunu'nun 188/1. maddesine göre, cezanın kaldırılması veya değiştirilmesi için yapılacak şikâyet, cezalı tarafından veya cezalının üstleri tarafından doğrudan doğruya yapılır. Kanun Koyucu As. C.K.'nin 188. maddesinde cezalının üstlerine şikâyet konusunda bağlı yetkiye dayanan bir görev yüklemiştir. İç hizmet Kanunu'nun 27. maddesine göre, şikâyet söz veya yazıyla en yakın amire yapılır. Eğer bu amirden şikâyet olunacaksa, bir derece üstündeki amire yapılır. Cezanın kaldırılması veya değiştirilmesi için yapılacak şikâyet aynı zamanda cezayı veren amirin şikâyet edilmesi olacağı için, şikâyetin bu amirin atlanarak yapılması gerekmektedir.

Disiplin amirlerinin verdikleri cezalar birer idari işlem olduklarına göre, bu işlemler idari işlemlerin beş unsurundan biri (yetki, şekil, sebep, konu ve amaç) açısından hukuka aykırı olabilirler. Yıldırım burada, disiplin amirlerinin kesinleşmiş, fakat idari işlemin beş unsuru açısından hukuka aykırı ceza kararlarına karşı idari

<sup>738</sup> Yıldırım ([http://www.msb.gov.tr/ayim/Ayim\\_makale\\_detay.asp?IDNO=31](http://www.msb.gov.tr/ayim/Ayim_makale_detay.asp?IDNO=31)).

<sup>739</sup> Yıldırım ([http://www.msb.gov.tr/ayim/Ayim\\_makale\\_detay.asp?IDNO=31](http://www.msb.gov.tr/ayim/Ayim_makale_detay.asp?IDNO=31)).

<sup>740</sup> Yıldırım ([http://www.msb.gov.tr/ayim/Ayim\\_makale\\_detay.asp?IDNO=31](http://www.msb.gov.tr/ayim/Ayim_makale_detay.asp?IDNO=31)).

yargı yoluna başvurulabilir mi sorusunu sormaktadır<sup>741</sup>. Bu soruya olumlu cevap vermek mümkün değildir. Çünkü, 1602 Sayılı Askeri Yüksek İdare Mahkemesinin Kanunu'nun 21/3. maddesine göre "Cumhurbaşkanının, Yüksek Askeri Şura'nın tasarrufları ve Sıkıyönetim komutanlarının 1402 Sayılı Kanunda yazılı tasarrufları ile disiplin suç ve tecavüzlerinden ötürü disiplin amirlerince verilen cezalar yargı denetimi dışındadır."<sup>742</sup> Doktrinde, bir idari işlemi yasalarla yargı denetiminin dışına çıkarılmasına yasama kısıntısı<sup>743</sup> veya yargı bağıışıklığı<sup>744</sup> denmektedir. Ancak yasalarla bir idari işlemin yargı denetimi dışına çıkarılması, hem hukuk devleti, hem de bireysel başvuru hakkının tanındığı Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ile bağdaşmamaktadır<sup>745</sup>.

Kanun Koyucu As.C.K.'nin 188. maddesinde cezalının üstlerine de, şikâyet konusunda bağlı yetkiye dayanan bir görev yüklemiştir. Çünkü söz konusu madde hükmü "bir disiplin cezasından şikâyet, cezalı tarafından veya kendisinin mafevkleri tarafından doğrudan doğruya yapılır" hükmünü içermektedir. Eğer mafevkler (üstler) astlarına disiplin amiri tarafından hukuka aykırı biçimde verilen disiplin cezalarından dolayı şikâyet başvurusunda bulunmazlarsa, görevi ihmal suçunu işlemiş olurlar.

Kanun Koyucu, Askeri Ceza Kanunu'nun 190. maddesinde, cezayı veren amire de cezanın kaldırılması veya değiştirilmesi konusunda bir üst disiplin amirine başvurma yetkisi tanımıştır. Çünkü kendisi verdiği cezayı kaldıramaz. Ancak bu yetki, cezalıya ve cezalının diğer üstlerine tanındığı şikâyet hak ve yetkisinden farklı olarak, takdiri bir yetkidir. Bu yetkiyi kullanmadı diye sorumlu tutulamaz. Fakat bu takdir yetkisini kullanıp kullanmadığını gerekçelendirmek durumundadır<sup>746</sup>.

### **bbb) Disiplin Mahkemelerinin Kararlarının Hukuki Niteliği**

Disiplin mahkemelerini kuran 477 sayılı yasa'nın 2. ve 17. maddelerinin Anayasaya aykırılığı iddia edilerek itiraz yoluna başvurulmuş, Anayasa Mahkemesi de bu maddelerin Anayasa'ya aykırı olmadığına oyçokluğuyla karar vermiştir. Ancak Yüksek mahkemenin 13 üyesinden 6 tanesi, disiplin mahkemelerinin 1961 Anayasasının 151. maddesi kapsamındaki mahkeme kavramına girmediği

<sup>741</sup> Yıldırım ([http://www.msb.gov.tr/ayim/Ayim\\_makale\\_detay.asp?IDNO=31](http://www.msb.gov.tr/ayim/Ayim_makale_detay.asp?IDNO=31)).

<sup>742</sup> Yıldırım ([http://www.msb.gov.tr/ayim/Ayim\\_makale\\_detay.asp?IDNO=31](http://www.msb.gov.tr/ayim/Ayim_makale_detay.asp?IDNO=31)).

<sup>743</sup> Gözübüyük (1996): s.26.

<sup>744</sup> Özay, İl Han, **Günişığında Yönetim**, Alfa Yayınları, İstanbul, 1996, s.648

<sup>745</sup> Gözübüyük (1996): s.29.

<sup>746</sup> Yıldırım ([http://www.msb.gov.tr/ayim/Ayim\\_makale\\_detay.asp?IDNO=31](http://www.msb.gov.tr/ayim/Ayim_makale_detay.asp?IDNO=31)).

gerekçesiyle karşı çıkmışlardır<sup>747</sup>. Bu hükümlerin Anayasaya aykırılığı tartışması bir yana bırakılacak olursa, bu mahkemelerin kararları, organik açıdan idari niteliktedir. Bunun iki nedeni vardır:

a) Disiplin Mahkemeleri her ne kadar, Anayasa'nın "YARGI" başlığını taşıyan üçüncü bölümünde yer alan 145. maddesinde düzenlenmiş ise de, başkan ve üyeleri, Devletin organik yapısı içinde yürütme organı ve onun doğal uzantısı olan idare cihazı içinde yer almaktadır. Çünkü disiplin mahkemesi başkan, üye veya yedek üyeleri olabilmek için sadece subay olmak yeterlidir. Bundan dolayı bütün subaylar disiplin mahkemesi başkanı üyesi veya yedek üyesi olabilmektedirler. Özbakan'a göre, disiplin mahkemesi başkan ve üyeliklerine askeri hâkim sınıfından subayların seçilmesi 477 sayılı kanuna aykırıdır. Çünkü yazara göre, 477 sayılı Kanunun genel gerekçesinde bu mahkemenin " ...disiplin işleri ile çok daha yakın ilgileri bulunan askerlerden teşekkül edeceği yazılıdır. Sözü geçen asker deyimi ile hâkim niteliğini haiz subaylardan ziyade, kıta ile daha yakın ilişkileri bulunan muharip ve yardımcı sınıflara mensup subaylar kast olunmuştur<sup>748</sup>. Ancak Yazarın görüşüne katılmak mümkün değildir. Her şeyden önce, 477 sayılı Kanun'un 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<sup>749</sup>.

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 verilmesine bakarak öteki mahkemelerle bir tutmaya yer yoktur. ..."750.

b) Ancak, mevcut yasal düzenleme karşısında, disiplin mahkemelerinin başkan ve üyelerinin hepsinin askeri hâkim sınıfından seçilmesi bile, disiplin mahkemelerinin kararlarının organik açıdan idari nitelikte olmasını değiştirmez. Bunun nedeni, Anayasa'nın 139. maddesinde güvence altına alınan hâkimlik

<sup>747</sup> A.Y.M. E.1970/6, K. 1970/29, T.4-6-1970; A.Y.M.K.D., S.8, s.300-313.

<sup>748</sup> Özbakan, Hulusi, **İçtihatlı, Gerekçeli, Notlu, Açılmalı, Öneklî, Disiplin Mahkemeleri Kanunu**, Ankara, 1980, s. 4-5.

<sup>749</sup> Yıldırım ([http://www.msb.gov.tr/ayim/Ayim\\_makale\\_detay.asp?IDNO=31](http://www.msb.gov.tr/ayim/Ayim_makale_detay.asp?IDNO=31)).

<sup>750</sup> Lütfi Ömerbaş'ın Karşı oy Yazısı; A.Y.M. E.1970/6, K. 1970/29, T.4-6-1970; A.Y.M.K.D., S.8, s.301.

güvencesinden yoksun olmalarıdır. Çünkü, 477 sayılı Kanun'un 3. maddesine göre başkan, üye ve yedekleri; nezdinde disiplin mahkemesi kurulan komutan veya askeri kurum amiri tarafından bir yıl için seçilirler. Bu bir yıllık süre, Anayasa'nın 140. maddesindeki hâkimlere sağlanan zorunlu emeklilik süresine kadar görevde kalma biçiminde ifade edilecek hâkimlik güvencesi süresine göre oldukça kısadır ve güvence olmaktan uzaktır<sup>751</sup>.

Üyelerinin çoğunluğu hâkim sınıfından olmayan görevlilerden oluşan bir mahkeme, Anayasa'nın 9. maddesi (61 Anayasası'nın 7. maddesi) uyarınca yargı yetkisini bağımsız bir mahkeme olarak kullanan bir mahkeme olarak kabul edilemez. Bundan başka hâkimlik mesleği, liyakat ve ehliyeti gerektirdiğinden, bu niteliklere sahip olmayan ve hâkimlik güvencesine de sahip olmayan kamu görevlilerinden (subay ve astsubaylar) kurulu yargı yerlerinin doğru ve hiç bir etki altında kalmaksızın karar verebilecekleri şüphelidir<sup>752</sup>.

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 korumaktır<sup>753</sup>.

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<sup>754</sup>.

Organik açıdan idari nitelikte olan bir karar veya işlem, maddi açıdan pek ala 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

---

<sup>751</sup> Yıldırım ([http://www.msb.gov.tr/ayim/Ayim\\_makale\\_detay.asp?IDNO=31](http://www.msb.gov.tr/ayim/Ayim_makale_detay.asp?IDNO=31)).

<sup>752</sup> A.Y.M., E.1973/19, K.1975/87, T.15-4-1975; A.Y.M.K.D., S.13, Ankara, 1991, s. 447.

<sup>753</sup> Onar (1966): s.2.

<sup>754</sup> Yıldırım ([http://www.msb.gov.tr/ayim/Ayim\\_makale\\_detay.asp?IDNO=31](http://www.msb.gov.tr/ayim/Ayim_makale_detay.asp?IDNO=31)).

usulü çerçevesinde tanınan kanun yollarına (itiraz, temyiz v.s.) başvurulabiliyorsa, bu başvuru yollarının kullanılmaması veya kullanılmasından sonra kesinleşiyorsa ve değiştirilemiyorsa, bu kararlara herkes ve devletin bütün organları uymak zorundaysa; devletin hangi organı içinde yar alan kamusal merciler tarafından yapılırsa yapılsın, ortada bir yargısal işlem veya karar var demektir<sup>755</sup>.

### c) Askeri Yargı Organlarının Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesine Uygunluğu

Türkiye’de askeri yargı organlarının oluşum tarzlarının Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 6’ncı maddesinin 1’inci fıkrasında güvence altına alınan “adil yargılanma hakkı” ile uyum içinde olup olmadığını tartışmak gerekir. Böyle bir tartışma için öncelikle, bu “adil yargılanma hakkı”nı kısaca görmek uygun olur<sup>756</sup>. Bunun için ilk önce Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 6’ncı maddesinin 1’inci fıkrası incelenmelidir. Fıkraya göre;

“Her şahıs gerek medeni hak ve vecibeleriyle ilgili nizalar, gerek cezai sahada kendisine karşı serdedilen bir isnadın esası hakkında karar verecek olan kanuni, müstakil ve tarafsız bir mahkeme tarafından davasının makul bir süre içinde hakkaniyete uygun ve aleni olarak dinlenmesini istemek hakkını haizdir”.

Fıkra metninde açıkça görüldüğü gibi, herkes, “kanuni, müstakil ve tarafsız bir mahkeme” tarafından yargılanma hakkına sahiptir. Buradan “adil yargılanma hakkı”nın şu dört koşulu ortaya çıkmaktadır<sup>757</sup>: “Mahkeme”, kanunilik, bağımsızlık ve tarafsızlık, diğer bir ifadeyle adil yargılanma hakkının gerçekleşmesi için bir kere, yargılama bir “mahkeme” tarafından yapılmalıdır. İkinci olarak bu mahkeme “kanuni” olmalı, yani yürütme organının düzenleyici işlemleriyle değil, yasama organının çıkardığı bir kanunla kurulmalıdır<sup>758</sup>. Üçüncü olarak bu mahkeme “bağımsız” olmalıdır. Bağımsızlık, başka bir kişi veya organdan emir almamak ve tarafların ve

<sup>755</sup> Yıldırım ([http://www.msb.gov.tr/ayim/Ayim\\_makale\\_detay.asp?IDNO=31](http://www.msb.gov.tr/ayim/Ayim_makale_detay.asp?IDNO=31)).

<sup>756</sup> Gözler, Kemal, “Askeri Yargı Organlarının Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesine Uygunluğu Sorunu”, **İnsan Hakları Yıllığı**, Cilt 21-22, 1999-2000, s.77.

<sup>757</sup> Gölcüklü, Feyyaz, **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesine Göre Doğru Yargılama**, A.Ü.S.B.F. İnsan Hakları Merkezi Yayınları, Ankara, 1995, s. 18–23; Gölcüklü, A. Feyyaz ve Gözübüyük, A. Şeref, **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması**, Turhan Kitabevi, 2’nci Baskı, Ankara, 1996, s. 252–256; Çavuşoğlu, Naz, **İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Avrupa Topluluk Hukukunda Temel Hak ve Hürriyetler Üzerine**, A.Ü.S.B.F. İnsan Hakları Merkezi Yayınları, Ankara, 1994, s.25–26

<sup>758</sup> Gölcüklü (1995): s. 19–20.

özellikle yürütme organının etki alanının dışında olmak demektir<sup>759</sup>. Dördüncü olarak nezdinde hak aranılan mahkeme “tarafsız” olmalıdır. Tarafsızlık mahkeme üyelerinin davanın çözümünü etkileyecek bir ön yargılarının olmaması demektir. Diğer bir ifadeyle, tarafsızlık, mahkeme üyelerinin tarafların leyh ve aleyhinde bir duyguya veya çıkarıya sahip olmaması anlamına gelir<sup>760</sup>.

Gözler söz edilen dört şartın yerine getirilip getirilmediğini Askeri yargıyı ikiye ayırarak incelemiştir. Bunlar Askeri İdari Yargı ve Askeri Ceza Yargısıdır<sup>761</sup>.

### **aa) Askeri İdari Yargı: Askeri Yüksek İdare Mahkemesi**

Adil yargılanma hakkının birinci şartı, yargılamanın bir “mahkeme” tarafından yapılmasıdır. Askeri Yüksek İdare Mahkemesi, içinde hâkim sınıfından olmayan üyeler bulunsa da, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin içtihadı bakımından bir “mahkeme” olarak kabul edilebilir. Zira bu kurum bir “yargısal rol” ifa etmekte ve bir “adli fonksiyona” sahip bulunmaktadır. Diğer bir ifadeyle belli bir usûl izleyerek ve hukuk kurallarına dayanarak, gerektiğinde devlet zoruyla yerine getirilmesi mümkün, kararlar vermektedir<sup>762</sup>.

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 6’ncı maddesine göre adil yargılanma hakkının gerçekleşmesinin ikinci koşulu bu yargılamayı yapacak olan mahkemenin “kanun” ile kurulmuş olmasıdır. Askeri Yüksek İdare Mahkemesi Anayasa ve kanunla kurulduğundan bu koşulu yerine getirmektedir. Keza Askeri Yüksek İdare Mahkemesinin yargılama usulü de yürütmenin düzenleyici tasarruflarıyla değil, kanun ile tespit edilmiştir (1602 sayılı Kanun)<sup>763</sup>.

Askeri Yüksek İdare Mahkemesinde 1602 sayılı AYİM kanununa göre iki çeşit üye vardır: Hâkim sınıfından üyeler ve hâkim sınıfından olmayan üyeler. Bu nedenle bunların bağımsızlıkları ayrı ayrı incelenmelidir<sup>764</sup>.

Gözler’e göre hâkim sınıfından üyelerin atanması usulünde Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesine bir aykırılık pek görülemez. Askeri Yüksek İdare

---

<sup>759</sup> Gölcüklü (1995): s. 20.

<sup>760</sup> Gölcüklü, (1995): s.21.

<sup>761</sup> Gözler (1999–2000): s.77.

<sup>762</sup> Gölcüklü (1995): s. 18–19.

<sup>763</sup> Gözler (1999–2000): s.79.

<sup>764</sup> Gözler (1999–2000): s.80.

Mahkemesinin hâkim sınıfından olan üyelerinin Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 6'ncı maddesinde öngörülen bağımsızlığa sahip olduğu söylenebilir<sup>765</sup>.

Ancak, Askeri Yüksek İdare Mahkemesinin “hâkim sınıfından olmayan üye”lerinin Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 6'ncı maddesinin aradığı hâkimlik bağımsızlığı niteliğine sahip oldukları söylenemez. Bir kere bunların atanmasında öneri yetkisi bir adli makam olmayan Genelkurmay Başkanlığına verilmiştir. Dolayısıyla bunların atanması yürütme organının etki alanındadır. Şüphesiz bir hâkimin bağımsızlığı ve tarafsızlığı her şeyden önce onun manevi hayatı ve kişiliğiyle ilgilidir. Her zaman bağımsız bir kişiliğe sahip, görevinde ne olursa olsun başkalarından etkilenmeyecek “hâkim sınıfından olmayan üyeler” olabilir. Ama onların tasfiyesi her zaman mümkündür. Zira “askeri hâkim sınıfından olmayan üyelerin görev süresi en fazla dört yıldır” (AY, m.157/3). Bu üyeler Askeri Yüksek İdare Mahkemesindeki görevleri bitince kendi asıl görevlerine döneceklerdir. Ve kendi asıl görevlerinde tayin ve terfileri tamamen kendi hiyerarşik üstlerinin takdirine bağlıdır. Bu nedenle Askeri Yüksek İdare Mahkemesinde görev yaptıkları sürece daha sonraki kendi asıl görevlerinde iyi yerlere tayin olmayı ve terfi etmeyi düşünen üyelerin hiyerarşik amirlerinin etkisi altında kalması pek muhtemeldir<sup>766</sup>.

Gelelim hakkaniyete uygu yargılama konusuna; hakkaniyete uygun bir yargılama için, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin getirdiği bir takım şartlar vardır. Bu şartlardan en önemlisi, tarafların arasında “silahların eşitliği ilkesi”dir. Diğer bir ifadeyle, mahkeme önündeki süreçte taraflar arasında tam eşitlik olmalı ve bu eşitlik yargılama boyunca devam etmelidir. Buna göre yargılama süreci içinde yapılan her işlem (mesela delil ve karşı-delillerin sunulması, iddia ve karşı iddiada bulunma gibi) silahların eşitliği ilkesi açısından değerlendirilir. Örneğin silahların eşitliği ilkesi, Schuler-Zragen/İsviçre davasında davacının dava dosyasını inceleyebilme ve dosyadan bazı belgelerin fotokopilerini alabilme, mahkeme kararına dayanak teşkil eden bilirkişi raporlarının kendisine gösterilmesi açısından incelenmiştir<sup>767</sup>.

## **bb) Askeri Ceza Yargısı**

Askeri ceza yargısını ikiye ayırıp incelemek gerekir. Askeri mahkemeler ve disiplin mahkemeleri. Zira Anayasamızın 145'inci maddesi “askeri yargı, askeri

<sup>765</sup> Gözler (1999–2000): s.80-81.

<sup>766</sup> Gözler (1999–2000): s.81.

<sup>767</sup> Gölcüklü (1995): s. 32–35.

mahkemeler ve disiplin mahkemeleri tarafından yürütülür” demektedir. Her iki tür mahkemenin de üstünde Askeri Yargıtay bulunur.

Ancak biz burada tezimizin konusuyla ilgili olduğunu düşündüğümüz için sadece Disiplin Mahkemeleri ile ilgili değerlendirmelerde bulunacağız.

Burada Askeri Ceza Yargısı konusuna girmişken, Askeri Yargıtay ve Askeri Mahkemeler ile ilgili olarak Gözler’in yapmış olduğu bu iki mahkemede bulunan hâkim sınıfından ve hâkim sınıfından olmayan üyelerin terfileri ile ilgili tespitler dikkat çekecek niteliktedir. Üyelerin terfileri yarı yarıya adli bir makam olmayan askeri komutanların verecekleri sicil notlarına bağlıdır. Bu nedenle askeri hâkimlerin kendileri hakkında subay sicil belgesi düzenleyecek sicil üstleri durumunda olan komutanlara karşı bağımsızlıklarından şüphe edilebilir<sup>768</sup>. Askeri hâkimler, yükselmeleri yarı yarıya takdirine bağlı olduğu bir kişi karşısında kendilerini bağımsız hissetmeyebilirler. Bu nokta Gözler’e göre Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 6’ncı maddesinde öngörülen “bağımsızlık” koşuluna aykırıdır<sup>769</sup>.

### aaa) Disiplin Mahkemeleri

Yukarıda da belirtildiği gibi, adil yargılanmanın hakkının birinci şartı, yargılamanın bir “mahkeme” tarafından yapılmasıdır. Disiplin mahkemeleri “yargısal rol” ifa etmekte ve bir “adli fonksiyona” sahip bulunmaktadır. Keza bu mahkemeler, belli bir usul izleyerek ve hukuk kurallarına dayanarak karar vermektedirler. Kararları devlet gücüyle icra edilmektedir. Ancak böyle bir organda hâkim niteliğine sahip üye yoktur. Aşağıda görüleceği gibi birlik komutanına karşı bağımsız ve gerekli teminata sahip değillerdir. Bu nedenle disiplin mahkemelerinin oluşumunun dahi AİHS anlamında bir “mahkeme” olmadığı düşünülebilir<sup>770</sup>.

Adil yargılanma hakkının gerçekleşmesinin ikinci koşulu bu yargılamayı yapacak olan mahkemenin “kanun” ile kurulmuş olmasıdır. Disiplin mahkemeleri 477 sayılı kanunla kurulduğundan bu şartı gerçekleştirmektedir<sup>771</sup>.

16.6.1964 gün ve 477 sayılı Disiplin Mahkemeleri Kuruluşu, Yargılama Usulü ve Disiplin Suç ve Cezaları Hakkında Kanununun 2’nci maddesine göre, “disiplin

<sup>768</sup> Gözler (1999–2000): s.87-88; Sahir Erman da askeri hâkimlerin terfilerinde idari sicil üstlerine yetki tanınmasını eleştirmektedir (Erman (1974):s. 331).

<sup>769</sup> Gözler (1999–2000): s. 88.

<sup>770</sup> Gözler (1999–2000): s.90.

<sup>771</sup> Gözler (1999–2000): s.90.

mahkemesi, biri başkan ikisi üye olmak üzere üç subaydan kurulur. Astsubay, erbaş ve erlerin yargılanmalarında, üyelere biri astsubaylardan seçilir”<sup>772</sup>.

Görüldüğü gibi bu mahkemede hâkim niteliğinde üye yoktur. Mahkemenin nezdinde kurulduğu komutanın birliğinde görevli bulunan subay ve astsubaylar bu mahkemede üye olarak çalışmaktadırlar. Bu üyeler birlik komutanı tarafından bir yıllığına seçilmektedirler. Disiplin mahkemesine üye seçilen subay ve astsubayların kendi birliklerindeki asıl görevleri de devam etmektedir. Bu üyeler kendi asıl görevlerinde birlik komutanına tamamen bağlıdırlar. Dolayısıyla disiplin mahkemesindeki görevlerinde birlik komutanının etkisi altında kalmaları pek muhtemeldir<sup>773</sup>.

Gözler’e göre bu mahkemeler bağımsızlık ve tarafsızlık bakımından en küçük bir teminattan dahi yoksundurlar<sup>774</sup>. Bir kere, disiplin mahkemesi üyeleri birlik komutanı tarafından atanırlar ve görev süreleri bir yıldır. İkinci olarak disiplin hazırlık soruşturması birlik komutanının emriyle başlar (md.14). Üçüncü olarak, hazırlık soruşturması sonucunda dava açılıp açılmamasına karar vermek yine birlik komutanına aittir (md.15). Dördüncü olarak disiplin mahkemesi birlik komutanının emriyle toplanır (md.16). Beşinci 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 (md.36), Erman’ın belirttiği gibi, komutanın gözetimine ve Bakanlığın teftişine tabi bir mahkemenin bağımsız olduğu ileri sürmek mümkün değildir<sup>775</sup>.

Son olarak, gerek mahkeme üyelerinin gerek disiplin subayının hiyerarşik sicil amiri, bu mahkemede dava açılmasına karar veren, dolayısıyla sanığın cezalandırılmasını isteyen birlik komutanıdır. Ayrıca bu üyelerin kıt’adaki normal görevi de devam etmektedir. Bu görevinde ise tamamen birlik komutanına tabidirler. Böyle bir durumda bulunan mahkeme üyelerinin birlik komutanının yapabileceği muhtemel etkiye direnmeleri mümkün değildir<sup>776</sup>.

Gözler’e göre aslında disiplin mahkemelerinin bu kuruluş tarzı Türk Anayasasına da aykırıdır<sup>777</sup>. Anayasamızın 138-140’ıncı maddelerinde hâkimin kim

---

<sup>772</sup> Gözler (1999–2000): s.90.

<sup>773</sup> Gözler (1999–2000): s.91.

<sup>774</sup> Gözler (1999–2000): s.91; Erman (1974): s.334.

<sup>775</sup> Erman (1974): s.334–335.

<sup>776</sup> Gözler (1999–2000): s.91.

<sup>777</sup> Gözler (1999–2000): s.92.

olduğu, ne gibi teminatlara sahip olduğu ve özellikle resmi ve özel hiçbir görev alamayacakları anayasamızda açıkça belirtilmiştir. Dolayısıyla, disiplin mahkemesine katılan subaylar anayasamızın anladığı anlamda birer “hâkim” değildirler. Bunların kararıyla bir kimsenin dokunulmazlığı ve hürriyetinin kısıtlanması Anayasamızın 17 ve 19’uncu maddelerine aykırı olur<sup>778</sup>. Gerçi anayasamızın 145’inci maddesinde disiplin mahkemelerinden bahsedilmiştir. Ancak Anayasamızda bu mahkemelerin sadece subaylardan kurulacağını belirten bir hüküm yoktur.

Özetle, disiplin mahkemesi üyelerinin hiç bir teminatı yoktur. Dolayısıyla disiplin mahkemesinin bağımsızlığından ve tarafsızlığından bahsedilemez. Disiplin mahkemesinin bu kuruluşu Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 6’ıncı maddesinde öngörülen bağımsız ve tarafsız bir mahkeme tarafından yargılanma hakkına aykırıdır<sup>779</sup>.

#### **d) Askeri Disiplin Hukukuna İşlemler İle İlgili Yargı Kararları İncelenmesi**

Askeri Yüksek İdare Mahkemesi’nin disiplin amirlerince verilen disiplin cezalarında aşağıdaki kararlarda da göreceğimiz gibi genel yaklaşımı, disiplin cezalarının 1602 sayılı kanunun 21 nci maddesi gereğince yargı denetimi dışında olduğundan bu cezaların iptaline ilişkin olarak açılan davaları reddetme yönündedir.

Örneğin, Askeri Yüksek İdare Mahkemesi 2 nci Dairesinin 18.11.1992, 92/739–886 sayılı kararında <sup>780</sup>; Askeri Ceza Kanunu gereğince yetkili disiplin amirince “tevbih” cezası 1602 sayılı kanunun 21 nci maddesi gereğince yargı denetimi dışında olduğundan; bu cezanın iptaline ilişkin davanın incelenme kabiliyeti olmadığına hükmetmiştir.

Özetle belirtmek gerekirse; Yedek subay olan Davacının 6 KASIM 1992 tarihinde kayda geçen dava dilekçesinde; Maliye Müfettişliği Yardımcılığı sınavına katılmak için 31.8.1992 – 4.9.1992 tarihleri arasında izin verilmesi için dilekçe ile

<sup>778</sup> Erman (1974): s.332.

<sup>779</sup> Gözler (1999–2000): s.92.

<sup>780</sup> Askeri Yüksek İdare Mahkemesi, 2 nci Daire 18.11.1992, 92/739–886 EK, **Askeri Yüksek İdare Mahkemesi Dergisi, Dergi No:8**. Erişim Tarihi: 24.06.2007; [http://www.msb.gov.tr/ayim/Ayim\\_karar\\_detay.asp?IDNO=1098&ctg=000002000031000001](http://www.msb.gov.tr/ayim/Ayim_karar_detay.asp?IDNO=1098&ctg=000002000031000001)

müracaat ettiğini, Tabur Komutanı tarafından izinli gitmesinin uygun görüldüğünü, izin belgesinin personel subayı tarafından verilmemesi nedeni ile imtihana giremediğini, imtihana gireceği tarihte nöbet tutturulması nedeni ile personel subayını dilekçe ile şikâyet etmesi üzerine usulsüz müracaatta bulunduğu belirtilerek uyarı cezası verildiğini, verilen cezasının iptali istemi ile davanın açıldığı anlaşılmıştır.

Anayasanın 129 ncu maddesinin 3 ncü fıkrasında "uyarma ve kınama cezalarıyla ilgili olanlar hariç, disiplin kararları yargı denetimi dışında bırakılmaz" 4 ncü fıkrasında da "Silahlı Kuvvetler mensupları ile hâkimler ve savcılar hakkındaki hükümler saklıdır" denilmek suretiyle, Devlet Memurları ve diğer kamu görevlilerine verilecek uyarma ve kınama cezaları dışındaki disiplin cezalarının yasalara dahi yargı denetimi dışında bırakılmayacağı, buna karşılık Silahlı Kuvvetler mensupları ile hâkimler ve savcılar hakkında bu konuda özel hükümler ve kısıtlamalar getirilebileceği hükme bağlanmıştır. Bu Anayasa hükmü uyarınca 1602 Sayılı Askeri Yüksek İdare Mahkemesi Kanununun 21 nci maddesine "...disiplin suç ve tecavüzlerinden ötürü disiplin amirlerince verilen cezalar yargı denetimi dışındadır" hükmü getirilmiş bulunmaktadır.

Bu düzenleme ile disiplin cezalarının yargı denetimine tabi tutulmasında, Devlet Memurları ile Silahlı Kuvvetler Mensuplarında farklılık öngörülmüş, Devlet Memurlarının disiplin cezalarının yargı denetimi dışında tutulmaması hükme bağlanırken Silahlı Kuvvetler Mensuplarının disiplin cezalarının ise hiç yargı denetimine tabi tutulmaması hükme bağlanmıştır.

Açıklanan nedenlerle; "Anayasanın 129 ve 1602 Sayılı Askeri Yüksek İdare Mahkemesi Kanununun 21 nci maddeleri gereğince inceleme kabiliyeti bulunmayan dava" reddilmiştir.

Askeri Yüksek İdare Mahkemesi bir başka kararında da<sup>781</sup>; Anayasanın 129/4 ve 1602. Sayılı Kanunun 21/3. maddeleri gereğince, disiplin suç ve tecavüzleri nedeniyle disiplin amirlerince verilen cezalar yargı denetimi dışı bırakıldığından;

---

<sup>781</sup> Askeri Yüksek İdare Mahkemesi, 2 nci Daire 26.04.1995, E.1995/353, K.1995/318, **Askeri Yüksek idare Mahkemesi Dergisi**, Dergi No:10.; Erişim Tarihi: 24.06.2007; [http://www.msb.gov.tr/ayim/Ayim\\_kararlar.asp?Ctg=000002000031000001](http://www.msb.gov.tr/ayim/Ayim_kararlar.asp?Ctg=000002000031000001)

davacı astsubaya disiplin amiri tarafından verilen 21 gün oda hapsi cezasının iptalini içeren davanın inceleme kabiliyeti bulunmadığına hükmetmiştir.

Görülmektedir ki Askeri Yüksek İdare Mahkemesi verilen disiplin cezalarının iptaline ilişkin açılan davaların kararlarında Anayasanın 129/4 ve 1602. Sayılı Kanununun 21/3. maddeleri gereğince, disiplin suç ve tecavüzleri nedeniyle disiplin amirlerince verilen cezalar yargı denetimi dışı bırakıldığından, cezaların iptalini talep eden davacıların bu istemlerini davaların inceleme kabiliyeti olmadığından reddetmektedir<sup>782</sup>.

Askeri Yüksek İdare Mahkemesi, verilen disiplin cezalarının yokluğunun tespiti ile ilgili kararlarında ise yargısal denetim yokluk halinin mevcut olup olmaması ile sınırlı olmak üzere yapılabilir demektedir.

Örneğin, Askeri Yüksek İdare Mahkemesi 2 nci Dairesinin 11.10.2000 tarihli kararında davacının yokluk iddiasında bulunmasıyla ilgili olarak<sup>783</sup>; “Davacı, yasal hakkı olan savunma hakkını kullanmamasının aleyhinde kullanılarak ikinci bir savunma verilmesi ve bu savunmalara 1 saat içinde cevap vermeye zorlanmasının TC. Anayasasına ve Askerî Ceza Kanununa ters düştüğünü belirterek konu ve sebep yönünden hukuka aykırı bulunan disiplin cezasının yok hükmünde olduğunun tespitini dava ve talep etmiştir.”

“Dava, davacıya birlik komutanınca 26 Mart 1997 tarihinde Askerî Ceza Kanununun 162, 163 ve 171 nci maddeleri uyarınca verilen ve 29.03.1997-31.03.1997 tarihleri arasında infaz edilen iki gün oda hapsi cezasının yok hükmünde olduğunun tespiti istemiyle açılmıştır.”

TC. Anayasasının 129 ncu maddesinin üçüncü fıkrasında “Uyarma ve kınama cezalarıyla ilgili olanlar hariç, disiplin kararları yargı denetimi dışında bırakılamaz” denildikten sonra aynı maddenin dördüncü fıkrasında “Silahlı Kuvvetler

---

<sup>782</sup> Aynı yöndeki kararlar ve mahkemenin yorumları için Bkz, Askeri Yüksek İdare Mahkemesi, 2 nci Daire 25.09.1996, E.1996/89, K.1996/746, AYİM Dergisi, Dergi No:12.; Askeri Yüksek İdare Mahkemesi, 1 nci Daire 18.01.1994, E. 1993/299, K. 1994/92, AYİM Dergisi, Dergi No:9.; Erişim Tarihi: 24.06.2007, [http://www.msb.gov.tr/ayim/Ayim\\_kararlar.asp?Ctg=000002000031000001](http://www.msb.gov.tr/ayim/Ayim_kararlar.asp?Ctg=000002000031000001)

<sup>783</sup> Askeri Yüksek İdare Mahkemesi, 2 nci Daire 11.10.2000, E.2000/317, K.2000/613, **Askeri Yüksek İdare Mahkemesi Dergisi**, Dergi No:15. Erişim Tarihi: 24.06.2007; [http://www.msb.gov.tr/ayim/Ayim\\_karar\\_detay.asp?IDNO=2166&ctg=000002000031000001](http://www.msb.gov.tr/ayim/Ayim_karar_detay.asp?IDNO=2166&ctg=000002000031000001)

Mensupları ile hâkimler ve savcılar hakkındaki hükümler saklıdır” şeklinde bir düzenleme öngörülmüştür.

Askerî Yüksek İdare Mahkemesi Kanununun 21 ncu maddesinin son fıkrasında da “... disiplin suç ve tecavüzlerinden ötürü disiplin amirlerince verilen cezalar yargı denetimi dışındadır.” hükmüne yer verilmiştir.

Mahkemeye göre yukarıda açıklanan hükümler uyarınca disiplin cezalarının açılacak bir iptal davası yoluyla yargı denetimine tabi tutulma imkânı bulunmamaktadır. Ancak davacı dava konusu olan disiplin cezasının “yok hükmünde olduğunu” ileri sürdüğünden ve bu halin saptanması talep edildiğinden yalnız “yokluk” haliyle sınırlı olarak bir inceleme yapılması, yokluk teorisi ile ilgili şartların gerçekleşmesi durumunda işlemin yok hükmünde olduğunun tespiti zorunludur.

Yok, hükmünde bir işlem süre kaydına bakılmaksızın idarece her zaman geri alınabileceği gibi dava süresine bağlı olmaksızın dava konusu da yapılabilir. Böyle bir işlem uygulanmış olsa bile sonuçları hukuken geçersizdir. Yokluk hali genel olarak; yetki gaspı, fonksiyon gaspı ve kanuna ve hukuka açık aykırılık hallerinde söz konusu olmaktadır.

Mahkemece bu itibarla davacı hakkında tesis edilen disiplin cezası kararında sakatlık bulunup bulunmadığı, sakatlık mevcut ise bunun yok hükmünde sayılmayı gerekli kılıp kılmadığı hususu araştırılmıştır. Bu cümleden olmak üzere yapılan incelemede; davacıya söz konusu cezanın saygısız ve disiplinsiz davranışları sebebiyle, yetkili amir tarafından verildiği, kanuna ve hukuka aykırılığın bulunmadığı görüldüğünden davacının öne sürdüğü iddialar kabul edilmemiştir. Açıklanan nedenlerle; Davada yokluk hali bulunmadığına, yokluk hali dışında disiplin amirlerince verilen cezalar yargı denetimi dışında bulunduğundan inceleme kabiliyeti bulunmayan dava reddedilmiştir.

Askeri Yüksek İdare Mahkemesi 2 nci Dairesinin 12.04.2000, tarihli kararında<sup>784</sup>; Davacıya verilen şiddetli tevbih cezasının yok hükmünde sayılmasını gerektiren hukuki bir nedenin olmadığı anlaşılmalı, söz konusu cezanın iptaline yönelik davanın inceleme kabiliyeti bulunmadığına hükmetmiştir.

Mahkeme diğer bir kararında da<sup>785</sup>; Askerlik Şubesinde görev yapan davacı sivil memurun en yakın amirini atlayarak, bir üniversitede uygun kadroya atanmasının yapılması için doğrudan bu Üniversiteye yaptığı müracaat nedeniyle uyarı cezası ile tecziye edildiği, verilen bu cezanın yoklukla malül olmadığı anlaşılmalı; bu cezanın iptaline yönelik davanın inceleme kabiliyeti olmadığına hükmetmiştir.

Askeri Yüksek İdare Mahkemesi 2. Dairesinin 27.11.2002, tarihli kararında<sup>786</sup>; Disiplin cezalarında savunma yazılı olarak alınabileceği gibi sözlü olarak da alınabileceği, ayrıca verilen disiplin cezasının infaz edilmemesi cezayı ortadan kaldırmayacağı, sözlü savunma alınarak verilen disiplin cezasının infaz edilmemiş olması, cezanın yok hükmünde sayılmasını gerektirmediği belirtilmiştir.

Karara göre; Anayasanın 129 ncu maddesinin üçüncü fıkrasında “Uyarı ve kınama cezalarıyla ilgili olanlar hariç, disiplin kararları yargı denetimi dışında bırakılmaz” denildikten sonra aynı maddenin dördüncü fıkrasında, “ Silahlı Kuvvetler mensupları ile hâkimler ve savcılar hakkındaki hükümler saklıdır” şeklinde istisnai bir düzenleme öngörülmüş; 1602 Sayılı AYİM Kanununun 21 nci maddesinin son fıkrasında da “...disiplin suç ve tecavüzlerinden ötürü disiplin amirlerince verilen cezalar yargı denetimi dışındadır” hükmüne yer verilmiştir.

Mahkemeye göre yukarıda belirtilen mevzuat hükümlerinin Silahlı Kuvvetler mensupları yönünden ayrık bir düzenleme getirdiği, bu meyanda disiplin amirlerince emrindeki personele disiplin suç ve tecavüzleri nedeniyle verecekleri cezalarının

---

<sup>784</sup> Askeri Yüksek İdare Mahkemesi, 2 nci Daire 12.04.2000, E.1999/804, K.2000/454, **Askeri Yüksek İdare Mahkemesi Dergisi**, Dergi No:15. , Erişim Tarihi: 24.06.2007; [http://www.msb.gov.tr/ayim/Ayim\\_karar\\_detay.asp?IDNO=2167&ctg=000002000031000001](http://www.msb.gov.tr/ayim/Ayim_karar_detay.asp?IDNO=2167&ctg=000002000031000001)

<sup>785</sup> Askeri Yüksek İdare Mahkemesi, 2 nci Daire 02.05.2001, E.2000/748, K.2001/367, **Askeri Yüksek İdare Mahkemesi Dergisi**, Dergi No:16. Erişim Tarihi: 24.06.2007; [http://www.msb.gov.tr/ayim/Ayim\\_karar\\_detay.asp?IDNO=2168&ctg=000002000031000001](http://www.msb.gov.tr/ayim/Ayim_karar_detay.asp?IDNO=2168&ctg=000002000031000001)

<sup>786</sup> Askeri Yüksek İdare Mahkemesi, AYİM. 3.D., 03.10.2003, E.2003/150, K.2003/82, **Askeri Yüksek İdare Mahkemesi Dergisi**, Dergi No:19. Erişim Tarihi: 24.06.2007; [http://www.msb.gov.tr/ayim/Ayim\\_karar\\_detay.asp?IDNO=3808&ctg=000002000031000001](http://www.msb.gov.tr/ayim/Ayim_karar_detay.asp?IDNO=3808&ctg=000002000031000001)

yargı denetimi dışında tutulmasını öngördüğü açıkça anlaşılmaktadır. Bu pozitif düzenlemelerin doğal sonucu olarak da bu konuda açılacak iptal davasının inceleme kabiliyeti olamayacağı tabiidir. Hukuki durum böyle olmakla beraber, Türk Pozitif Hukukunda Anayasa ve yasalarda bazı idari işlemlerin yargı denetim dışı olduğu belirtilmekte ise de, tüm idari işlemlerin “yokluk” haliyle sınırlı olarak yargı denetimine tabi olduğu yadsınamaz. Nitekim bir askeri öğrenci, örneğin “Harp Okulu öğrencisi 160 ahlak notunu yitirmesi sonucu askeri okuldan çıkarma işlemine tabi tutulmaktadır.” Bu işlemin “hukuki sebebi” öğrencinin aldığı disiplin cezalarıdır. Gerek AYİM'nin, gerek Danıştay'ın istikrar bulmuş içtihatlarına göre disiplin cezaları “yokluk” haliyle sınırlı olarak denetlenmekte, yokluk hali saptandığında okuldan çıkarma işleminin iptaline karar verilmektedir. Keza, aynı askeri öğrenci ya da herhangi bir subay yahut astsubay kendisine verilen disiplin cezasının “yoklukla malül” olduğunu her zaman dava edebilmektedir. Bu konuda uygulama istikrar bulmuştur.

Diğer taraftan, cezanın infazının yapıldığına dair belgeler bulunmamakta ise de, bu husus infaz hukukuna ilişkin bir sorundur. Bu cümleden olarak, infaz edilmese bile ortadan kalkmayacağından cezalandırma işlemini aynen vaki ve sabit kabul etmek gerekir. Yukarıda açıklanan sebeplerle; İnceleme kabiliyeti bulunmayan disiplin cezasının iptaline ilişkin yasal dayanaktan yoksun dava reddedilmiştir.

Burada göze çarpan diğer bir nokta ise Askeri Yüksek İdare Mahkemesinin verilen disiplin cezalarının yok hükmünde olup olmadığının tespiti konusudur. Yukarıdaki kararlardan da anlaşılacağı üzere yoklukla malül olan bir durum söz konusu ise Mahkeme bunu göz önünde bulundurmakta, yoklukla ilgili bir durum söz konusu değil ise cezanın iptaline yönelik davanın inceleme kabiliyeti bulunmadığı gerekçesiyle davayı reddetmektedir. Mahkeme pek çok maddi ve hukuki gerçeğe uygunluk arz eden ceza işleminin tesisinde yok hükmünde sayılmasını gerektirecek açık ve ağır bir hukuka aykırılığın söz konusu olmadığı hallerde işlemin yargı denetimine tâbi bulunmadığı sonuç ve kanaatine varmıştır<sup>787</sup>.

<sup>787</sup> Aynı yöndeki kararlar ve mahkemenin yorumları için Bkz; Askeri Yüksek İdare Mahkemesi, AYİM DrI.KrI., 17.04.2003, E.2003/54, K.2003/45; Askeri Yüksek İdare Mahkemesi, AYİM DrI.KrI., 12.12.2002, E.2002/229, K.2002/320; Askeri Yüksek İdare Mahkemesi, AYİM 2.D., 27.11.2002, E.2002/202, K.2002/914, **Askeri Yüksek İdare Mahkemesi Dergisi, Dergi No:18.**; Askeri Yüksek İdare Mahkemesi, AYİM. 3.D., 19.02.2004, E. 2004/55, K.2004/104, **Askeri Yüksek İdare Mahkemesi Dergisi, Dergi No:19.**; Askeri Yüksek İdare Mahkemesi, AYİM. 3.D., 10.02.2005, E.2004/408, K.2005/197, **Askeri Yüksek İdare Mahkemesi Dergisi, Dergi No:20.**; Erişim Tarihi: 24.06.2007; [www.msb.gov.tr/ayim/Ayim\\_karar\\_detay.asp?IDNO=4211&ctg=000002000031000001](http://www.msb.gov.tr/ayim/Ayim_karar_detay.asp?IDNO=4211&ctg=000002000031000001)

Bu noktada Türk Askeri Disiplin Hukukunda disiplin suçlarına karşı verilen cezalar Askeri Yüksek İdare Mahkemesi tarafından yargı denetimi yapılamayacağı ve inceleme kabiliyeti olmadığı gerekçeleriyle reddedilmesine rağmen Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin verdiği 22 Aralık 2005 tarihli karar konu açısından pek çok tartışmayı da beraberinde getireceğe benzemektedir.

Karara göre<sup>788</sup>; "Türkiye Cumhuriyeti Devleti aleyhine açılan 29986/96 başvuru no'lu davanın nedeni, Türk vatandaşı A.D.'nin (Başvuran) Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'ne (AİHM) 17 Ocak 1996 tarihinde, Avrupa İnsan Hakları ve Temel Özgürlükleri Sözleşmesi'nin (AİHS) eski 25. maddesi uyarınca yapmış olduğu başvuruur.

Başvuran, başvurunun yapıldığı sırada, Astsubay Üstçavuş olarak silahlı kuvvetlerde görev yapmaktaydı. Başvuranın amiri 14 Ekim 1994 tarihinde, başvuranı emre itaatsizlikle suçlamış ve savunmasını sunmasını istemiştir. Aynı tarihte, Yarbay, Askeri Ceza Kanunu'nun 171. maddesi gereğince emre itaatsizlikten başvuranı yirmi bir gün oda hapsi ile cezalandırmıştır. Başvuran subay ve astsubaylar için mevcut olan ceza ve tutuk evinde cezasını çekmiştir.

Başvuran 31 Ekim 1994 tarihinde, söz konusu karar konusunda Tabur Komutanlığı'na başvuruda bulunmuş ve Yarbay'ın kendisine söz konusu cezayı verme yetkisine itiraz etmiştir. Tabur Komutanlığı, 30 Kasım 1994 tarihinde, söz konusu durumda verilen cezanın Askeri Ceza Kanunu'nun 171. maddesi hükümlerine uygun olduğunu belirterek başvuranın talebini reddetmiştir.

Oda hapsi kararının iptali için başvuranın açtığı dava, 26 Nisan 1995 tarihinde, Anayasa'nın 129. maddesi ve 1602 sayılı Askeri Yüksek İdare Mahkemesi Kanunu'nun 21. maddesi gereğince askeri disiplin cezalarının yargı denetimine tabi olmadıkları gerekçesiyle Askeri Yüksek İdare Mahkemesi tarafından reddedilmiştir. Başvuran tarafından yapılan kararın düzeltilmesi başvurusu, 4 Ekim 1995 tarihinde Askeri Yüksek İdare Mahkemesi tarafından reddedilmiştir.

---

<sup>788</sup>A.D. Türkiye davası; Başvuru no:29986/96, 22 Aralık 2005, Erişim Tarihi 11.10.2006; [http://www.yargitay.gov.tr/aihm/upload/29986\\_96.pdf](http://www.yargitay.gov.tr/aihm/upload/29986_96.pdf).

Başvuran 1995 yılında, askeri üstleri tarafından, askeri disiplin suçlarından birçok defa oda hapsiyle cezalandırılmış ve verilen söz konusu ceza kararlarına karşı yaptığı başvurular reddedilmiştir.

Olaya hukuk açısından bakıldığında, AİHS'in 5-1 maddesinin ihlal edildiği iddiası ile Başvuran, oda hapsi cezasının, AİHS'in 5-1 maddesi uyarınca yetkili mahkeme tarafından değil askeri üstü tarafından verilmesinden şikâyetçi olmaktadır.

AİHM, başvuruyu kabul edilebilir bulmuştur. Hükümet, 5-1 maddesinin b bendinin, yasanın koyduğu bir yükümlülüğün yerine getirilmesini sağlamaya yönelik tutukluluk olanağı verdiğini neden göstererek ihlal iddiasına itiraz etmektedir. Hükümet'e göre, üstlerin emirlerine itaat etmenin Askeri Ceza Kanunu tarafından öngörülen bir zorunluluk olduğundan, başvuranın tutuklu bulundurulmasının askeri disipline bağlı söz konusu yükümlülüğün yerine getirilmesini sağlamak için gereklidir.

AİHM, 5-1 maddesinin b bendinde yer alan "yasanın koyduğu bir yükümlülüğü yerine getirilmesini sağlamak" ifadesinin, özel bir yükümlülüğün ilerde yerine getirilmesini sağlamak için kanunun söz konusu kişinin tutuklu bulundurulmasına izin verdiği durumlarla ilgili olduğunu hatırlatmaktadır. Dolayısıyla tutukluluk, 5-1 maddesinin b bendi bakımından haklı gösterilmesi için, baskıcı ya da cezalandırma amacı güden nitelikte olmamalıdır<sup>789</sup>. Bu durumda, askeri disipline riayet etmediği gerekçesiyle başvurana verilen oda hapsi cezası geçmiş bir durumla ilgilidir. Söz konusu ceza baskıcı bir tutum çerçevesinde yer almakta ve bu maddenin b bendi alanına girmemektedir.

AİHM, 5-1 maddesinin a bendinin hükümlerine riayet etmek için, özgürlükten mahrum bırakma, yargı kararından ileri gelmelidir. Bu mahrumiyet kararı, davaya bakmak için gerekli yetkiye sahip, yürütmeden bağımsız ve uygun yargı teminatlarını sunan yetkili mahkeme tarafından verilmelidir (sözü edilen Engel ve diğerleri). AİHM, askeri yaşam koşullarını göz ardı etmemektedir. Bir sivil uygulandığında özgürlükten mahrum bırakılma olarak değerlendirilen bir ceza ya da disipline ilişkin tedbir, askere uygulandığında aynı niteliği taşımayabilir. Silahlı kuvvetler

---

<sup>789</sup> Bkz. diğerleri arasında, Engel ve diğerleri-Hollanda, 8 Haziran 1976 tarihli karar, A serisi no: 22, § 69.

bünyesindeki normal yaşam koşullarından tamamen ayrılan bir kısıtlama olarak ortaya çıktığında, özgürlükten mahrum bırakılma 5. madde alanına girmektedir. Ayrıca, söz konusu madde, Devlet'in iç hukukunun cezai ya da disiplin alanına giren özgürlüğü kısıtlatıcı her türlü "mahkûmiyet kararına" uygulanmaktadır.

Bu durumda, AİHM, başvuranın subay ve astsubaylara ayrılan ceza ve tutukevinde yirmi bir gün oda hapsi cezasını çektiğini tespit etmektedir. Dolayısıyla başvuran, AİHS'nin 5. maddesi bakımından özgürlüğünden yoksun bırakılmıştır. Söz konusu tutukluluk kararı başvuranın askeri üstü tarafından verilmiştir. Söz konusu askeri üstü, yetkisini askeri hiyerarşi içinde kullanabilmektedir ve diğer üst makamlara bağlı olduğundan bağımsız değildir. Ayrıca, disipline ilişkin yargılama askeri üst huzurunda yürütüldüğünden, 5-1-a maddesinin gerektirdiği hukuki güvenceleri sağlamamaktadır. Sonuç itibarıyla başvuranın tutukluk hali, "yetkili mahkemenin verdiği mahkûmiyet kararından sonraki" tutukluluk niteliğini taşımamaktadır. Dolayısıyla AİHS'nin 5-1-a maddesinin ihlal edildiğine hükmetmiştir.

#### **e) Askeri Disiplin Hukukuna İlişkin Genel Bir Değerlendirme**

Askeri disiplin hukukuna ilişkin kuralların hepsi tek bir kanunda toplanmamıştır. Bu kuralların askeri kabahatlere ilişkin bölümü ile disiplin tecavüzüne ilişkin kurallar hala Askeri Ceza Kanununda yer almakta, disiplin suçlarına ilişkin kurallar ise 477 sayılı kanunda yer almaktadır. Kanun koyucunun bu dağılımı giderici yasal düzenlemeleri vakit geçirmeden yapması gerekmektedir<sup>790</sup>.

Anayasanın ve diğer kanunların zımnen yürürlükten kaldırdığı hükümler ile Anayasa'ya aykırılık oluşturan kanun maddeleri, askeri disiplin hukukunu oluşturan mevzuattan ayıklanmalı ve askeri disiplin hukukuna ilişkin hükümler, öncelikle hukuk devleti ilkesine ve Anayasa'da yer alan diğer hükümlere uygun hale getirilmelidir. Bu bağlamda öncelikle yapılması gereken disiplin amirlerince verilen disiplin cezalarına karşı yargı yolunun açılmasıdır. İkinci olarak, disiplin mahkemesinin bağımsız askeri yargıçlardan oluşturulması ve böylece kararlarının sırf işlevsel açıdan değil organik açıdan da yargısal işlem olmasının sağlanmasıdır. Ve son olarak yapılması gereken, disiplin tecavüzü kavramının ya Askeri Ceza Kanunu'ndan tamamen çıkarılması

<sup>790</sup> Yıldırım ([http://www.msb.gov.tr/ayim/Ayim\\_makale\\_detay.asp?IDNO=31](http://www.msb.gov.tr/ayim/Ayim_makale_detay.asp?IDNO=31)).

veya uygulamada disiplin tecavüzü olduğu gerekçesiyle cezalandırılan eylemlerin, suçta ve cezada kanunilik ilkesi gereğince, 477 sayılı kanuna eklenecek hükümlerle belirtilmesidir<sup>791</sup>.

Ayrıca Askeri Yargı Organları ile ilgili olarak ta şu hususlar üzerinde düzenlemeler yapılması gerekmektedir:

Askeri Yüksek İdare Mahkemesinin ve askeri mahkemelerin kuruluşlarında bulunan hâkim sınıfından olmayan subay üyelerin varlığı bu mahkemelerin bağımsızlığına gölge düşürmektedir. Bu mahkemelerdeki subay üyelerin statüsü Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin aradığı bağımsızlık ve tarafsızlık şartlarına uymamaktadır. İlk olarak Askeri Yüksek İdare Mahkemesi ve askeri mahkemelerde subay üye bulundurulması sistemine ya son verilmeli, ya da bu subay üyelerin bağımsızlığını ve tarafsızlığını sağlayıcı ciddi teminatlar getirilmelidir<sup>792</sup>.

Keza Disiplin Mahkemelerinin mevcut kuruluş tarzı tamamen Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesine aykırıdır. İkinci olarak ise bu mahkemelerin kuruluş tarzı bütünüyle değiştirilmelidir. Diğer yandan askeri mahkemelerde görev yapan askeri hâkimlere doğrudan askeri makamlar tarafından verilen subay sicil notunun da bu hâkimlerin terfilerinde değerlendirmeye katılması bağımsızlık ve tarafsızlık bakımından eleştirilebilecek bir noktadır<sup>793</sup>. Ve son olarak Askeri Yüksek İdare Mahkemesi Kanununun 52'nci maddesinin son fıkrasındaki gizli kaydıyla sunulan belgelerin taraflara gösterilmeyeceği yolundaki hüküm Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 6'ncı maddesinde öngörülen "hakkaniyete uygun" yargılama ilkesine tamamen aykırıdır<sup>794</sup>. Bu hususla ilgili olarak ta düzenleme yapılması gerekmektedir.

## **6. Olağanüstü Hal Kanun Hükmünde Kararnamelerinin Yargısal Denetimi**

### **a) Genel Olarak**

Olağan dönemlerin aksine, her yönetim olağandışı dönemlerde farklı uygulamalar getirmek zorunluluğunu hisseder: Kamu düzeninin bozulması, savaş, seferberlik gibi devletin varlığına karşı bir tehdidin var olduğu koşullar altında yönetimler, durumun acil ve etkili kararların alınmasını gerekli kılması nedeniyle,

<sup>791</sup> Yıldırım ([http://www.msb.gov.tr/ayim/Ayim\\_makale\\_detay.asp?IDNO=31](http://www.msb.gov.tr/ayim/Ayim_makale_detay.asp?IDNO=31)).

<sup>792</sup> Gözler (1999–2000): s.93.

<sup>793</sup> Gözler (1999–2000): s.93.

<sup>794</sup> Gözler (1999–2000): s.93.

normal döneme daha çabuk geçilmesi amacıyla üstün yetkilerle donatılmışlardır.

Zaruret hali ve devletin acze düşmesi gibi fiili durumlar karşısında devletin aldığı tedbirlere olağanüstü tedbirler, bu usule de olağanüstü hal rejimi denilmektedir<sup>795</sup>. Olağanüstü dönemlerde yönetime tanınan yetkiler anayasal ve yasal bir düzenlemenin sonucudur; bununla birlikte hukuk düzeninin de bir parçasıdır<sup>796</sup>. Olağanüstü ve acele haller düzenleme yetkisini, takdir yetkisini genişlettiği, hatta kamu otoritelerine normal zamanlara göre yetkili olmadıkları konularda kararlar almak yetkilerini verdiği gibi, idare edilenlere garanti sağlamak amacıyla yetkili kılınmış karar organlarının değişmesi sonucunu da doğurabilir<sup>797</sup>.

1982 Anayasası, 119'uncu ve 120'nci maddelerinde olağanüstü hal ilanını, 122'nci maddede sıkıyönetim ilanını düzenleyerek yürütmenin güçlenmesini sağlayacak düzenlemeler getirmiştir: 1982 Anayasası, 1961'den farklı olarak hükümete 'sıkıyönetim'in tabii afet, ağır ekonomik bunalım, şiddet olaylarının yaygınlaşması ve kamu düzeninin ciddi şekilde bozulması sebepleriyle 'olağanüstü hal' ilan etme yetkisini de tanımıştır. 'Bu bağlamda 1982 Anayasası normal usullerle önlenemeyen, fakat sıkıyönetimi de gerektirecek kadar önemli olmayan anarşik olayları durdurmak için, olağan dönemle, sıkıyönetim arasında bir Olağanüstü Hal usulü getirmiştir<sup>798</sup>. Bu anlamda, anayasa bu olayları şiddet derecelerine göre sınıflandırarak her kademe için tedbirin sertlik derecesini ayarlamıştır. Aksi takdirde, en hafif olay ile en ciddi olay için aynı tedbire başvurulacaktır; bu da "sıkıyönetim"dir<sup>799</sup>. Sıkıyönetim rejiminin en önemli hükmü temel hak ve özgürlüklerin tümünün kayıtlanması ve durdurulması olanağını idareye sağlaması<sup>800</sup> olduğunu düşünürsek, 1961 Anayasasındaki bu sakıncanın böylece giderildiğini söyleyebiliriz.

Olağanüstü hale ilişkin en geniş düzenlemeleri içeren kanun hükmündeki kararnameler olup, kanun hükmündeki kararname çıkarma yetkisi ise, 1961 Anayasasında, 1971 yılında yapılan değişiklik ile hukukumuza girmiştir. Bu değişiklik, toplumda şiddet olaylarının arttığı, devlet otoritesinin zayıfladığı ve buna bağlı olarak askeri güçlerin hükümetin istifa etmesini sağladığı bir döneme rast

---

<sup>795</sup> Kuzu, Burhan, **Olağanüstü Hal Kavramı ve Türk Anayasa Hukukunda Olağanüstü Hal Rejimi**, Kazancı Yayınları, İstanbul, 1993, s. 39.

<sup>796</sup> Gözübüyük (1993): s. 225.

<sup>797</sup> Bilgen, Pertev, **1961 Anayasasına Göre Sıkıyönetim**, İ.Ü.H.F. Yayını, İstanbul, 1976 s. 32.

<sup>798</sup> Kuzu (1993): s. VII, VIII.

<sup>799</sup> Kuzu (1993): s 190.

<sup>800</sup> Bilgen (1976): s. 151.

gelmektedir. '27 Mayıs 1960 ihtilali sonucu ortaya çıkan 1961 Anayasası bir 'tepki anayasası' olarak değerlendirilmiş olup, bu dönemde iktidar muhtelif ellere paylaştırılmak suretiyle güçsüz bir yönetim sistemi meydana gelmiştir. İcra organının bu zayıf statüsü sonucu idari mekanizma işlemez duruma düşmüştür<sup>801</sup>. 12 Mart 1971 muhtırasını takip eden Anayasadaki bu değişiklik, dönemin koşulları itibariyle yürütmenin zayıflayan otoritesini takviye etmek amacıyla yapılmıştır. Böylece hükümetin kısa sürede etkin önlemler alması yolu açılmış oldu. Bakanlar Kuruluna verilen KHK çıkarma yetkisi daha sonra 1982 Anayasası ile daha ayrıntılı bir biçimde düzenlenmiş ve uygulama alanı genişletilmiştir.

Anayasanın 121'nci maddesinde; olağanüstü hal süresince, Cumhurbaşkanının başkanlığında toplanan Bakanlar Kurulu'nca, olağanüstü halin gerekli kıldığı konularda, kanun hükmünde kararnameler çıkarılabileceği hüküm altına alınmıştır.

Yukarıda da belirtildi gibi 1982 Anayasası, bazı özel durumlarda, yürütmenin güçlendirilmesini sağlayacak düzenlemeler içermektedir. Bunlardan biri, hiç kuşkusuz, olağandışı yönetimlerdir. Anayasamız 119. ve 120. maddelerinde olağanüstü hal ilanını, 122. maddede de sıkıyönetim ilanını düzenlemiştir.

Her yönetim, çeşitli olağanüstü durumlarda, olağan dönemlere dönmeyi kolaylaştıracak kurumlara ihtiyaç duyar. Ülkemizde bu durum için öngörülen en önemli kurumlar, olağanüstü yönetim usulleri ve bu yönetimler süresince çıkarılabilecek kanun hükmünde kararnamelerdir.

## **b) Olağanüstü Kanun Hükmündeki Kararnamelerin Hukuki Rejimi**

2935 sayılı Olağanüstü Hal Kanunu'ndaki değişikliklerin çoğu Olağanüstü Hal KHK ile yapılmıştır. Yokuş'a göre<sup>802</sup> bu şekilde değişiklikler yapmakla Cumhurbaşkanı'nın başkanlığında toplanan bakanlar kurulu yasama organının yetkisine el atmış ve bu nedenle Anayasa'ya aykırı davranılmıştır. "Anayasanın 6 ncı maddesine göre... Hiç kimse veya organ kaynağını Anayasa'dan almayan bir Devlet yetkisi kullanılamaz".

Kanun hükmündeki kararname (KHK), Anayasada belirtilen koşullar

<sup>801</sup> Kuzu (1993): s.174, 176.

<sup>802</sup> Yokuş, Sevtap, **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin Türkiye'de Olağanüstü Hal Rejimine Etkisi**, Beta Yayınları, 1. Bası, İstanbul, 1996, s.105.

çerçevesinde, Bakanlar Kurulunun, yasama organından almış olduğu sınırlı yetkiye dayanarak yaptığı, yürürlükteki kanunları değiştirebilen ya da kaldıracı düzenleyici işlemlerdir. Kanun hükmünde kararnamelerin çıkarılması yetkisinin niteliği konusunda doktrinde bir takım tartışmalar görölmektedir. Bunların içerisinde yetki devri görüşleri de yer almaktadır. Ama Anayasa Mahkemesinin de vurguladığı gibi bu yetki Bakanlar Kuruluna sadece kendine özgün bir şekilde verilmektedir, fakat olağanüstü hal ve sıkıyönetim kanun hükmünde kararnamelerinin doğrudan ve yetki kanununa ihtiyaç olmadan çıkarılabilmesi, yürütmenin, sırf çıkarma yetkisi bakımından özerk bir yetki kullanımı niteliğinde görölmelidir.

Anayasamıza göre iki tür kanun hükmünde kararname olup, bunlar ise m. 91'e göre düzenlenen olağan dönem KHK'leri ve m. 121 ve m. 122'ye göre düzenlenen olağanüstü dönemlere özgü KHK'lerdir<sup>803</sup>. Öncelikle bunlar arasındaki farklılıkları vurgulamakta yarar vardır. Bu bağlamda yetki, amaç ve süre bakımından bu tür kanun hükmünde kararnameler arasındaki farklılıklar şunlardır<sup>804</sup>:

1. Olağanüstü Hal KHK'lerin çıkartılabilmesi için Bakanlar Kurulunun Cumhurbaşkanının başkanlığında toplanması, normal dönemlerden birinci farklılık olarak göze çarpmaktadır. Böylece Cumhurbaşkanının Bakanlar Kuruluna fiilen başkanlık etmesi zorunlu hale gelmektedir<sup>805</sup>. Burada, Cumhurbaşkanı normal dönemde gerek gördüğünde Bakanlar Kuruluna Başkanlık etmesi durumundaki statüsünden farklı bir konumda bulunmaktadır. Bir defa burada Cumhurbaşkanı Bakanlar Kuruluna başkanlık etmek zorundadır; ayrıca, kararların alınmasında tartışmalara ve oylamaya aktif bir şekilde katılması gerekmektedir<sup>806</sup>.

2. Olağan KHK'ler için, TBMM tarafından çıkarılacak bir yetki kanununa ihtiyaç vardır. Yetki kanununda kararnamelerin amacı, kapsamı ve ilkeleri, yetkinin kullanılma süresi ve bu süre içinde birden fazla kararname çıkarılıp çıkarılmayacağı gösterilir (md. 91/1 ve 91/2)<sup>807</sup>. Oysa Anayasanın 91'inci maddesi

<sup>803</sup> 1961 Anayasasından farklı olarak yetki kanununa dayanmaksızın çıkarılabilen olağanüstü hal KHK'leri 1982 Anayasası ile hukukumuza getirilmiştir.

<sup>804</sup> Yokuş (1996): s.99-104; Tülen, Hikmet, "Olağanüstü Kanun Hükmünde Kararnamelerin Yargısal Denetimi Sorunu ve Anayasa Mahkemesinin Bu Sorunla İlgili Kararları" **AÜEHFD**, C. VIII, S. 3-4, 2004, s. 85.

<sup>805</sup> Derdiman, R. Cengiz, **Türkiye İdaresinin Hukuksal Yönü ve Yapısı**, Alfa Yayınları, Bursa, 2003, s. 35.

<sup>806</sup> Kuzu (1993): s 443.

<sup>807</sup> "... 1961 Anayasasında olan iki önemli kural, 1982 Anayasasında yer almamıştır. Bunlardan biri yetkinin '*belli konularda*' verilebileceği kuralı, diğeri de yetki yasasında '*yürürlükten kaldırılacak kanunların açıkça gösterilmesi*' kuralıdır. Böylece yasa gücünde kararname ile istenilen yasalarda değişiklik yapma olanağı Bakanlar Kuruluna tanınmaktadır." Gözübüyük (1993): s. 225. "Bakanlar Kurulunun KHK çıkarma yetkisi, yetki kanununda öngörülen süre ile sınırlıdır. Anayasa uyarınca

5'inci fıkrası; "sıkıyönetim ve olağanüstü hallerde Cumhurbaşkanı başkanlığında toplanan Bakanlar Kurulunun kanun hükmünde kararname çıkarmasına ilişkin hükümler saklıdır." diyerek olağanüstü hal KHK'leri için böyle bir yetki kanununa gerek olmadığını belirtmiştir. Cumhurbaşkanının başkanlığında toplanan Bakanlar Kurulunun olağanüstü hal KHK'sı çıkarma yetkisinin düzenlendiği 121'nci maddenin 3'üncü fıkrasında ise yetki kanunundan bahsedilmeksizin, adı geçen kurulun, olağanüstü hali gerekli kıldığı konularda, kanun hükmünde kararname çıkarabileceği söylenmektedir.

Bu hali ile, olağanüstü hal KHK'leri, Fransız Anayasasının 37'nci maddesindeki muhtar düzenleme yetkisini çağrıştırmaktadır<sup>808</sup>.

3. Olağan KHK'lerin çıkarılma nedeni anayasanın yasaklamadığı bir alanda, yasama sürecini beklemeyecek denli öncelikli bir gereksinim doğmuş olmasıdır. "Olağanüstü hal KHK'lerinin çıkarılabilmesi için ise ülkede daha önce, somut bir gerekçeyle olağanüstü hal ya da sıkıyönetim ilan edilmiş olması zorunludur<sup>809</sup>.

4. Olağanüstü hal ve sıkıyönetim KHK'leri yer bakımından sınırlandırılmıştır. Bu şekildeki KHK'leri ile olağanüstü hal ve sıkıyönetim ilan edilen yerlerin dışına taşan düzenlemeler yapılamaz.

5. Olağanüstü hal KHK'lerinin amacı olağan yönetim dönemine geçilebilmesini sağlayacak geçici önlemler getirmekken, olağan dönem KHK'lerinin amacı genel ve kalıcı düzenlemeler getirmektir. Olağanüstü hal KHK'lerinin amaç unsuru oldukça geniştir.

6. Olağan KHK'ler ülkenin tümünde ve yürürlükte kaldıkları sürece uygulanırlar. Oysa olağanüstü hal KHK'leri ise, olağandışı yönetim ilan edildiği bölge veya bölgelerde olağandışı yönetim süresince uygulanır.

7. Anayasanın ikinci kısmının birinci ve ikinci bölümlerinde yer alan temel haklar kişi hakları ve ödevleri ile dördüncü bölümde yer alan siyasi haklar ve ödevler kanun hükmündeki kararnamelerle düzenlenemez ( 91/1). Buna göre olağan

---

(md. 91/3), Bakanlar Kurulunun çekilmesi ya da yasama döneminin sona ermesiyle, belli bir süre için verilmiş yetkinin sona ermesine sebep olmaz." Teziç (1998): s. 33.

<sup>808</sup> Fransız Anayasası kanunla düzenlenebilecek konuları saydıktan sonra (md. 34) kanun düzenlenmesi dışında kalan konuların tanzimi yani düzenlenebilir nitelikte olduğunu, idare tarafından kararnamelerle düzenlemelere konu olabileceğini belirtmiştir. Kanunlarla düzenlenebilecek konular dışındaki konularda böylece idareye özerk ve doğrudan düzenleme yetkisi tanınmıştır. Bkz: Gürbüz (1981): s.113–115.

<sup>809</sup> Eroğul, Cem, "Anayasası Mahkemesi Kararları Işığında Olağanüstü Yasa Gücünde Kararnamelerin TBMM'ce Onaylanması", **AÜSBFD**, Cilt: 54 Sayı: 4, 1999, s. 33.

dönemdeki KHK'lerde konu sınırlaması mevcuttur. Oysa olağanüstü hal KHK'lerinde böyle bir konu sınırlaması yoktur; çünkü bu fıkranın başında 'sıkıyönetim ve olağanüstü hallerde saklı kalmak üzere' ibaresi vardır. Ancak Anayasa, 121'nci maddede ise, olağandışı yönetimlerde hak ve özgürlüklerin kısıtlanmasının Olağanüstü Hal Kanunu ile yapılmasını öngörmektedir. Anayasanın 15'inci maddesinde, olağanüstü hal ve sıkıyönetim kanun hükmündeki kararnamelemleri ile temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılması şartlara bağlanmıştır.

8. Olağanüstü KHK'leri, şekil ve usul unsuru açısından Anayasanın getirdiği hükümlere göre; Resmi Gazetede yayımlanır ve aynı gün TBMM'nin onayına sunulur; bunların Meclisçe onaylanmasına ilişkin süre ve usul iç tüzükte belirlenir (md. 121/3). Anayasada olağan KHK'ler için ise, Resmi Gazetede yayımlandıkları gün TBMM'ye sunulur; Mecliste önce komisyonlarda, sonra da, Genel Kurulda öncelikle ve ivedilikle görüşülür karara bağlanır (md. 91/ 6,7,8) denilmektedir. Onay, kamu hukukunda işlemi tamamlayan, işlemi gerçekleştiren bir olaydır. Onaydan önce yönetsel işlem gerçekleşmez ve geçerlilik kazanmaz<sup>810</sup>. Olağanüstü hal KHK'lerin Resmi Gazetede yayımlanmakla birlikte yürürlüğe gireceği açıksa da, yürürlüklerinin devamı için TBMM'nin onayı gereklidir.

Anayasada bu kararnamelerin içtüzükle belirleneceği denilmesine rağmen 1996 yılına kadar bu konuda bir içtüzük çıkarılamamıştır. Bu uygulama da çeşitli sorunlara yol açmıştır. İçtüzükte gereken düzenlemenin yapılmamış olması, olağandışı kararnamelerin meclisçe denetlenmesini de zorunlu olmaktan çıkarıyordu. Yürütme organı, olağandışı kararnamelerle, meclisin siyasal ve anayasanın yargısal denetimi olmaksızın istediğini yapıyordu. İçtüzük düzenlemesi 1996 yılında TBMM'nin 424 sayılı kararı ile yapıldı. TBMM içtüzüğünün 128'inci maddesine göre olağandışı kararnameler "Anayasanın ve içtüzüğün kanun tasarı ve tekliflerinin görüşülmesi için koyduğu kurallara göre ancak, komisyonlarda ve Genel Kurulda diğer kanun hükmünde kararnamelerle, kanun tasarı ve tekliflerinden önce ivedilikle en geç otuz gün içinde görüşülür ve karar bağlanır." Komisyonlarda yirmi gün içinde görüşülmeyen kararnameler, Meclis Başkanlığınca Genel Kurul gündemine alınacaktır.

Olağanüstü hal kanun hükmünde kararnamesi otuz gün içinde TBMM'ce onaylanmazsa ne olacağı içtüzükte ve Anayasada açıkça belirtilmemiştir. Doktrinde farklı görüşler olmakla birlikte bu konuda Burhan Kuzu'nun, "Parlamentonun ret,

<sup>810</sup> **Anayasa Mahkemesi Kararlar Dergisi**, E. 1990/25, K. 1991/1, Sayı 27, Cilt:1, s.65-130,1991, s. 71.

kabul ve değiştirerek kabul kararlarını mutlaka açıkça bildirmesi gerekir Belli bir zamanın geçmesiyle Meclisin tasdikine sunulmuş olan KHK'lerin otomatikman kabul veya reddedilmiş olacaklarını ileri sürmek isabetli olmaz. Parlamento susmak suretiyle veya zımnen bu konuda bir karar vermiş sayılmaz. Tasdik işlemleri bilfiil gerçekleşmedikçe, KHK'ler idari işlem olarak kalırlar.”<sup>811</sup> şeklinde ifade etmiş olduğu görüşünün diğerlerine oranla daha tutarlı olduğu kanısındayız.

#### **aa) Olağanüstü Yönetim Kanun Hükmündeki Kararnamelerin Yargısal Denetimi**

Devleti korumak amacıyla acil tedbirleri zamanında almak için yürütmenin üstün yetkilerle donatılması otoriter bir rejimde kendini gösterse de; Kuzu'nun da dediği gibi bu durum keyfi bir hükümet kurmayı, salt ve saf bir diktatörlük oluşturmayı ve her türlü denetimden kurtulmayı gerektirmez<sup>812</sup>.

Yetki kanununa dayanılmak suretiyle çıkarılan KHK'ler hem Anayasa Mahkemesinin yargı denetimine, hem de TBMM'nin siyasi denetimine tabi olduğu halde olağanüstü hallerde dayanağını Anayasadan alan Cumhurbaşkanı başkanlığında toplanan Bakanlar Kurulu tarafından çıkarılan KHK'ler sadece TBMM'nin siyasi denetimine tabi bulunmaktadır<sup>813</sup>.

Siyasi denetimin işleyebilmesi için bir defa olağanüstü durumlarda parlamento derhal toplanmalı ve parlamentonun feshi olağanüstü hal boyunca mümkün olmamalıdır. Anayasamız birinci şartı öngördüğü halde (md.121/1), ikinci şarttan söz etmemiştir; bizce bu önemli bir eksikliktir. Nitekim Fransız Anayasası bu konuda istisnai yetkilerin kullanılması sırasında millet meclisi fesih edilemez (md.16) hükmünü koymuştur<sup>814</sup>.

Anayasanın 121'inci ve 122'nci maddelerinde belirtildiği gibi, olağanüstü hal KHK'leri Resmi Gazetede yayımlandıkları gün Meclisin onayına sunulurlar ve bunların onayına ilişkin süre ve usul içtüzükte belirlenir. Burada KHK çıkarma yetkisi veren bir yetki kanunu veya Meclisin her hangi bir yolla yetkilendirmesi söz konusu

---

<sup>811</sup> Kuzu (1993): s 262.

<sup>812</sup> Kuzu (1993): s 440.

<sup>813</sup> Güriz, Adnan, **Hukuk Başlangıcı**, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları No:495, A.Ü. Basımevi, Ankara,1992. s. 57.

<sup>814</sup> Kuzu (1993): s 440.

olmadığından<sup>815</sup> parlamento, alınan tedbirler konusunda “yerindelik denetimi” yapacaktır<sup>816</sup>. Uygulamada siyasi denetim TBMM’ nin bir olağanüstü hal KHK’sini ret, onay ve değiştirerek onay işlemi ile ‘kanun’ biçiminde yapılmaktadır. Bu işlemlerin ‘kanun’ biçiminde olması bunların Anayasa Mahkemesi denetimine tabi olması anlamına gelir. Nitekim Anayasa Mahkemesinin kararına göre bu dönemde çıkarılan KHK’ler Meclisçe onaylandıktan sonra kanuna dönüşecekleri için Anayasa Mahkemesinin denetimine tabi olacaklardır<sup>817</sup>. Ayrıca bu konuda anayasanın denetim yasağını(md.148) olağanüstü hal KHK’lerinin yasallaşmasından önceki evresi için koymuş olduğu vurgulanmaktadır. Bu tür KHK’lerin kendilerinin Anayasa Mahkemesi tarafından denetlenmeyip, işlemlerinin denetlenmesinin tutarsızlığı gibi gerekçelerle, meclisçe bu işlemlerin ‘karar’ şeklinde yapılmasının uygun olacağını ileri süren hukukçular<sup>818</sup> da vardır. Bir şekilde bu kararların denetiminin yapılabilmesi açısından ve anayasada da bu durumu yasaklayıcı bir hüküm olmaması nedeniyle anayasanın denetim yasağını olağanüstü hal KHK’lerinin yasallaşmasından önceki evresini içerdiği yolundaki Anayasa Mahkemesi kararının isabetli bir karar olduğu görülmektedir.

Anayasadaki 148’inci maddeye göre, “...olağanüstü hallerde, sıkıyönetim ve savaş hallerinde çıkarılan kanun hükmünde kararnamelerin şekil ve esas bakımından Anayasaya aykırılığı iddiasıyla, Anayasa Mahkemesine dava açılmaz.” Yani olağandışı KHK’ler yargı denetimine tabi değildir.

Anayasanın bu hükmünü hukukun üstünlüğü prensibi kapsamında inceleyecek olursak, Anayasanın bu hükmünün hukukçular arasında eleştiri konusu olduğu görülür:

Sezer’e göre, “...bu rejimlerde, temel hak ve özgürlüklere ilişkin, getirilebilecek sınırlama ve yasaklamalar yargı denetimine bağlı olmamaktadır. Oysa anayasal bir rejim olan olağanüstü yönetim usullerinde de hukukun üstünlüğü ilkesi geçerli olmak zorundadır<sup>819</sup>.

Soysal’a göre; böylece, yargı denetimine en çok gereksinme duyulabilecek

<sup>815</sup> Özbudun (2005): s. 242.; Teziç (1998): s. 32; Soysal (1997): s.339; Günday, Metin, “Metin Günday’ın Yorumu”, **Anayasa Yargısı**, Ankara, 1984, s. 275.

<sup>816</sup> Kuzu (1993): s 358.

<sup>817</sup> AMKD1 (1991): s 104.; Atar (2005): s.249.

<sup>818</sup> Bu görüşler için bkz. Duran, Lütfi Bunalım Kararnameleri, **AÜSBFD**, Ankara,1997, s.152.; Gözler, Kemal, **Kanun Hükmündeki Kararnamelerin Hukuki Rejimi**, Ekin Kitabevi Yayınları, Bursa, 2000, s.212–230.

<sup>819</sup> Sezer, Ahmet Necdet, **Anayasa Mahkemesi 36. Yıl Kuruluş Günü Konuşması**, 27.04.1998, Erişim Tarihi: 28.08.2007, <http://www.anayasa.gov.tr/ydonum/k36.htm>.

olan bir sırada yargı denetimi büsbütün kaldırmaktadır. Bu durumda, “olağanüstü koşullarda, yasa hükmünde kararname yolu yönetime müthiş bir kolaylık sağlamaktadır ama yargı denetimine hiç girmeyen bir kolaylıktır bu: haklar ve özgürlükler için en ciddi tehlikeyi oluşturan, Anayasanın koruculuğunu ortadan kaldıran bir kolaylık. 1982 Anayasasının en açık eleştirilebilecek olan yönlerinden biri budur”<sup>820</sup>.

Tanör’ e göre; “MGK yasalarından sonra ‘denetlenemez normlar’ ın insan hakları ve hak arama özgürlüğü açısından ikinci büyük paketi olağanüstü dönemlerde çıkarılan kanun hükmünde kararnamelerdir... Olağanüstü durumlarda yargı denetimine getirilen bu önemli istisna başka kaçamakları da besleyip özendirilmektedir... Olay, hukuk devleti ve hak arama özgürlüğü aleyhine Anayasaya sokulan ‘denetimsizlik bölgesi’nin nasıl yayılmaya elverişli bir tehlike oluşturduğunu, anayasal siyasal sistemin yeni yasak ve denetimsizlikler üretebilme yeteneğini de ortaya koymaktadır”<sup>821</sup>.

Özbudun’a göre, “...bu hüküm, olağanüstü hal rejimlerinin, idarenin takdiri yetkilerinin genişlemesine ve hürriyetin normal zamanlara oranla daha aşırı ölçülerde sınırlandırılmasına rağmen, gene de bir hukuk rejimi olması gerektiği yolundaki yerleşmiş kamu hukuku ilkesine aykırı düşmektedir. Üstelik yargısal denetim yokluğu, Anayasanın 15’inci maddesi ile sıkıyönetim ve olağan üstü hallerde bile vatandaşlara tanınmış olan ‘mahfuz alan’ı fiilen etkisiz kalabilir”<sup>822</sup>.

Yargısal denetim yasağını eleştirenlere göre olağanüstü hal KHK’ lerin Anayasa Mahkemesi denetimi dışında tutulması hukuk devleti ilkesini zedelemektedir. Bu eleştirinin haklılığı anayasa yargısının hukuk devletinin bir şartı olduğu varsayımına dayanmaktadır.

Atar’da bu noktada Özbudun’la aynı görüştedir. Ancak Atar’a göre sıkıyönetim ve olağanüstü kanun hükmünde kararnameleri yukarıda da belirtildiği üzere Meclisin onayından sonra kanuna dönüşeceğinden, bu safhada birer kanun olarak Anayasa Mahkemesinin yargısal denetimine tabi olacaklardır. Çünkü denetim yasağı Meclis onayından önceki safha için geçerlidir”<sup>823</sup>.

Gözler’e göre; biran için bu eleştirileri kabul etsek bile hukuk devletini öngören norm(md.2) ile olağanüstü hal ve sıkıyönetim KHK’leri denetimini Anayasa

---

<sup>820</sup> Soysal (1997): s. 343.

<sup>821</sup> Tanör (1994): s. 226.

<sup>822</sup> Özbudun (2005): s. 242.

<sup>823</sup> Atar (2005): s.249.

Mahkemesi dışında bırakan norm (md.148) aynı anayasanın normlarıdır. Bir anayasanın değişik normları arasında hiyerarşi kurmaya olanak yoktur. Gözler, olağanüstü hal, sıkıyönetim, savaş gibi durumlarda tehlikede olan, kurtarılması gereken hukuk devleti ilkesinden çok daha önemli değerler olabileceğini söyler ve böyle dönemlerde hukuk devleti ilkesinin de bir unsur olarak içinde yer aldığı anayasal sistemin bütününün tehlikede olacağını vurgular. Pozitivist hukuk anlayışı gereği, anayasa koyucunun tercihlerinin yerindeliğini reddedip 148'inci maddenin ilk fıkrası uyarınca olağanüstü hal KHK'lerin denetlenmesinin mümkün olmadığını savunur<sup>824</sup>. Nitekim Anayasa Mahkemesinin 16.10.1990 tarihli 325 sayılı kararında "...Anayasa kural ve ilkeleri, etki ve değer bakımından eşit olup hangi sebeple olursa olsun birinin ötekine üstün tutulmasına olanak bulunmadığından, bunların bir arada ve hukukun genel kuralları göz önünde tutularak uygulanmaları zorunludur." deyişi Gözler'in görüşü ile aynı doğrultudadır.

Durum böyle olmakla beraber, 424 ve 425 sayılı KHK'lerin iptali için Anayasa Mahkemesine dava açılmıştır. Mahkeme esasın incelemesine geçeceği anda hükümet, 424 sayılı KHK'yi yürürlükten kaldırarak yerine 430 sayılı KHK'yi çıkarmıştır. Anayasa Mahkemesi 10 Ocak 1991 tarihli 1991/1 sayılı kararıyla, kendisinden denetlenmesi istenilen metine verilen adla kendisini bağlı sayamayacağını vurgulayıp, olağanüstü hal kanun hükmündeki kararnameler hakkında inceleme yapabileceğini ve bu incelemenin 'olağanüstü hal KHK' adı altında getirilen hükümlerin gerçekten de bir olağanüstü hal KHK'si olup, olmadığına incelenmesi, şeklinde olacağını benimsemiştir. Anayasa Mahkemesi bir düzenlemenin 'olağandışı' kararname niteliğinde olduğunu söyleyebilmek için konu, yer ve zamana bağlı üç ölçüt geliştirmiştir:

1. "Bu tür KHK'ler ile yalnızca olağanüstü hal ilanını gerektiren nedenler gözetilerek bu nedenlerin ortadan kaldırılmasına yönelik kısmi önlemler alınabilir"<sup>825</sup>.
2. "Olağanüstü hal KHK'lerinin uygulanacağı yer olağanüstü hal ilan edilen bölge veya bölgelerdir. Ülkenin bir bölgesi için ilan edilen olağanüstü hal nedeniyle olağanüstü hal ilan edilmeyen yerlerde olağanüstü hal KHK'lerine geçerlilik tanınmaz"<sup>826</sup>.
3. "Olağanüstü Hal Yasası ve Sıkıyönetim Yasası, olağanüstü halin ilan

<sup>824</sup> Gözler (2000b): s. 212–230.

<sup>825</sup> AMKD1 (1991): s. 99.

<sup>826</sup> AMKD2 (1991): s. 398.

edildiği bölge veya bölgelerde olağanüstü halin ve sıkıyönetimin devamı süresince uygulanır<sup>827</sup>. Olağanüstü halin sona ermesine karşın, olağanüstü hal KHK' sindeki kuralların uygulanmasının devam etmesi olanaksızdır. Bu nedenle olağanüstü hal KHK'leri ile yasalarda değişiklik yapılamaz. Olağanüstü hal KHK'leri ile getirilen kuralların olağanüstü hal bölgeleri dışında veya olağanüstü halin sona ermesinden sonra da uygulamalarının devamı isteniyorsa bu konudaki düzenlemelerin yasa ile yapılması zorunludur<sup>828</sup>.

### c) Olağanüstü Hal Kanun Hükmünde Kararnameleri Üzerine Genel Bir Değerlendirme

İster olağan, ister olağanüstü yönetim biçimleri olsun, kişi haklarının yönetime karşı korunması, demokratik sistemlerin ana sorununu oluşturmaktadır. Ancak "süre giden insan hakları ihlallerinin ciddi ve önemli bir kaynağı, bizzat olağanüstü rejim hukukudur."<sup>829</sup> Bunun en önemli nedeni ise, bu rejimlerde yönetimin aşırı güç kazanması ve kişi haklarının güvenliği için tehdit oluşturmasıdır. Tabii ki, olağanüstü yönetimlerin olağan sistemlerin işleyemediği, yönetimin mevcut yetkilerle kendini ve toplumu koruyamadığı sistemler oldukları da unutulmamalıdır.

Netice itibariyle Olağanüstü hal ve sıkıyönetim dönemlerinde çıkarılan kanun hükmünde kararnamelerin şekil ve esas bakımlarından anayasaya aykırılığı iddiasıyla Anayasa Mahkemesinde dâva açılmaz (AY.m,148/1) Yargısal denetimin kabul edilmemesi, Anayasa ile olağanüstü hal ve sıkı yönetimde bile vatandaşlara tanınan temel hak ve hürriyetlerle ilgili "mahfuz alanı" ortadan kaldırma tehlikesini ortaya çıkarmaktadır<sup>830</sup>. Bu nedenle Olağanüstü hal ve sıkıyönetim kanun hükmünde kararnamelerinin yargı denetimi dışında tutulmuş olması hukuk devleti ve insan haklarına saygılı devlet ilkeleriyle bağdaşmamaktadır. Bu hüküm açıkça Anayasaya aykırı olmasına rağmen, Anayasanın geçici 15 nci maddesinin

<sup>827</sup> AMKD2 (1999): s 398- 399. ; 'Olağanüstü hal uygulaması 30 Kasım 2002 tarihi itibari ile kaldırılmış olmakla birlikte, Olağanüstü Hal Kanunu yürürlüğünü korumaktadır... İşkence ve kötü muamele suçları açısından öne çıkan ve uygulamada yakınmalara neden olan KHK'lerin başında 430 sayılı KHK gelmektedir'. Ayrıntılı bilgi için bkz. Erişim Tarihi: 28.08.2007, [www.ihd.org.tr/kitap/iskenca/ohalk.htm](http://www.ihd.org.tr/kitap/iskenca/ohalk.htm).

<sup>828</sup> Keser, Ozan, "Olağanüstü Yönetim Kanun Hükmünde Kararnamelerinin Yargısal Denetimi", Erişim Tarihi: 28.08.2007, [http://www.hukukcu.com/bilimsel/kitaplar/ozan\\_keser.htm](http://www.hukukcu.com/bilimsel/kitaplar/ozan_keser.htm).

<sup>829</sup> Gemalmaz, Mehmet Semih, **Anayasada Olağanüstü Rejim Demokratikleşmede Sivil Toplum**, Kavram Yayınları, 1.Baskı, İstanbul, 1995, s.133.

<sup>830</sup> Özbudun (2005): s. 241-242.

kapsamına girdiğinden, bu maddeyi yürürlükten kaldıran 2001 Anayasa değişikliğine kadar Anayasaya aykırılığı ileri sürülemediği<sup>831</sup>.

Ancak, olağanüstü hal ve sıkıyönetim kanun hükmünde kararnameleri Meclisin onayından sonra kanuna dönüleceğinden, bu safhada birer kanun olarak Anayasa Mahkemesinin yargısal denetimine tâbi olacaklardır. Çünkü yargısal denetim yasağı Meclis onayından önceki safha için geçerlidir<sup>832</sup>.

Bununla birlikte, Anayasa Mahkemesi, 1991 yılında vermiş olduğu bir kararında<sup>833</sup>, olağanüstü hal ve sıkıyönetim kanun hükmünde kararnamesinin gerçekten olağanüstü halin gerekli kıldığı konulara ilişkin olup olmadığını incelemiş ve bu nitelikte görmediği bir takım kanun hükmünde kararnameleri olağan kanun hükmünde kararname sayarak iptal etmiştir. Anayasa mahkemesine göre; Mahkeme, yasama ya da yürütme organının belli bir düzenleme bakımından yaptığı nitelikle ilgili olmayıp, kendisi bunu araştıracaktır. Bu görüşten hareketle Mahkeme bir düzenleyici işlemin Anayasanın öngördüğü anlamda bir olağanüstü hal veya sıkıyönetim kanun hükmünde kararnamesi olarak nitelendirilebilmesi için; bu kanun hükmünde kararnamenin olağanüstü hal ilân edilen bölge ile sınırlı olması, olağanüstü halin ve sıkıyönetimin uygulandığı zaman diliminde uygulanması ve son olarak kanunlarda değişiklik yapmaması şartlarını aramaktadır. Anayasa Mahkemesine göre bu şartlara uygun olmayan olağanüstü hâl ve sıkıyönetim kanun hükmünde kararnameleri, adı olağanüstü hal ve sıkıyönetim kanun hükmünde kararnamesi olsa bile, olağan kanun hükmünde kararname kabul edilir ve Anayasaya uygunlukları denetlenir. Bunlar, olağan kanun hükmünde kararname olarak nitelendirilince de, bir yetki, kanununa dayanmaları zorunluluğu ortaya çıkar. Oysa bu kanun hükmünde kararnameleri bir yetki kanununa dayanmamaktadırlar ve bu eksiklik de başlıca bir iptal sebebidir<sup>834</sup>.

Olağanüstü hal ve sıkıyönetim kanun hükmünde kararnamelerinin Meclis tarafından onaylanmasına ilişkin hüre ve usul içtüzükle belirlendiğini daha öncede belirtmiştik. (AY.m, 121/3,122/3). Anayasanın bu hükmünün amacı, olağanüstü hal ve sıkıyönetim kanun hükmünde kararnamelerinin sadece Meclis tarafından

<sup>831</sup> Tanör-Yüzbaşıoğlu (2005): s.409.

<sup>832</sup> Atar (2005): s. 249.

<sup>833</sup> E.1990/25,K.1991/1,K.T10.1.1991,AMKD.,Sayı 27, Cilt 1, s: 100-102., 105-108.

<sup>834</sup> Atar (2005): s. 249.

denetlenebilmesi sebebiyle, bunların olağan kanun hükmünde kararnamelerden daha süratli bir usulle görüşülüp karara bağlanmasını sağlamaktır.

Yargısal denetim yasağının doğurduğu tehlikeyi azaltmak için bu kanun hükmünde kararnamelerin en seri bir şekilde Meclisçe görüşülmesini sağlayacak düzenleme nihayet 1996 yılında büyük kısmı değiştirilen TBMM içtüzüğü ile yapılmış bulunmaktadır, içtüzüğün 128'inci maddesine göre. Anayasanın 121 ve 122'nci maddeleri gereğince çıkarılan ve Türkiye Büyük Millet Meclisine sunulan olağanüstü hal ve sıkıyönetim kanun hükmünde kararnameleri, Anayasanın ve içtüzüğün kanun tasarı ve tekliflerinin görüşülmesi için koyduğu kurallara göre ancak, komisyonlarda ve Genel Kurulda diğer kanun hükmünde kararnamelerle, kanun tasarı ve tekliflerinden önce, ivedilikle en geç otuz gün içinde görüşülür ve karara bağlanır (f.1). Komisyonlarda en geç yirmi gün içinde görüşmeleri tamamlanmayan kanun hükmünde kararnameler Meclis Başkanlığınca doğrudan doğruya Genel Kurul gündemine alınır (f.2). Böylece TBMM bunları siyasî açıdan kısa bir sürede denetlemiş olacak ve onaylandığında kanuna dönüşünce de Anayasa Mahkemesinin yargısal denetimi mümkün olacaktır.

Uygulamadaki olumsuzluklar bu KHK'lerin amacı dışında kullanılmalarından doğmaktadır. Bu rejimlerde aşırı güç kazanan yönetimin keyfi davranışları temel hak ve özgürlükler açısından sıkıntı yaratmaktadır. Bu sorunun giderilmesi ancak, hükümetin çözüme dayalı etkin politikaları ve yöneticilerin çözüm yolundaki iradeleri ile olabilecektir. Ayrıca olağanüstü hale sebep olan durum bitir bitmez, normal döneme geçilmeli, bu dönemde kullanılan istisnai yetkiler ve uygulamalar otomatikman sona ermelidir.

Olağanüstü halin ilanını ve alınan olağanüstü tedbirlerin devleti tehlikeden kurtarmaya yönelik olup olmadığının denetlenmesi işini yargı organlarına bırakmamak gerekir. Çünkü bu tip tasarruflar siyasi muhtevalı işlemlerdir; bunların denetimi eninde sonunda yerindelik denetimine düşme tehlikesini taşır. Yargı organlarının denetimine bırakılacak hususlar başka bir çerçevede ele alınmalıdır. Basit tedbirler, özellikle siyasi organları çok fazla ilgilendirmeyen uygulama tedbirlerinin denetimi yargı organlarına bırakılmalıdır<sup>835</sup>.

## **7. Sıkıyönetim Komutanının ve Olağanüstü Hal Bölge Valisinin İşlemleri**

---

<sup>835</sup> Kuzu (1993): s. 356.

### a) Genel Olarak Sıkıyönetim ve Olağanüstü Hal

Anayasanın 122 nci maddesinin 1 nci fıkrasında sıkıyönetim ilanının sebepleri belirtilmiştir. Buna göre, Anayasanın tanıdığı hür demokrasi düzenini veya temel hak ve hürriyetleri ortadan kaldırmaya yönelik ve olağanüstü hal ilanını gerektiren hallerden daha vahim şiddet hareketlerinin yaygınlaşması veya savaş hali, savaşı gerektirecek bir durumun başgöstermesi, ayaklanma olması veya vatan veya Cumhuriyete karşı kuvvetli ve eylemli bir kalkışmanın veya ülkenin ve milletin bölünmezliğini içten veya dıştan tehlikeye düşüren şiddet hareketlerinin yaygınlaşması sebepleriyle, Cumhurbaşkanı başkanlığında toplanan Bakanlar Kurulu, Milli Güvenlik Kurulunun da görüşünü aldıktan sonra, süresi altı ayı aşmamak üzere yurdun bir veya birden fazla bölgesinde veya bütününde sıkıyönetim ilan edilebilir. Cumhurbaşkanı başkanlığında toplanan bakanlar kurulu tarafından ilan edilen sıkıyönetim kararı resmi gazetede yayımlandığı gün yürürlüğe girer ve hukuki sonuçlar doğurur. Meclis ilan edilmiş olan sıkıyönetim kararını kaldırır ise ilan edilmiş olan sıkıyönetim kararı ortadan kalkmış olur. Meclis ilan edilmiş olan sıkıyönetim kararını onaylarsa sıkıyönetim ilanı kararı yerini Meclis kararına bırakır. Bu durumda sıkıyönetimin hukuki dayanağı artık Bakanlar Kurulu kararı değil, Meclisin onay kararıdır<sup>836</sup>.

Anayasanın 122 nci maddesinin 4 ncü fıkrasına göre Türkiye Büyük Millet Meclisi sıkıyönetim kararını Bakanlar Kurulunun istemi üzerine her defasında dört ay uzatabilir. Savaş halinde ise bu dört aylık süre aranmaz.

Olağanüstü Hal ise; Tabii afet, tehlikeli salgın hastalıklar veya ağır ekonomik bunalım ihtimallerinin ortaya çıkması (AY.m.119), Anayasa il kurulan hür demokrasi düzenini veya hürriyetleri ortadan kaldırmaya yönelik yaygın şiddet hareketlerine ait ciddi belirtilerin ortaya çıkması veya şiddet olayları sebebiyle kamu düzeninin ciddi şekilde bozulması hallerinin gerçekleşmesi (AY. M. 120) ile ilan edilebilir.

---

<sup>836</sup> Atar (2005): s.336; Gözler (2000a): s.411-412.

## b) Sıkıyönetim İlânının Hukukî Sonuçları<sup>837</sup>

Sıkıyönetim ilân edilmesiyle sıkıyönetim rejimi yürürlüğe girer. Sıkıyönetim rejiminin hukukî sonuçları şunlardır;

(1) Temel hak ve hürriyetlerin kullanılması kısmen veya tamamen durdurulabilir:

Anayasaya göre (md.122/5), sıkıyönetimde temel hak ve hürriyetler kısıtlanabilir veya durdurulabilir. Ancak bu kısıtlama ve durdurma Anayasanın 15'inci maddesindeki ilkeler doğrultusunda olmak zorundadır.

Anayasanın 15'inci maddesine göre ise, savaş, seferberlik, sıkıyönetim veya olağanüstü hallerde, milletlerarası hukuktan doğan yükümlülükler ihlal edilmemek kaydıyla, durumun gerektirdiği ölçüde temel hak ve hürriyetlerin kullanılması kısmen veya tamamen durdurulabilir veya bunlar için Anayasada öngörülen güvencelere aykırı tedbirler alınabilir. Ancak, bu durumlarda dahi, savaş hukukuna uygun fiiller sonucu meydana gelen ölümler dışında, kişinin yaşama hakkına, maddî ve manevî varlığının bütünlüğüne dokunulamaz; kimse din, vicdan, düşünce ve kanaatlerini açıklamaya zorlanamaz ve bunlardan dolayı suçlanamaz; suç ve cezalar geçmişe yürütülemez; suçluluğu mahkeme kararı ile saptanıncaya kadar kimse suçlu sayılamaz.

Sıkıyönetimde temel hak ve hürriyetlerin nasıl sınırlanacağı veya durdurulacağı Anayasanın 122'nci maddesinin beşinci fıkrası uyarınca, 1402 sayılı Sıkıyönetim Kanunu ile düzenlenmiştir.

(2) Kolluk yetkileri askeri makamlara geçer:

Sıkıyönetim rejiminde, olağanüstü hal yönetiminden farklı olarak, kolluk (zabıta) görev ve yetkileri sivil yönetimden askerî makamlara intikal eder. Sıkıyönetim Kanununa göre (md.2), sıkıyönetim altına alınan yerlerde genel güvenlik ve asayişe ilişkin zabıta kuvvetlerine ait görev ve yetkiler Sıkıyönetim Komutanlığına geçer. Zabıta kuvvetleri bütün teşkilata ile Sıkıyönetim Komutanının emrine girer. Sıkıyönetim bölgesindeki zabıta kuvvetleri; sıkıyönetim hizmetlerinin yapılmasından dolayı sıkıyönetim komutanlığına, bu hizmetler dışında kalan hizmetlerin yürütülmesinden dolayı da adlî ve idarî makamlara karşı sorumludur.

---

<sup>837</sup> Gözler (2000a): s.417-418; Ozbudun (2005): s.345.

Millî İstihbarat Teşkilatı, sıkıyönetim' komutanlığı ile işbirliği yapar. Sıkıyönetim komutanlığı, Sıkıyönetim Kanunu ile kendisine verilen görev yetkileri o yerin zabıta kuvvetleri ve ayrılacak askerî birlikler ile yürütür.

Anayasaya göre (md.122/6), sıkıyönetim komutanları, Genelkurmay Başkanlığına bağlı olarak görev yaparlar.

(3) Bazı suçlar sıkıyönetim askerî mahkemeleri tarafından yargılanır:

Sıkıyönetim Kanununa göre, sıkıyönetim bölgelerinde Millî Savunma Bakanlığınca gerekli görülen yerlerde yeteri kadar sıkıyönetim askerî mahkemesi kurulur. Bu mahkemeler, Sıkıyönetim Kanununun 15'inci maddesinde belirtilen suçlar ile sıkıyönetim ilânından en çok üç ay önce işlenmiş olmak şartıyla sıkıyönetim ilânına neden olan suçları yargılar (md.11,13).

(4) Sıkıyönetim kanun hükmünde karnamesi çıkarılabilir:

Anayasanın 122'nci maddesinin ikinci fıkrasına göre, sıkıyönetim süresi içinde, Cumhurbaşkanının başkanlığında toplanan Bakanlar kurulu sıkıyönetim halinin gerekli kıldığı konularda kanun hükmünde kararname çıkarabilir.

### **c) Olağanüstü Hal İlânının Hukukî Sonuçları<sup>838</sup>**

Olağanüstü hallerde temel hak ve hürriyetlerin nasıl sınırlandırılacağı veya durdurulacağı Anayasanın 121'inci maddesi uyarınca, 2935 sayılı Olağanüstü Hal Kanunu ile düzenlenmiştir.

(1) Vatandaşlar için para, mal ve çalışma yükümlülükleri getirilebilir:

Anayasaya göre (md. 121/2), 119' uncu madde uyarınca (yani, tabii afet, salgın hastalık ve ağır ekonomik bunalım sebebiyle) ilân edilen olağanüstü halde, vatandaşlar için para, mal ve çalışma yükümlülükleri getirilebilir. Tabii afet ve tehlikeli salgın hastalıklar sebebiyle ilan edilen olağanüstü hallerde vatandaşlara getirilebilecek para, mal ve çalışma yükümlülükleri 2935 sayılı Olağanüstü Hal Kanununda (md.5-9) düzenlenmiştir. Ağır ekonomik bunalım sebebiyle ilân edilen olağanüstü hallerde alınacak tedbirler de Olağanüstü Hal Kanununda (md.10) düzenlenmiş bulunmaktadır.

<sup>838</sup> Gözler (2000a): s. 413-414; Ayrıca bkz. Kuzu (1993): s. 283-338.

(2) Temel hakların kullanılması kısmen veya tamamen durdurulabilir:

Anayasa (md.121/2), bütün olağanüstü hallerde temel hak ve hürriyetlerin Anayasanın 15'inci maddesindeki ilkeler doğrultusunda sınırlanabileceğini ve durdurulabileceğini öngörmektedir.

Anayasanın 15'inci maddesine göre ise, savaş, seferberlik, sıkıyönetim veya olağanüstü hallerde, milletlerarası hukuktan doğan yükümlülükler ihlal edilmemek kaydıyla, durumun gerektirdiği ölçüde temel hak ve hürriyetlerin kullanılması kısmen veya tamamen durdurulabilir veya bunlar için Anayasada öngörülen güvencelere aykırı tedbirler alınabilir. Ancak, bu durumlarda dahi, savaş hukukuna uygun nüfus sonucu meydana gelen ölümler dışında, kişinin yaşama hakkına, maddi ve manevi varlığının bütünlüğüne dokunulamaz, kimse din, vicdan, düşünce ve kanaatlerini açıklamaya zorlanamaz ve bunlardan dolayı suçlanamaz; suç ve cezalar geçmişe yürütülemez; suçluluğu mahkeme kararı ile saptanıncaya kadar kimse suçlu sayılamaz.

(3) Olağanüstü hal kanun hükmünde kararnamesi çıkarılabilir<sup>839</sup>:

Anayasaya göre (md.121/3), olağanüstü hal süresince, Cumhurbaşkanının başkanlığında toplanan Bakanlar Kurulu, olağanüstü halin gerekli kıldığı konularda, kanun hükmünde kararnameler çıkarabilir.

(4) Olağanüstü hal rejiminde yöneticilerin yetkileri genişler<sup>840</sup>:

Olağanüstü Hal Kanununa göre, olağanüstü halin uygulanmasında görev ve yetki; olağanüstü hal bir ili kapsıyorsa il valisine, bir bölge valiliğine bağlı birden çok ilde ilân edilmesi halinde bölge valisine, birden fazla bölge valisinin görev alanına giren illerde veya bütün yurttan ilân edilmesi halinde koordine ve işbirliği Başbakanlıkça sağlanmak suretiyle bölge valilerine aittir (md.14). Bölge valiliği teşkilatı kurulup göreve başlayıncaya kadar bu Kanunla bölge valilerine verilen görev ve yetkiler, İl valilerince yerine getirilir (Geçici m.1).

Olağanüstü hallerde kolluk yetkileri askerî makamlara geçmez. Ancak, Olağanüstü Hal Kanununa göre (md.21,22), bölge ve il valileri, olayları emirlerindeki

<sup>839</sup> Atar (2005): s.343.

<sup>840</sup> Atar (2005): s.343; Kuzu (1993): s.283-290; Ozbudun (2005): s.347-349.

kolluk kuvvetleriyle önleyemedikleri veya bastıramadıkları takdirde, bölge veya illerindeki en büyük askerî komutanlıktan yardım isteyebilirler.

(5) Olağanüstü hal rejiminde genel mahkemelerin yargı yetkisi devam eder<sup>841</sup>:

Olağanüstü Hal kanununa göre, olağanüstü hal ilân edilen yerlerde, devlet güvenlik mahkemeleri ile askerî mahkemelerin görevlerine giren suçlar dışındaki davalara adlî yargıda bakılır (md.24). O halde olağanüstü hallerde kural olarak genel mahkemelerin yargı yetkisi etkilenmemektedir.

#### **d) Olağanüstü Hal ve Sıkıyönetim İlânı İşleminin Yargısal Denetimi**

Olağanüstü hal ve Sıkıyönetim ilânında, birincisi sıkıyönetim ilânına ilişkin Bakanlar Kurulu kararı (idarî işlem), ikincisi de Bakanlar Kurulu kararının onaylanmasına dair Türkiye Büyük Millet Meclisi kararı (yasama işlemi) olmak üzere iki işlem bulunmaktadır.

#### **aa) Olağanüstü Hal veya Sıkıyönetim İlânına İlişkin Bakanlar Kurulu Kararının Yargısal Denetimi**

Olağanüstü hal veya Sıkıyönetim ilânına ilişkin Bakanlar Kurulu karar bir idarî işlemdir. Bu nedenle, Anayasanın (md.125/1), "idarenin her türlü eylem ve işlemlerine karşı yargı yolu açıktır" hükmü gereğince bu işlem de yargı denetimine tâbidir. Bakanlar Kurulunun olağanüstü hal veya sıkıyönetim ilânına ilişkin kararına karşı, Danıştay Kanunu uyarınca (md.14/I-a) ilk derece mahkemesi olarak Danıştay'da iptal dâvası açılması mümkündür. Danıştay, olağanüstü hal veya sıkıyönetim ilânı kararını işlemin bütün unsurları bakımından denetleyebilir. Ancak bu işlem sebebe bağlı bir işlem olduğundan, yargısal denetimin de sebep unsuru üzerinde yoğunlaşması ve olağanüstü hal veya sıkıyönetim ilânına gerekçe olarak gösterilen sebeplerin gerçekten ortaya çıkıp çıkmadığı özellikle araştırılmalıdır. Bununla birlikte, Danıştayın denetimi sırasında, Bakanlar Kurulu kararı Meclis tarafından onaylandığı veya reddedildiği takdirde Bakanlar Kurulu kararının yerine

---

<sup>841</sup> Atar (2005): s.343.

Meclis kararı geçtiğinden, Danıştayın, konusuz kalan davanın düşmesine karar vermesi gerekir<sup>842</sup>.

## **bb) Olağanüstü Hal veya Sıkıyönetim İlânının Türkiye Büyük Millet Meclisince Onaylanması Kararının Yargısal Denetimi**

Olağanüstü hal veya Sıkıyönetim ilânına ilişkin Bakanlar Kurulu kararının Türkiye Büyük Millet Meclisi tarafından onaylanması işlemi bir kanun biçiminde değil, parlamento kararı biçiminde gerçekleşmektedir.

Bazı yazarlar<sup>843</sup>, Anayasada belirtilen istisnalar dışında parlamento kararlarının yargı denetimine tâbi olmaması nedeniyle, olağanüstü hal ve sıkıyönetim ilânı kararının onaylanmasına ilişkin Meclis kararlarının da Anayasa Mahkemesince denetlenemeyeceği görüşündedirler.

Atar'a göre<sup>844</sup>, olağanüstü hal veya sıkıyönetim kararının onaylanmasına ilişkin Meclis kararları Anayasa Mahkemesince denetlenmelidir. Çünkü Meclis bu işlemleri her ne kadar "karar" adı altında yapıyorsa da, sıkıyönetim ilânının onaylanması işlemleri kişilerin temel hak ve hürriyetlerini etkileyen hukukî sonuçlar doğurduğundan gerçekte "kanun" niteliğindedirler. Meclisin, kişilerin temel hak ve hürriyetlerini etkileyen işlemleri, yargısal denetime tâbi olmayan "parlamento kararı" biçiminde değil, denerim kapsamında bulunan "kanun" biçiminde yapması gerekir. Anayasa Mahkemesinin yerleşmiş kararlarına göre, kanunla yapılması gereken bir düzenleme, parlamento kararıyla yapılırsa bu bir "usul saptırması" olarak değerlendirilir ve yapılan işlemin adı karar dahi olsa denetlenir<sup>845</sup>.

Bakanlar kurulunun olağanüstü hal ve sıkıyönetim ilânı kararı ve Türkiye Büyük Millet Meclisinin bu kararın onaylanmasına ilişkin kararı, dolaylı yoldan da olsa, kişi hak ve hürriyetlerini etkileyen işlemlerdir. Olağanüstü hal veya sıkıyönetim ilânı kararının içeriğinde kişi hak ve hürriyetlerinin sınırlandırılmasına ilişkin düzenlemeler olmamakla birlikte, bu işlemlerle kişi hak ve hürriyetlerine

---

<sup>842</sup> Gözler (2000a): s.420–421.

<sup>843</sup> Gözler (2000a): s. s.420; Özbudun (2005): s.346–347.

<sup>844</sup> Atar (2005): s. 341.

<sup>845</sup> Olağanüstü hal ve sıkıyönetim ilanı kararının Meclisçe onaylanmasına ilişkin kararların denetlenebileceği görüşü için bkz. Teziç, Erdoğan, **Türkiye'de 1961 Anayasasına göre Kanun Kavramı**, İÜHF Y, İstanbul, 1972, s.18–19; Duran, Lütfi: "Sıkıyönetim Kararı", Cumhuriyet, 13.7.1970 (Nakleden: Özbudun (2005): s.350, dn. 3); Aynı görüş, Bilgen (1976): s.88–89.

sınırlama getiren Olağanüstü Hal Kanunu veya Sıkıyönetim Kanununun uygulamaya sokulduğu açıktır. Olağanüstü hal veya sıkıyönetim ilân edilmediği sürece, Olağanüstü Hal Kanunu ve Sıkıyönetim Kanunu, deyim yerindeyse, "uyku halindedir". Olağanüstü hal veya sıkıyönetim ilân edildiğinde devreye girerek, hak ve hürriyetleri sınırlandırır veya durdururlar. Dolaylı yoldan da olsa, sonuçta kişi hak ve hürriyetleri etkilenmektedir. Bu nedenle Atar<sup>846</sup>, olağanüstü hal ve sıkıyönetim ilânının onaylanması işleminin kişi hak ve hürriyetlerini doğrudan etkilemediğinden bahisle yargı denetimine tâbi tutulamayacakları görüşüne<sup>847</sup> katılmamaktadır.

Anayasa Mahkemesi 1970 yılında verdiği bir kararda, sıkıyönetim ilânı kararının Meclisçe onanması işleminin, denetim kapsamında bulunan kanun veya içtüzük niteliğinde olmadığı için denetlenemeyeceğine karar vermiştir<sup>848</sup>. Anayasa Mahkemesi 1996 yılında verdiği bir başka kararda ise, olağanüstü halin uzatılmasına ilişkin Meclis kararını "eylemlerle bir içtüzük" düzenlemesi niteliğinde görerek iptal etmiştir<sup>849</sup>. Anayasa Mahkemesinin ikinci kararında kullandığı "eylemlerle içtüzük" gerekçesi yerinde değildir. Oysa Anayasa Mahkemesi bu iptal kararını, yukarıda açıkladığımız şekilde, "olağanüstü halin uzatılmasına ilişkin Meclis kararının gerçekte bir kanun olduğu" gerekçesine dayandırsaydı, daha isabetli bir karar vermiş olurdu<sup>850</sup>.

## cc) Sıkıyönetim Komutanının ve Olağanüstü Hal Bölge Valisinin Yaptığı İşlemlerin Yargısal Denetimi

### aaa) Sıkıyönetim Komutanının Yaptığı İşlemlerin Yargısal Denetimi

Doktrinde "İdarenin kanunîliği ilkesi"ne, "kanunî idare ilkesi"<sup>851</sup> veya "yasal yönetim ilkesi"<sup>852</sup> de denir. İdarenin kanunîliği ilkesinin iki değişik anlamı vardır. İdarenin eylem ve işlemleri hem kanuna dayanmalı, hem de bu eylem ve işlemler

<sup>846</sup> Atar (2005): s.342.

<sup>847</sup> Ozbudun (2005): s.350-351.

<sup>848</sup> E.1970/44, K.1970/42, K.T. 17.11.1970, **AMKD**, Sayı 8, s.448.

<sup>849</sup> E.1996/20, K.1996/14, K.T. 14.5.1996, **R.G.** 19.6.1996, Sayı 22671.

<sup>850</sup> Gözler (2000a): s.420.

<sup>851</sup> Balta, Tahsin Bekir, **İdare Hukuku I: Genel Konular**, AÜSBF Yayınları, Ankara, 1970-1972, s.126; Günday (2003): s.41; Gözler, Kemal, **İdare Hukukuna Giriş**, Ekin Kitabevi Yayınları, Dördüncü, Bursa 2006, (<http://www.idare.gen.tr/ihgiris.htm> 25.05.2007)

<sup>852</sup> Gözübüyük Şeref ve Tan, Turgut, **İdare Hukuku**, Turhan Kitabevi, c.1 İkinci Baskı, Ankara 2001, s.36-37; Gözler, Kemal, **İdare Hukukuna Giriş**, Ekin Kitabevi Yayınları, Dördüncü, Bursa 2006, (<http://www.idare.gen.tr/ihgiris.htm> 25.05.2007)

kanuna aykırı olmamalıdır. Yani kanun, idarenin faaliyette bulunabilmesinin hem şartı, hem de sınırır.

Burada söylemek istediğimiz Sıkıyönetim Kanun Hükmünde Kararnameleri de birer idari işlem olması nedeni ile bir kanuna dayanma zorunluluğu mevcut mudur?

Hukukumuzda "kanuna dayanma ilkesi"nin istisnalarından biri de Sıkıyönetim Kanun Hükmünde Kararnameleridir. Dolayısıyla Cumhurbaşkanının başkanlığında toplanan Bakanlar Kurulu tarafından çıkarılan sıkıyönetim ve olağanüstü hâl kanun hükmünde kararnamelerinin kanuna dayanma zorunluluğu yoktur (Anayasa, m.121).

Olağanüstü halin yürürlüğe girmesinden sonra yetkili idarî makamların yaptıkları düzenleyici veya bireysel işlemlerin, Anayasanın (md.125/1) "idarenin her türlü eylem ve işlemlerine karşı yargı yolu açıktır" hükmü gereğince yargısal denetime tâbi olacağı kuşkusuzdur. Ancak Anayasa, olağanüstü hallerde ve sıkıyönetimde yürütmenin durdurulması kararı verilmesinin kanunla sınırlanabileceğini öngörmüştür (md.125/6). Anayasanın verdiği bu izne dayanılarak İdarî Yargılama Usulü Kanununa (md.10,11) konulan, sıkıyönetim ve olağanüstü hal ilân edilen bölgelerde görevli olan kamu personeli hakkında yapılan idarî işlemlere karşı açılacak iptal davalarında yürütmenin durdurulması kararı verilemeyeceğine ilişkin hükümler, daha sonra bu kanunda 10.6.1994 tarih ve 4001 sayılı kanunla yapılan değişiklikle kaldırılmıştır. Olağanüstü Hal Kanunundaki (md.33) "yürütmenin durdurulması kararı verilmesini sınırlandıran" hüküm ise Anayasa Mahkemesince iptal edilmiştir<sup>853</sup>. Sonuç olarak, olağanüstü hallerde yetkili idarî makamlarca yapılan bütün işlemlere karşı iptal ve tam yargı davaları açılabilir ve bu davalarda yürütmenin durdurulması kararı verilebilir.

Sıkıyönetimde ise, sıkıyönetim makamlarının işlemlerine karşı yargı yolu kapatılmıştır. 14.11.1980 tarih ve 2342 sayılı kanunla yapılan değişiklikle Sıkıyönetim Kanununa şu hüküm eklenmiştir (Ek m.3): "Bu Kanunla sıkıyönetim komutanlarına tanınan yetkilerin kullanılmasına ilişkin idarî işlemler hakkında iptal davası açılmaz. Şahsi kusurları nedeniyle hukukî sorumlulukları ileri sürülemez." Bu hüküm, Anayasanın hukuk devletine yer veren 2'nci ve yargı yolunu düzenleyen 125'inci maddelerine açıkça aykırıdır<sup>854</sup>. Ancak bu hüküm, Millî Güvenlik Konseyi döneminde Sıkıyönetim Kanununa eklendiği için, bu dönemde çıkarılan kanunları denetim kapsamı dışında tutan Anayasa hükmü (AY. geçici m.15) nedeniyle

<sup>853</sup> E.1990/25, K.1991/1, K.T. 10.1.1991, **AMKD.**, Sayı 27, Cilt I, s.65 vd.

<sup>854</sup> Atar (2005): s.343; Ozbudun (2005): s.351; Tanör-Yüzbaşıoğlu (2005): s.411.

Anayasa Mahkemesine götürülememiştir. Anayasanın geçici 15'inci maddesinde 2001 yılında yapılan değişiklikten sonra Sıkıyönetim Kanununun Ek 3'üncü maddesinin Anayasaya aykırılığı iddiasıyla itiraz yoluyla Anayasaya Mahkemesine götürülmesi mümkündür<sup>855</sup>.

### **bbb) Olağanüstü Hal Bölge Valisinin Yaptığı İşlemlerin Yargısal Denetimi**

Yukarıda olağanüstü halin hukuki sonuçları belirtilmişti. Buna göre, Olağanüstü yönetimin idari işlemlerinden Olağanüstü Hal Bölge Valisinin işlemleri, 285 sayılı Olağanüstü Hal Belge Valiliği İhdası Hakkında Kanun Hükmünde Kararnamenin 7. maddesiyle, iptal davası yoluyla denetim dışında tutulduğunu belirtmek gerekir. Keza, 430 sayılı Olağanüstü Hal Bölge Valiliği ve Olağanüstü Halin Devamı Süresince Alınacak ilave Tedbirler Hakkında Kanun Hükmünde Kararnamenin 8. maddesi uyarınca, olağanüstü yönetimde içişleri Bakanına Olağanüstü Hal Bölge Valisine ve olağanüstü hal bölgesi dâhilindeki il valilerine tanınan yetkilerin kullanılması ile ilgili her türlü karar ve tasarruflarından dolayı, bunlar hakkında cezaî, mali veya hukuki sorumluluk iddiası ileri sürülemeyecek ve bu amaçla herhangi bir yargı merciine başvurulamayacaktır<sup>856</sup>.

Böylece, kanunlar dışındaki tüm olağanüstü yönetim İşlemleri yargı denetimi dışında tutulmuş olmaktadır. Böyle bir yaklaşımın, olağanüstü yönetimin bir hukuk rejimi olduğu anlayışı ve Anayasanın 2. maddesindeki hukuk devleti ilkesiyle bağdaşmadığı açıktır<sup>857</sup>.

Yukarıda da belirttiğimiz üzere 1402 sayılı kanunun ek 3 maddesi ile Sıkıyönetim Komutanlarına tanınan yetkilerin kullanılmasına ilişkin idari işlemler hakkında iptal davası açılmamaktadır. Koşutluk taşıyan 285 sayılı KHK'nin 7. madde hükmü ile yaratılan yargısal denetimden muafiyet; "açıkça sıkıyönetim rejiminden, Olağanüstü Hal Bölge Valiliği adlı kendine özgü rejime geçirilmiş olmaktadır"<sup>858</sup>.

<sup>855</sup> Giritli, İsmet, "2001 Anayasa Değişiklerinin Temel Hak ve Özgürlüklere Yansıması", Erişim Tarihi: 28.07.2007, [www.anaysa.gov.tr/makaleler.pdf](http://www.anaysa.gov.tr/makaleler.pdf).

<sup>856</sup> Tanör-Yüzbaşıoğlu (2005): s.410-411

<sup>857</sup> Tanör-Yüzbaşıoğlu (2005): s.411; Yokuş (1996): s.106; Duran (1988): s.67,68.

<sup>858</sup> Yokuş (1996): s.107; Gemalmaz, M. Semih, "Olağanüstü rejimde idarenin denetimi", **Cumhuriyet**, 16 Ekim 1993, s.2.; Gemalmaz, M. Semih, **Ulusalüstü İnsan Hakları Hukukunda ve Türk Hukukunda Olağanüstü Rejim Standartları**, 2. Bası., Beta Basım-Yayım, İstanbul, Kasım 1994., s.281.

285 Sayılı Olağanüstü Hal Valiliği İhdası Hakkındaki KHK'nın ardından çıkarılan 413 ve 421 sayılı KHK'lar Olağanüstü Hal Valiliği statüsünü tamamen hukuk dışına çıkarmıştır<sup>859</sup>.

413 ve 421 sayılı kararnameler Ohal valisinin yetkilerinin mücavir illerde de kullanılmasını sağlamaktadır. Üskül'ün de saptadığı gibi bu durum mücavir illerde de Ohal ilanı anlamına gelmektedir. Üskül 285,413 ve 421 sayılı kararnameleri yok hükmünde olduğunu belirtmiştir<sup>860</sup>.

Bunun dışında 425 Sayılı KHK'nın K maddesi ile İçişleri Bakanı'na "Bölge içinde veya dışında basılmış olup olmadığına bakılmaksızın, basılmalarını, çoğaltılmalarını, yayınlanmalarını ve dağıtılmalarını süreli veya süresiz yasaklamak, gerektiğinde bunları basan matbaaları kapatmak" yetkisi tanımıştır. Olağanüstü Hal Kanununun 11. maddesi ile düzenlenen ve matbaa kapatma yetkisini yürütme organına bırakan hükme de aykırı olarak. TBMM'nin bu yöndeki iradesinin aksine, 424 Sayılı KHK ile edinilen yetki sonucunda, Olağanüstü Hal Bölgesi bahanesiyle tüm Türkiye de basın özgürlüğü, siyasal iktidarın denetimi altına alınmıştır<sup>861</sup>. Aynı zamanda. Olağanüstü hal uygulaması Olağanüstü Hal Bölgeyi dışına taşırılmıştır. 424 Sayılı KHK'nın 1. maddesinde yer alan diğer bir konu ise, isteyerek veya zor veya baskı ile zararlı faaliyetle bulunanlardan gerekli görülenleri Olağanüstü Hal Valisinin takdirine göre,, " Olağanüstü Hal Bölgesi dışına çıkartılacağına kurala bağlanarak, sürgün cezasının yaygınlaştırılmasıdır.

424 Sayılı KHK'nın 10. maddesinde de, bu KHK ile İçişleri Bakanımı Olağanüstü Hal Bölge Valisine ve il valilerine tanınan yetkilerin kullanılması ile ilgili her türlü karar ve tasarruflardan dolayı, bunlar hakkında cezai, mali ve hukuki sorumluluk iddiası ileri sürülemez ve bu amaçla herhangi bir yargı merciine başvurulamayacağı belirtilmiştir. Bununla birlikte bu KHK'nın 8. maddesine göre, Olağanüstü Hal Bölge Valisi, Devlet Güvenlik Mahkemesinin görevine giren suçlarda kamu davası açılması için istekte bulunur ve bu istek Devlet Güvenlik

<sup>859</sup> Yokuş (1996): s.107; Duran,Lütfi, "Güneydoğu Anadolu Kararnameleri" **Cumhuriyet**, 7 Ocak 1991,s.2.

<sup>860</sup> Üskül,Zafer, "Terör Kararnamelerinin Yoklukla Malul Hükümleri", **Ekonomi ve Politikada Görüş**, Mayıs 1990, S.42., s.2.

<sup>861</sup> Yokuş (1996): s.108; Özdek,Çetin, "Yumuşatma" değil "Aldatmaca", **Cumhuriyet**, 22 Mayıs 1990, s.2.; Heper, Vahit Rüştü, "Fransa'da ki "Acil Hal Rejimi" ile ülkemizdeki Şiddet Olayları Nedeniyle Olağanüstü Hal Rejimi Arasındaki Mevcut İlişkiler", **İdarecinin Sesi Dergisi**, C:IV, S:5, Eylül 1990, s.26 (s. 23-27)

Mahkemesi Savcılığı'nca yerine getirilir. Bu yetkiyi Kuzu Adalet Bakanı'nın savcılara "dava açması" yolunda emir vermesi yetkisine benzetmektedir<sup>862</sup>, Yine 424 Sayılı KHK'nın 9 ncu maddesine göre, Olağanüstü Hal Bölgesinde, Devlet Güvenlik Mahkemelerinin görevine giren suçları ihbar edenlerin kimlikleri, bu kimselerin bu yönde izinleri olmadıkça veya ihbarın içeriği kendileri haklarında suç oluşturmadıkta açıklanmaz.

425 Sayılı KHK'nın 2. maddesi 2935 Sayılı Olağanüstü Hal Kanunu'nun 33. maddesini yeniden değiştirmiştir. Buna göre, "bu kanun ile içişleri Bakanına, Olağanüstü Hal Bölge Valisine, il valilerine tanınan yetkilerin kullanılması ile ilgili idari işlemlere karşı açılacak davalarda yürütmenin durdurulmasına karar verilemez." 425 Sayılı KHK'nin 3. maddesi Olağanüstü Hal Kanununun verdiği" yetkilerin kullanılmasından dolayı tazminat davaları, idare aleyhine, idari yargıda açılır, idarenin, kamu görevlisine şahsi kusurdan dolayı rücu edebilmesi, şahsi kusurun çok açık ve ağır olmasına bağlıdır, içişleri Bakanının uygun görüşü olmadıkça rücu davası açılmaz." şeklinde değiştirilmiştir. Bu değişiklikler, dava açmak, tazminat talep etmek hakkının kabul edildiği izlenimini yaratmakla birlikte, aynı KHK'nın 7. maddesinde "Bu Kanun Hükmünde Kararname ile Olağanüstü Hal Bölge Valiliğine tanınan yetkilerin kullanılması ile ilgili idari işlemler hakkında iptal davası açılmaz" denilerek Olağanüstü Hal Valisinin tüm işlemleri yargı denetimi dışında tutulmuştur. 413 ve 421 Sayılı KHK'lerle geliştirilmiş olan değişiklikleri derleyip toparlayan ve Anayasa'ya aykırılığı açık olan 424 ve 425 Sayılı KHK'nin Anayasa'ya aykırı olduğu ve bu nedenle iptal edilmesi istemi ile ana muhalefet partisi, Anayasa Mahkemesine başvurmuştur. Anayasa Mahkemesi 424 ve 425 Sayılı KHK'lerin Anayasa'ya aykırılığını esastan incelemeye karar vermiştir. Anayasa Mahkemesi'nin 424 ve 425 Sayılı KHK'leri inceleyeceğini ve büyük bir olasılıkla Anayasa'ya aykırı hükümlerin iptal edileceği anlaşılınca, 15 Aralık 1990 tarihinde çıkarılan 430 Sayılı KHK ile 424 Sayılı KHK yürürlükten kaldırıldı<sup>863</sup>. Böylece 413, 421 ve 424 Sayılı KHK'ler yürürlükten kaldırılmıştır. 425, 426, 430 Sayılı KHK'ler ise yürürlükte kalmıştır. Yürürlükteki KHK'ler TBMM'de görüşülmeyen KHK'lerdir.

---

<sup>862</sup> Kuzu(1993): s.420.

<sup>863</sup> "Olağanüstü Hal Bölge Valiliği ve Olağanüstü Halin Devamı Süresince Alınacak İlave Tedbirler Hakkında" 430 Sayılı KHK, R.G. 16 Aralık 1990,s.20727.

430 Sayılı KHK ile 425 Sayılı KHK'nin herhangi bir değişiklik yapılmadığı gibi, 424 Sayılı KHK'nin birçok hükmü aynen 430 Sayılı KHK'ye aktarılmıştır. iptal edilebileceği düşünölen hükümler de içeriği saklı tutularak farklı ifadelerle yeniden düzenlenmiştir.

Anayasa Mahkemesi'nin 425 Sayılı KHK'nin incelemesini sürdüreceği kesin olmakla birlikte, Bakanlar Kurulunun yargı denetiminden kaçırılmak amacıyla değiştirmiş gibi gösterdiği 424 Sayılı KHK'yi de incelemesi gerekmektedir. Üstelik iptali istenen veya yürürlükten kaldırıldığı öne sürölen hükümlerin etkisi 430 Sayılı KHK ye uyarlanıncaya kadar geçerliliğini ve uygulanabilirliğini korumuştur<sup>864</sup>. Buna göre uyuşmazlık konusunun özü ya da sorunun esası varlığını sürdüdüğü için davanın yürütölüp çözüme ulaştırması gerekmektedir<sup>865</sup>.

KHK'lerin Olağanüstü Hal Bölgesi'nde uygulanan hükümleri ve olağanüstü hal yönetimi bir hukuk rejimi olarak düşünölüyorsa Olağanüstü Hal Bölge Valisi'nin yetkilerini hiçbir denetime bağlı olmaksızın kullanabilmesi olanağının sağlanması konusu bile tek başına, bu KHK'lerin Anayasa ve hukuka aykırılığında yeterli nedendir (285 Sayılı KHK, m. 7. 430 Sayılı KHK m.8 ve 425 Sayılı KHK m,7). 424 Sayılı KHK ve yerine geçen 430 Sayılı KHK, Olağanüstü hale ilişkin yetkilerin olağanüstü Hal Bölgesi dışında kullanılması sonucunu doğurduğundan Anayasaya aykırı oldukları açıktı. Nitekim Anayasa mahkemesi 430 Sayılı KHK'nin Olağanüstü Hal ilan edilmeyen yerlerde Olağanüstü Hal KHK'lerinin uygulanması olanağını yaratan bu hükümlerini iptal etti. Mücavir il kavramını yaratan ve dava konusu olmayan 285 Sayılı KHK<sup>866</sup> ise Anayasa Mahkemesinin kararları doğrultusunda Anayasa'ya aykırı olduğu halde yürürlüktedir<sup>867</sup>. Hukuka Aykırı Olağanüstü Hal KHK'lerinin geniş çaplı hak ihlallerine neden olduğu açıktır. Tanör'de Olağanüstü Hal Bölgesindeki hak ihlallerinin olumsuz etkilerinin bütün Türkiye'de yayılmakta olduğu belirlemesinde bulunmaktadır. Tanör'e göre "Terörle Mücadele Kanunu eliyle düşünce ve basın öğürlüklerine getirilen

<sup>864</sup> Duran, Lütfi, "Güneydoğu Anadolu Kararnameleri" **Cumhuriyet**, 7 Ocak 1991,s.2.; Gemalmaz (1994): s.279-280.

<sup>865</sup> Kuzu(1993): s.378-379.

<sup>866</sup> 285 Sayılı KHK, R.G. 14 Temmuz 1987,s.19517.

<sup>867</sup> Üsköl, Zafer, "Bütün Türkiye'de Örtölü Olağanüstü Hal" **Cumhuriyet**, 20 Temmuz 1992.

sınırlamalar bunun yeterli kanıtıdır. Bu yayılmanın, Anayasa mahkemesinin Güneydoğudaki Olağanüstü Hal Rejimi ile ilgili kanun hükmündeki kararnamelerin bölge dışına taşan kollarını budamasıyla da önlenemeyeceği açıktır<sup>868</sup>.

14.7.1987 tarihli Resmi Gazete'de yayınlanan 285 Sayılı Olağanüstü Hal Bölge valiliği ihdası Hakkında Kanun Hükmünde Kararname; bu düzenlemenin bir tür sıkıyönetim olduğu, sıkıyönetimin bütün özelliklerini taşıdığı şeklinde yorumlanmıştır<sup>869</sup>. Bu düzenleme ile getirilen rejim "sivil paşalı sıkıyönetim" olarak adlandırılmıştır<sup>870</sup>. Gerçekten Olağanüstü Hal KHK'leri ile Olağanüstü hale yönelik düzenlemeler bir bütün olarak değerlendirildiğinde Anayasa'daki ayrımla oluşturulan Olağanüstü Hal Rejiminin ötesinde, daha ağır tehlike halinde uygulanması halinde gereken sıkıyönetim rejimine ulaşılmaktadır<sup>871</sup>. Gemalmaz'ın ifadesi ile "Sıkıyönetim rejimi önlemleri Olağanüstü Hal rejimine ihraç edilmiştir"<sup>872</sup>. Sıkıyönetim Komutanına tanınan yetkilerin kullanılmasına ilişkin işlemler hakkında iptal davası açma yasağına koşut bir hüküm; sıkıyönetim kanunundan, Olağanüstü Hal Kanununda olmasa da, Olağanüstü Hal Kanununa dayanılarak oluşturulan KHK'lere, "Olağanüstü Hal Valisine tanınan yetkilerin kullanılmasına ilişkin işlemlerine karşı iptal davası açılmayacağı" şeklinde yerleştirilmiştir. "Bu bağlamda bölge valisi bir tür sivil sıkıyönetim komutanıdır"<sup>873</sup>.

Ohal Valisinin kararlarıyla ilgili Anayasa Mahkemesinin içtihat ettiği kararlar bu konuyla ilgili Anayasa mahkemesinin fikrini açıkça ortaya koymaktadır<sup>874</sup>.

Anayasa Mahkemesinin 10.1.1990 tarihli kararına göre<sup>875</sup>; 285 sayılı KHK'nin 7. maddesinde yer alan düzenlemeye ilişkin anayasaya aykırılık iddiasını

---

<sup>868</sup>Tanör, Bülent, **Türkiye'de İnsan Hakları Sorunu:2 (Hukuk Ötesi Boyutlar)**,BDS Yayınları, İstanbul, Ekim 1991, s.107.

<sup>869</sup>Şeylan,Gencay, "Bölge Valisi Genel Müfettiş mi?" **Cumhuriyet**, 16 Temmuz 1987, s.12.

<sup>870</sup> Arcayürek,Cüneyt, "Sivil Paşalı Sıkıyönetim", **Cumhuriyet**, 16 Temmuz 1987, s.12.

<sup>871</sup> Yokuş (1996): s.111.

<sup>872</sup> Gemalmaz (1994): s.280.

<sup>873</sup> Gemalmaz,M.Semih, "Gereksiz bir önlem: Sıkıyönetim" **Cumhuriyet**, 15 Kasım 1993, s.2.

<sup>874</sup>Tülen (2004): s.102-103.

da incelemiştir, özetle belirtmek gerekirse; Anayasa Mahkemesi, Anayasaya aykırılığı ileri sürülen 285 sayılı KHK'nin 7. maddesinde yer alan "Bu Kanun Kararname ile Olağanüstü Hal Bölge Valisine tanınan yetkilerin kullanılması ile ilgili idari işlemler hakkında iptal davası açılmaz" kuralının hukuk devleti ilkesiyle ve özgürlükçü demokratik düzenle bağdaşmadığı, Anayasanın 125/6 maddesine aykırı olduğunu tespit etmiş olmasına rağmen, itiraz konusu KHK kuralını Anayasanın 121/3 ve 148/1. maddeleri anlamında bir olağanüstü hal KHK'si olarak nitelendirdiği için iptal istemini yetkisizlik nedeniyle reddetmiştir<sup>876</sup>.

Anayasa Mahkemesinin 26.5.1992 günlü, E. 1992/30, K.1992/36 sayılı kararına baktığımızda ise<sup>877</sup>; Anayasa Mahkemesi bu kararında itiraz yoluyla yapılan başvuru üzerine 430 sayılı KHK'nin 3/a maddesinin anayasaya aykırılığı iddiasını incelemiştir. Bu kararın konusunu teşkil eden 430 sayılı KHK'nin 3/a maddesinde şu hüküm yer almıştır: "... Olağanüstü hal Bölge Valisi; Görev alanı içindeki illerde güvenlik, asayiş ve kamu düzeni bakımından çalışmalarında sakınca görülen ve hizmetlerinden yararlanılamayan kamu personelinin yer değiştirmesini veya görev alanı dışında geçici veya sürekli olarak görevlendirilmesini ilgili kurum veya kuruluşlardan isteyebilir. Bu istekleri derhâl yerine getirilir. Bu personel hakkında kendi özel kanunlarındaki hükümler uygulanır."

Anayasa Mahkemesi, itiraz konusu KHK'nin 3/a maddesinde yer alan kuralın "olağanüstü halin gerekli kıldığı konularda", "olağanüstü hal süresince" ve "olağanüstü hal ilân edilen illerde uygulanmak üzere" çıkarıldığını tespit etmiş ve bu nedenle itiraz konusu KHK kuralını bir olağanüstü hal KHK'si kuralı niteliğinde saymıştır. Bu nitelendirmenin sonucu olarak da itiraz başvurusunu, başvuran mahkemenin yetkisizliği nedeniyle reddetmiştir.

---

<sup>875</sup> Anayasa Mahkemesinin 10.1.1990 tarihli, E.1990/25, K 1991/1sayılı kararı, AMKD, S.: 27/1, s. 65-129; Aynı yöndeki karar için bakınız, Anayasa Mahkemesinin 3.7.1991 tarihli, E. 1991/6, K.1991/20, sayılı kararı, AMKD, S.: 27/1, s. 375-421

<sup>876</sup> Anayasa Mahkemesinin 10.1.1990 günlü, E.1990/25, K 1991/1 Sayılı kararında (AMKD, S.: 27/1, s.108) bir olağanüstü hal KHK kuralı olarak nitelenen 285 sayılı KHK'nin 7. maddesindeki düzenleme daha sonra tekrar itiraz yoluyla Anayasa Mahkemesi'nin önüne gelmiştir.Mahkeme, 22.5.2003 günlü, E. 2003/28, K. 2003/42 sayılı kararında bu kez, sözü geçen KHK hükmünü bir olağan üstü KHK kuralı olarak nitelendirmemiş; bu düzenlemeyi olağan bir KHK kuralı olarak kabul ederek anayasaya uygunluk denetimine bağlı tutmuş ve yaptığı inceleme sonunda, denetlenen normun öncelikle Anayasanın 91. maddesine aykırı olduğunu saptayarak bu yönden iptaline karar vermiştir. (Bkz. 16.03.2004 tarihli ve 25404 sayılı Resmi Gazete, s. 75 vd.)

<sup>877</sup> Tülen (2004): s. 103; AMKD, S.: 29/1, s. 155-159

Anayasa Mahkemesinin 22. 5. 2003 günlü, E, 2003/28, K, 2003/42 sayılı kararı ise Olağanüstü Hal Bölge Valiliği işlemlerinin denetime açılmasıyla ilgili olarak devrim niteliğindedir<sup>878</sup>. Anayasa Mahkemesi bu kararında Danıştay 5. Dairesince yapılan itiraz başvurusu üzerine 10.07. 1987 günlü, 285 sayılı Olağanüstü Hal Bölge Valiliği İhdası Hakkında Kanun Hükmünde Kararname'nin 7. maddesinin Anayasaya aykırılığı iddiasını incelemiştir.

Temel hak ve özgürlükler açısından sıkıntı yaratan OHAL'in kalktığı 30 Kasım 2002'den aylar sonra Danıştay 5'inci Dairesinin, OHAL Valiliği İhdası Hakkındaki 285 Sayılı KHK' nin, OHAL valisinin kullandığı yetkilere karşı dava açılmayacağı kuralını getiren 7'nci maddesinin iptali istemi Anayasa Mahkemesi gündemine gelmiş, Anayasa Mahkemesi Mayıs 2003 tarihinde Danıştay'ın gerekçelerini paylaşıp, söz konusu maddeyi iptal etmiştir. Beşe karşı altı oyla alınan kararda iptali istenen 7'nci maddenin Anayasaya aykırı olduğuna hükmedilmiş olması önemli gelişmeler arasındadır. Böylece OHAL döneminde valilik işlemi sonucu mağdur kalan vatandaşlara hak arama yolu açılmıştır<sup>879</sup>.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin de Ohal Valisinin yaptığı işlemlerle ilgili olarak içtihatları bulunmaktadır<sup>880</sup>.

Dava konusu olayda, başvuranlar, çeşitli tarihlerde Diyarbakır Valisi'nin kararıyla 285 ve 430 sayılı Kanun Hükmünde Kararname ve Öğretmenlerin Atama ve Yer Değiştirme Yönetmeliği'nin 29. maddesi uyarınca çeşitli illere tayin edilmiştir. Başvuranlar, aleyhlerinde alınan tayin kararlarına itiraz edebilecekleri etkili bir başvuru yolu bulunmadığını ileri sürmüştürler. Başvuranlar birlikte ya da ayrı olarak AİHS'nin 6. ve 13. maddelerine atıfta bulunmuşlardır.

AİHM, bu şikâyeti AİHS'nin 13. maddesi kapsamında incelemiştir. AİHM OHAL Bölge Valisi tarafından başvuranların aleyhlerine alınan tayin kararlarına karşı ulusal mahkemeler önünde itiraz olanağı sağlayan bir iç hukuk yolunun bulunmayışından dolayı 13. maddenin ihlal edildiği kararına varmıştır.

<sup>878</sup> Tülen (2004): s. 104; 16.03.2004 tarihli ve 25404 sayılı Resmi Gazete, s. 75 vd.

<sup>879</sup> Tülen (2004): s. 104-108; **Radikal**, 17.03.2004., Erişim Tarihi: 28.08.2007, [www.radikal.com.tr/haber.php?haberno=109880](http://www.radikal.com.tr/haber.php?haberno=109880)

<sup>880</sup> Adem Yılmaz Ve Diğerleri/Türkiye Davası, Başvuru No: 41496/98, 41499/98, 41501/98, 41502/98, 41959/98, 41602/98, 43606/98 Strazburg, 21 Mart 2006

Sonuç olarak yukarıda da belirttiğimiz üzere ilan edilen Olağanüstü hal ve Sıkıyönetim kararı bir takım hukuki sonuçlar doğuracaktır. Bu kararın ilanından sonra doğan hukuki sonuçlardan biri de işlemin idari bir eylem olmasından dolayı Ohal Valisinin ve Sıkıyönetim Komutanının vermiş olduğu kararlar ve bu verilen kararlara karşı yargı yolunun kapalı olması durumudur.

Doktrindeki yazarlar anılan kanunda ek 3 ncü madde ile sıkıyönetim Komutanına tanınan yetkilerin kullanılmasına ilişkin idari işlemler hakkında iptal davası açılmamasını ve şahsi kusurları nedeniyle hukuki sorumluluklarının ileri sürülememesini yasama kısıntısı olarak görmekte ve diğer bölümlerde de belirttiğimiz gibi bunu Hukuk Devleti ilkesiyle bağdaştıramamaktadırlar<sup>881</sup>.

Ayrıca AİHM'nin de verdiği kararlardan da anlaşılacağı üzere Ohal Valisinin anılan kanun Hükmünde Kararnamelerden doğan sınırsız yetkileri Türkiye Cumhuriyeti Devletini Uluslararası denetim organları önünde zor duruma düşürmekte ve Devletin başvurularına tazminat ödeyerek kendi iç hukukundan dolayı prestij kaybına sebep olmaktadır.

Gerçekten de Olağan Üstü Hal ve Sıkıyönetim durumlarında Ohal Valisi ve Sıkıyönetim Komutanına anılan kanunun ek 3 ncü maddesi, 285 sayılı Olağanüstü Hal Belge Valiliği İhdası Hakkında Kanun Hükmünde Kararnamenin 7. maddesiyle ve 430 sayılı Olağanüstü Hal Bölge Valiliği ve Olağanüstü Halin Devamı Süresince Alınacak ilave Tedbirler Hakkında Kanun Hükmünde Kararnamenin 8. maddesiyle tanınan bu yetkiler Anayasanın Hukuk Devleti ilkesine yer veren 2 nci maddesiyle bağdaşmadığı gibi yargı yolunu düzenleyen 125'inci maddesi ile de bağdaşmadığı görülmektedir. Anayasanın geçici 15'inci maddesinde 2001 yılında yapılan değişiklikten sonra Sıkıyönetim Kanununun Ek 3'üncü maddesinin Anayasaya aykırılığı iddiasıyla itiraz yoluyla Anayasaya Mahkemesine götürülmesinin mümkün olması<sup>882</sup>, yapılan değişikliğin ne kadar yerinde bir değişiklik olduğu gözler önüne sermektedir.

---

<sup>881</sup> Atar (2005): s.94; Gözler (2000a): s.175; Gözübüyük (1993): s.228; Gözübüyük-Tan: (2003): s.35.

<sup>882</sup> Giritli,İsmet, "2001 Anayasa Değişiklerinin Temel Hak ve Özgürlüklere Yansıması", Erişim Tarihi: 28.07.2007, [www.anaysa.gov.tr/makaleler.pdf](http://www.anaysa.gov.tr/makaleler.pdf).

## 8. Sayıştay Kararları

Sayıştay kararlarının denetimi hususunda Anayasamızın 160 ncı maddesi; "Sayıştayın kesin hükümleri hakkında ilgililer yazılı bildirim tarihinden itibaren onbeş gün içinde bir kereye mahsus olmak üzere karar düzeltilmesi isteminde bulunabilirler. Bu kararlar dolayısıyla idari yargı yoluna başvurulamaz." hükmünü getirmiştir. Doktrinde de bazı yazarlar konuyu yasama kısıntısı olarak değerlendirmişlerdir<sup>883</sup>.

### a) Sayıştayın Ana Hatlarıyla Görevleri<sup>884</sup>

Anayasamızın 160 ncı maddesine göre; Sayıştay, genel ve katma bütçeli dairelerin gelir, gider ve mallarını Türkiye Büyük Millet Meclisi adına denetlemek, Sorumluların hesap ve işlemlerini kesin hükme bağlamak, Kanunlarla verilen inceleme, denetleme ve hükme bağlama işlerini yapmak, Türkiye Büyük Millet Meclisine kesin hesap kanun tasarıları hakkında uygunluk bildirimini sunmak, görevlerini vermiştir.

Sayıştayın kesin hükümleri hakkında ilgililer yazılı bildirim tarihinden itibaren onbeş gün içinde bir kereye mahsus olmak üzere karar düzeltilmesi isteminde bulunabilirler. Bu kararlar dolayısıyla idari yargı yoluna başvurulamaz.

Vergi, benzeri mali yükümlülükler ve ödevler hakkında Danıştay ile Sayıştay kararları arasındaki uyumsuzluklarda Danıştay kararları esas alınır.

Sayıştayın kuruluşu, işleyişi, denetim usulleri, mensuplarının nitelikleri, atanmaları, ödev ve yetkileri, hakları ve yükümlülükleri ve diğer özlük işleri, Başkan ve üyelerinin teminatı kanunla düzenlenir.

### b) Sayıştayın Yetkileri<sup>885</sup>

Sayıştay, yasalarla kendisine verilen görevlerin yerine getirilmesi sırasında bakanlık, kurul ve kurumlarla, idare amirlikleriyle, sayman ve diğer sorumlularla doğrudan yazışmaya; gerekli gördüğü belge, defter ve kayıtları göndereceği mensupları vasıtasıyla görmeye veya dilediği yere getirtmeye ve sözlü bilgi almak üzere her derece ve sınıftan ilgili memurları çağırma, bakanlık, daire ve kurumlardan temsilci istemeye yetkili kılınmıştır. Ayrıca Sayıştay, denetimine giren

<sup>883</sup> Giritli-Bilgen-Akgüner (2006): s.122; Tanör-Yüzbaşıoğlu (2005): s.93.

<sup>884</sup> Türkiye Cumhuriyeti Anayasası, Md.160; 832 Sayılı Sayıştay Kanunu, 3 ncü Bölüm, Madde 14–20

<sup>885</sup> 832 Sayılı Sayıştay Kanunu, Beşinci Bölüm, Madde 28-29

işlemlerle ilgili her türlü bilgi ve belgeyi, Devlet, özel idare, belediye ve sair bütün resmi kurum ve kurullarla diğer gerçek ve tüzel kişilerden (Bankalar dahil) isteyebilir.

Bunlara ilaveten Sayıştaya, denetimine giren daire ve kurumların işlemleriyle ilgili kayıtları, eşya ve malları, işleri ve hizmetleri görevlendireceği mensupları veya bilirkişiler vasıtasıyla “yerinde” ve “işlem ve olayın her safhasında” inceleme yetkisi de verilmiştir.

### **c) Denetiminin Kapsamı<sup>886</sup>**

Yürürlükteki mevzuata göre bakanlıklar ve bağlı genel müdürlükler gibi genel bütçeli daireler; üniversiteler, Karayolları Genel Müdürlüğü, Devlet Su İşleri Genel Müdürlüğü gibi katma bütçeli idareler; devlet orman işletmeleri ve devlet hastaneleri gibi döner sermayeli kuruluşlar; afetler ve çevre fonları gibi fon şeklindeki kuruluşlar; belediyeler ve il özel idareleri gibi özel bütçeli kuruluşlar ve devlet tiyatroları, Devlet Opera ve Balesi gibi farklı bütçe rejimi bulunan kuruluşlar Sayıştayın denetim alanı içinde yer almaktadır.

Kamu iktisadi teşebbüsleri, Özelleştirme İdaresinin özelleştirme işlemleri, kimi bütçe dışı fonlar ve bazı özerk idareler Sayıştay denetimine tabi değildir.

Sayıştay; denetimine tabi kurumların cari, yatırım ve transfer harcamalarını denetlediği gibi bu kurumların bütün gelirlerini ve taşınmazlar dahil mallarını, ikraz, istikraz, kredi ve avans işlemlerini de denetlemektedir.

### **d) Kararlarının Denetimi**

Yukarıda da belirttiğimiz üzere, Anayasamızın 160 ncı maddesine göre Sayıştayın kesin hükümleri hakkında ilgililer yazılı bildirim tarihinden itibaren onbeş gün içinde bir kereye mahsus olmak üzere karar düzeltilmesi isteminde bulunabilirler. Bu kararlar dolayısıyla idari yargı yoluna başvurulamaz.

Sayıştay bir kararında; bitirme ödevi ve benzeri eğitim-öğretim faaliyetleri teorik ders dışı faaliyetler olarak kabul edildiğinden ve bu faaliyetleri yürüten öğretim elemanlarının ders yükleri öğrenci sayısına bakılmaksızın 2 saat/hafta ile sınırlandırılmış olduğundan, söz konusunu faaliyetlerin 6 saat teorik ders yükü olarak kabul edilmesinin mümkün bulunmadığını ve diğer taraftan, bitirme ödevi ve benzeri eğitim-öğretim faaliyetleri öğrenciler tarafından hazırlanıp öğretim elemanları

<sup>886</sup> 832 Sayılı Sayıştay Kanunu, Yedinci Bölüm, Madde 28-55

tarafından yönetildiğinden, 2914 sayılı Kanununun 11'inci maddesine göre sınav ücreti ödenmesinin de mümkün olmadığına hükmetmiştir.

Karara göre<sup>887</sup>; "Dilekçe aynı konuda idari yargı ve Sayıştay tarafından verilen kararlar arasındaki çelişkinin giderilebilmesi açısından da tazmin hükmünün kaldırılmasını talep etmekte ise de, Anayasanın 160'ncı maddesinin birinci ve ikinci fıkralarında "... Sayıştay'ın kesin hükümleri hakkında ilgililer yazılı bildirim tarihinden itibaren onbeş gün içinde bir kereye mahsus olmak üzere karar düzeltilmesi isteminde bulunabilirler. Bu kararlar dolayısıyla idari yargı yoluna başvurulamaz. Vergi, benzeri mali yükümlülükler ve ödevler hakkında Danıştay ile Sayıştay kararları arasındaki uyumsuzluklarda Danıştay kararları esas alınır."

832 sayılı Sayıştay kanununun 65. maddesinde denetim sırasında suç teşkil eden bir fiile rastlandığı takdirde izlenecek yöntem belirtilirken ".. genel mahkemelerce verilen hükümler, Sayıştay'ın hesap ve işlemleri yönünden denetimine ve hükmüne engel değildir..." hükümleri yer almaktadır.

Buna göre, Anayasal bir kuruluş olan Sayıştay'ın Anayasa ve kendi Kanunundan kaynaklanan denetim ve yargılama yetkisini kullanması sonucu verilen Sayıştay ilamlarına, vergi konusunda Danıştay'ca verilen kararlar hariç idari ve genel mahkemelerce verilen kararlar bir engel teşkil etmemektedir.

Bu itibarla Sayıştay, "dilekçe iddialarının reddi ile 541 sayılı ilâmın 5'inci maddesiyle .... liraya ilişkin olarak verilen tazmin hükmünün tasdikine;" karar vermiştir.

## **9. 298 sayılı Seçimlerin Temel Hükümleri ve Seçmen Kütükleri Hakkında Kanunun 111–131 ve 132 nci maddeleri**

### **a) Yüksek Seçim Kurulu ve 298 Sayılı Kanun Hakkında Genel Bilgi**

Anayasamıza göre, "seçimler, yargı organlarının genel yönetim ve denetimi altında yapılır" (md.79).

Anayasa bu amaçla bir Yüksek Seçim Kurulu kurmuştur. Keza Anayasa, "diğer seçim kurulları"nda da bahsetmektedir. Bu seçim kurulları 26 Nisan 1961 tarih

<sup>887</sup> Sayıştay Temyiz Kurulunun 26.09.2006 Tarih ve 28810 sayılı kararı; **Sayıştay Dergisi**, Sayı:62, s.153–155.

ve 298 sayılı Seçimlerin Temel Hükümleri ve Seçmen Kütükleri Hakkında Kanun<sup>888</sup> ile düzenlenmiştir. Bu kanuna göre, illerde “il seçim kurulu” (md.15), ilçelerde de “ilçe seçim kurulu” (md.18) kurulmuştur.

Yüksek Seçim Kurulu yedi asıl ve dört yedek üyeden oluşur. Üyelerin altısı Yargıtay, beşi Danıştay Genel Kurullarınca kendi üyeleri arasından üye tamsayılarının salt çoğunluğunun gizli oyu ile seçilir. Bu üyeler, salt çoğunluk ve gizli oyla aralarından bir başkan ve bir başkanvekili seçerler. Yüksek Seçim Kuruluna Yargıtay ve Danıştaydan seçilmiş üyeler arasından ad çekme ile ikişer yedek üye ayrılır. Yüksek Seçim Kurulu Başkanı ve Başkanvekili ad çekmeye girmezler (AY, m.79).

İl Seçim Kurulu , “il merkezinde görev yapan en yüksek dereceli üç yargıçtan kurulur”<sup>889</sup>. İlçe Seçim Kurulu ise, “bir başkan ile altı asıl ve altı yedek üyeden kurulur”. “İlçedeki en yüksek dereceli yargıç kurulun başkanıdır”. Kurulun dört asıl ve dört yedek üyesi siyasal partilerden alınır. Diğer ikişer üye ise ilçedeki memurlardan en yüksek dereceli sekiz kişinin arasından ad çekme usulüyle belirlenir<sup>890</sup>.

Yüksek Seçim Kurulunun görevleri Anayasanın 79’uncu maddesinde sayılmıştır: Seçimlerin başlamasından bitimine kadar, seçimin düzen içinde yönetimi ve dürüstlüğü ile ilgili bütün işlemleri yapma ve yaptırma, seçim süresince ve seçimden sonra seçim konularıyla ilgili bütün yolsuzlukları, şikayet ve itirazları inceleme ve kesin karara bağlama ve Türkiye Büyük Millet Meclisi üyelerinin seçim tutanaklarını kabul etme görevi Yüksek Seçim Kurulundur.

Yüksek Seçim Kurulunun kararları kesindir. Bu kararlar aleyhine başka bir mercie başvurulamaz (Anayasa m.79).

Yüksek Seçim Kurulu, Anayasanın “yasama” bölümünde düzenlenmiş olsa da, gerek kuruluş, gerek çalışma tarzı bakımından bir yargı organı niteliğindedir<sup>891</sup>. Yukarıda görüldüğü gibi üyeleri Yargıtay ve Danıştay tarafından kendi üyeleri arasından seçilmektedir. Keza bu Kurul, yargısal usullerle çalışmakta ve seçim uyuşmazlıklarını kesin hükme bağlamaktadır.

<sup>888</sup> Resmî Gazete, 2 Mayıs 1961, Sayı 10796.

<sup>889</sup> 17 Mayıs 1979 tarih ve 2234 sayılı Kanun ile değişik 26 Nisan 1961 tarih ve 298 sayılı Seçimlerin Temel Hükümleri ve Seçmen Kütükleri Hakkında Kanun, m.15.

<sup>890</sup> Aynı Kanun, m.18, 19.

<sup>891</sup> Teziç,(1998): s.269.

**b) 298 sayılı Seçimlerin Temel Hükümleri ve Seçmen Kütükleri Hakkında Kanunun 111–131 ve 132 nci maddeleri**

111 nci madde anılan kanunun itirazlar ve şikâyetler isimli altıncı bölümün birinci kesiminin alt maddesi olup “Bu kanunda, kurulların kesin olduğu yazılı bulunmayan kararlarına karşı her kurulun bağlı olduğu üst kurul, itiraz merciidir. Yüksek Seçim Kurulunun re’sen veya itiraz üzerine vereceği kararlar kesindir.” şeklindedir.

131 ve 132 nci maddeler anılan kanunun yüksek seçim kurulunun işlem ve tedbirlerine karşı şikâyet isimli altıncı bölümün sekizinci kesiminin alt maddesidirler. 131 nci madde “Her türlü seçimin devamı sırasında, Yüksek Seçim Kurulunun itiraz eylediği veya itiraz yolu ile verdiği kararlar dışında kalan işlemleri, tedbirleri ve sair muameleleriyle, bu kanunda başka bir mercie şikâyet veya başvurma yolu gösterilmemiş ve fakat alt kurulların görevleri sınırlarını aşmış olan veya bu mahiyette bulunan, kanuna aykırı hareketlerden dolayı 110 uncu maddede gösterilenler tarafından, yazılı olarak, doğrudan doğruya, Yüksek Seçim Kuruluna şikâyet olunabilir.

Yazılı şikâyetlerin 112 nci maddedeki şartları ihtiva etmesi lâzımdır. Bu şikâyetler üzerine, Yüksek Seçim Kurulunca derhal ve kesin olarak karar verilir.” Şeklindedir.

132 nci madde de “ Yüksek Seçim Kurulu evrak üzerinde, incelemeler yapar. Ayrıca lüzum gördüğü bilcümle tahkik ve her türlü tetkik işlemlerini de yapar. Gerekli mercilerden her türlü bilgi ve belgeleri ister. Bu mercilerin, en kısa bir zamanda ve en geç yedi gün içinde istenilen bilgi ve belgeyi vermeleri mecburidir.

Kurul başkanı, lüzum ve ihtiyaca göre, bu işlerde çalışmak üzere, Yargıtay ve Danıştay memurlarını da vazifelendirebilir.

İtiraz dilekçesinin bir sureti, tutanağına itiraz edilene tebliğ olunur. Tutanağına itiraz olunan kimse, isterse yazı ile savunabileceği gibi, isteği üzerine, Yüksek Seçim Kurulunun tâyin edeceği günde bizzat veya bir vekil marifetiyle kendini kurul huzurunda savunabilir. Kurul, yapılan itiraz ve ihbarları kendisine verildiği tarihten itibaren en geç üç ay içinde bir karara bağlar.

Kurulun kararı kesindir. Aleyhine hiçbir mercie ve kanun yoluna başvurulamaz.

Seçimin özelliğine göre seçim sonuçları hakkında kesin karar vermeye yetkili mercie yapılacak itirazlarda da yukarı ki 1 inci ve 3 üncü fıkralar hükümleri uygulanır.

Ancak, bu kurul itirazları on beş gün içinde kesin karara bağlar.

Yukarı ki fıkralarda yazılı kararlar aleyhine hiçbir mercie ve kanun yoluna başvurulamaz.

Tutanakların iptali halinde özel kanunlarındaki hükümler uygulanır.” şeklindedir.

Görüldüğü üzere 111-131-132 nci maddeler de Yüksek Seçim Kuruluna bir itiraz yapıldıktan sonra verilen kararlar kesin hükümlü olup başka bir idari yargı organına başvurulamaması kanunla bağlanmıştır. Bu durumu, diğer bölümlerde anlattığımız idari yargı denetimi dışında bırakılan diğer işlemlerde birçok kez gördük ve bunun Anayasanın Hukuk Devleti ilkesiyle bir çelişki oluşturduğunu birçok kez vurguladık.

Giritli-Bilgen ve Akgüner’e göre de<sup>892</sup>; (298) sayılı “Seçimlerin Temel Hükümleri ve Seçmen Kütükleri Hakkında Kanunun 111-131 ve 132 nci maddelerinde, Yüksek Seçim Kurulu’nun Kendiliğinden ya da itiraz üzerine verdiği kararların kesin olduğu ve bu kararlara karşı hiçbir yargı merciine yada karar organına başvurulamayacağını ve bu durumun Anayasanın Hukuk Devleti ilkesine aykırı olduğunu belirtilmiştir.

## **10. Toplu İş Sözleşmesi, Grev ve Lokavt Kanunu’nun 55 nci Maddesi**

### **a) Genel Olarak**

1982 Anayasası bütünüyle ve özellikle sendikal haklar bakımından bir yasalar bildirgesi niteliğindedir. Bir anayasanın sahip olması gereken temel hak ve özgürlüklerle ilgili ana ilkeleri ve güvenceleri öngörme işlevini ve özelliğini, 1982 Anayasası’nda bulmak olası değildir<sup>893</sup>.

<sup>892</sup> Giritli-Bilgen-Akgüner (2006):s. 120-124.

<sup>893</sup> Işıklı, Alparslan, “Sendikal Haklar Açısından İki Farklı Dönem, İki Farklı Anayasa: 1961 ve 1982”,**Osmanlı’dan Cumhuriyet’e Problemler, Araştırmalar, Tartışmalar**, Tarih Vakfı Yurt Yayınları, İstanbul 1998, s.369; Topal, Aylin “Küreselleşme Sürecindeki Türkiye’yi Anlamaya Yarayan Bir Anahtar: Yeni Sağ” **Praksis Dergisi**, Sayı 7, 2002,s.77.

Özellikle sendika, toplu sözleşme ve grev hakları önemli değişikliklere uğramış, bu hakların konusu ve kullanımı yasak ve istisnalarla daraltılmıştır<sup>894</sup>. 1982 ve 1961 anayasalarının belki de en önemli farkı, 1982 Anayasasının temel hak ve özgürlükleri çok daha detaylı biçimde düzenlemesidir. 1961 Anayasasında iki madde ile düzenlenen bu haklar 1982 Anayasasında üç ile sekiz fıkra arasında değişen dört maddede ayrıntılı olarak düzenlenmiştir<sup>895</sup>.

1982 Anayasası ile getirilen kurumsal düzenlemelerden biri, toplu iş sözleşmelerinde işveren ve işçi arasındaki anlaşmazlıkların devlet eliyle “uzlaştırılmasıdır”. Anayasanın 54 ncü Maddesi ile anlaşmazlık halleri Yüksek Hakem Kurulu’nca (YHK) çözülecektir. Uyuşmazlığın her safhasında tarafların anlaşarak YHK’ ye başvurma hakları mevcuttur. Toplu İş Sözleşmesi, Grev ve Lokavt Kanunu’nun 55 nci Maddesine göre ise, YHK kararları kesindir ve toplu iş sözleşmesi hükmündedir.

Farklı yasa hükümleri birleştiginde grevler, ancak takvime bağlanmış toplu sözleşme uyuşmazlıkları içinde kullanılabilen, sermayeyi caydırıcı özelliğini kaybetmiş; her şeyden önce tarihi önceden belli olan ve yalnızca bu nedenle işçi aleyhine işleyebilecek bir araç niteliği kazanmakla önemli bir hak olmaktan çıkmıştır. Öğrencilerin ve devlet memurlarının siyasal partilere üye olmaları engellenmiş, sendikaların siyasal partilerle olan ilişkileri kesilmiş, toplantı ve gösteri yürüyüşü, dernek kurma, sendikal faaliyet, partisel özgürlükler konusunda getirilen sayısız yasaklama ile siyaset alanı yalnızca sermayenin arz-ı endam ettiği, yasalarla emekçilere kapatılmış bir alan haline getirilmek istenmiştir<sup>896</sup>.

Bu genel değerlendirmeden sonra Toplu İş Sözleşmesi, Grev ve Lokavt Kanunu’nun 55 nci Maddesini incelemeye başlayabiliriz. Öncelikle maddeyle alakalı olan kurumlardan Yüksek Hakem Kurulunun işleyişini görmemiz maddenin değerlendirilmesinde bize fayda sağlayacaktır.

---

<sup>894</sup> Topal (2002): s. 77.

<sup>895</sup> Topal (2002): s. 77.

<sup>896</sup> Topal (2002): s. 77-78; Sendikaların, derneklerin ve meslek kuruluşlarının sürekli mücadeleleri sonucunda 1995 yılında yapılan Anayasa değişiklikleri ile dernek kurma özgürlüğü ve siyaset yasağı ile ilgili yeni düzenlemeler yapılmış (Madde 33), sendikaların siyasi amaç gütmeye yasağı kaldırılmış (Madde 52), kamu görevlilerine toplu iş görüşmesi hakkı verilmiş (Madde 53), YÖK üyeleri, yüksek doktrin elemanları ve öğrencileri için siyaset yasağı kaldırılmış (Madde 69), siyasi partiler ile sivil toplum örgütleri (Madde75) ve Meslek kuruluşları ile diğer sivil toplum örgütleri (Madde 135) arasında işbirliğini engelleyen ibare kaldırılmıştır. “12 Eylül kararlarının Anayasaya aykırılığı ileri sürülemez” ibaresi, ancak 2000 yılında yapılan anayasa değişikliği ile kaldırılmıştır.

## **b) Yüksek Hakem Kurulu**

Yüksek Hakem Kurulu, grevin yasak olduğu işyeri ve işletmelerdeki toplu sözleşme görüşmelerinden belirli bir zaman içinde anlaşma sağlanmaması üzerine toplu sözleşmenin imzalanmasına mutlak anlamda yetkili kuruldur. 5 Mayıs 1983 tarihinde yürürlüğe giren 2822 sayılı Toplu İş Sözleşmesi, Grev ve Lokavt Kanunu ile toplu iş uyuşmazlıklarının çözümü açısından Yüksek Hakem Kurulu'nun kuruluşunda ve işleyişinde önemli değişiklikler getirilmiştir.

### **aa) Yüksek Hakem Kurulunun Yapısı<sup>897</sup>**

Yüksek Hakem Kurulunun (YHK) oluşmasında üçlü temsil sistemi esas alınmıştır. Birinci grupta tarafsız temsilciler yer almaktadır. Bunlar YHK başkanı olarak Yargıtay'ın iş davalarına bakan dairesinin başkanlığında, Bakanlar Kurulu'nca bakanlıklar bünyesi dışından seçilen tarafsız bir üye, üniversitelerin iş hukuku veya ekonomi öğretim üyeleri arasından Yükseköğrenim Kurulu'nca seçilecek bir üye ile Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı Çalışma ve Sosyal Güvenlik Genel Müdürü'dür. İkinci grup ta, en fazla üyeye sahip işçi konfederasyonunca seçilen iki üye, üçüncü grupta ise işverenler adına biri en çok işveren mensubu olan işveren konfederasyonunca, diğeri kamu işverenlerini temsilen Bakanlar Kurulu'nca seçilecek iki üye yer almaktadır. Seçimle gelen üyeler iki yıl için seçilirler ve yeniden seçilmeleri caizdir.

### **bb) Yüksek Hakem Kurulunun Görevleri**

Grev ve lokavtın yasak olduğu işlerdeki ve yerlerdeki grev ve lokavtın ertelendiği hallerde erteleme süresinin sonunda Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanı YHK'ye başvurabilir. (md. 32, 52) Anlaşma olmaması nedeniyle uyuşmazlık tutanağının alınmasından itibaren altı işgünü içinde, Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanı'nın bizzat ve resmi arabulucu listesinden seçeceği bir arabulucu yardımı ile uyuşmazlığın çözümü için her türlü gayreti göstermesi yasada öngörülmektedir. (md. 34/1)Uyuşmazlığın her aşamasında başvurma olanağı bulunan özel hakem dışında, tarafların erteleme süresi içinde anlaşamamaları veya Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanı ile resmi arabulucunun yardımlarından da yararlanarak uzlaşmaya varmamaları durumunda son çözüm YHK kararı ile getirilmektedir. Grev ve lokavt erteleme süresi ise Bakanlar Kurulu'nun karar verilmiş veya başlamış olan kanuni bir

<sup>897</sup> 2822 sayılı Toplu İş Sözleşmesi ve Grev Lokavt Kanunu, Resmi Gazete ile Neşir ve İlânı: 7 Mayıs 1983 - Sayı: 18040, 5.t. Düstur, c.22 - s.334, madde 53.

grev veya lokavtın genel sağlığı veya milli güvenliği bozucu nitelikte bulması nedeniyle erteleme kararı almasından itibaren altmış gündür.

### **c) Uyuşmazlıkların incelenmesi<sup>898</sup>**

YHK uyuşmazlıkları ilke olarak evrak üzerinden inceleyerek çözüme bağlar. Ancak yeteri kadar aydınlatılmamış bulunduğu yönleri ilgililerden sorarak tamamlayabilir. Ayrıca görüşlerini öğrenmek istediği kimseleri dinleyebileceği gibi, bunların görüşlerini yazılı olarak vermelerini de isteyebilir. YHK başvuru dilekçesini aldığı günden itibaren altı işgünü içinde üyelerinin tamamının katılmasıyla toplanır. Ancak, başkan hariç üyelerden ikisinin katılmaması toplantıyı engellemez. Karar toplantıya katılanların çoğunluğuyla verilir. Oyların eşit olması halinde başkanın bulunduğu taraf çoğunluğu sağlar (md. 54)Bu düzenlemeye göre işçi ve işveren temsilcilerinden ikisinin toplantıya katılmaması halinde karar tarafsız üyeler ile bir tarafın üyelerinin oyları ile verilebilecektir. Kanun YHK'nin kararını ayrıca bir süreye bağlamamıştır.

### **d) Yüksek Hakem Kurulu Kararlarının Niteliği**

Toplu İş Sözleşmesi ve Grev Lokavt Kanununun 55 nci maddesine göre; Yüksek Hakem Kurulu kararı kesindir ve toplu iş sözleşmesi hükmündedir.

Diğer taraftan 2822 sayılı yasa özel hakemi teşvik etmiş ve tarafların anlaşarak toplu çıkar uyuşmazlıklarının her aşamasında özel hakeme başvurabileceklerini hükme bağlamıştır (md.58/I). Taraflar aralarında anlaşarak yüksek hakem kurulunu da özel hakem olarak seçebilir (md.58/IV). Tarafların anlaşarak özel hakeme başvurmalarına gönüllü tahkim de denir. Özel hakeme başvurmanın koşulu tarafların bu konuda yazılı olarak anlaşmalarıdır (md.58/II). Bu anlaşma uyuşmazlığın her aşamasında yapılabilir.

Ancak bunun için en azından yetki alınmalı, çağrı yapılmalı ve otuz gün içinde görüşmeye başlanılmalıdır. Yetkisiz olma veya yetkinin düşmesi durumlarında ise, yetkisiz taraflar arasında çıkar uyuşmazlığı olamayacağı için, bu maddeye göre özel hakeme başvurulamayacağını kabul etmek gerekir<sup>899</sup>.

<sup>898</sup> Aynı kanun, madde 54.

<sup>899</sup> Reisoğlu, Seza, **2822 sayılı Toplu İş Sözleşmesi Grev ve Lokavt Kanunu Şerhi**, Ayyıldız Matbaası A.S. Ankara 1986, s.416; Çiftçi, Alun "Yasal Grev ve Unsurları" **İstanbul Ticaret Üniversitesi Dergisi**, Nisan, 2004,S.5, s.165-201.

Taraflar özel hakeme başvurma hususunda anlaşmışlarsa, bundan sonra arabuluculuk, grev ve kanuni hakemlik hükümleri uygulanmaz (md.58/II). Hakeme ve Resmi Arabulucuya Başvurma Tüzüğünde özel hakemlerin uyacakları usul hükümleri düzenlenmiştir. Buna göre taraflar, uyuşmazlık konuları ile bunlara ilişkin önerilerini seçtikleri özel hakeme bildirir. Özel hakem bu tarihten itibaren üç işgünü içinde incelemeye başlamak (md. 19) ve otuz gün içinde de kararını vermek zorundadır (md.20). Bu süre içinde karar verilmemişse hakem sözleşmesi geçerliliğini kaybeder, uyuşmazlığa kaldığı yerden devam edilir<sup>900</sup>.

Çıkar uyuşmazlıklarında özel hakem hukuki bir uyuşmazlığı çözmekte, tam tersine hukuk kuralları koymakta başka bir deyişle toplu is sözleşmesi yapmaktır. Çıkar uyuşmazlıklarında özel hakem kararlarının toplu is sözleşmesi hükmünde olduğunu yasa da belirtmektedir (md.58/III). Bu nedenle özel hakem kararı Yüksek Hakem Kurulu kararları gibi mahkemeye verilmez, hâkim tarafından tasdik edilmez ve kesindir, temyiz edilemez. Buna karşılık özel hakem kararını üç işgünü içinde taraflara ve görevli makama yazılı olarak verir veya iadeli taahhütlü gönderir (Tüzük m.20). İşveren de kararı işyerinde ilan etmek zorundadır (md.63)<sup>901</sup>.

Görülen o ki ne Yüksek Hakem Kurulu kararları ne de Özel Hakem Kurulu kararları yargı denetimine tabidir. Bu konuda iş hukukunda ki yazarlar sadece bu kararların mahkemeye verilemeyeceği, hâkim tarafından tasdik edilemeyeceği, kesin olduğu ayrıca temyiz de edilemeyeceği konusunu belirterek geçmişler, konuyu bizim tez konumuz olan idari yargı denetimi dışında bırakılan işlemler (yasama kısıntıları) şeklinde ele almamışlardır. Konuyu daha çok İş hukuku çerçevesinde tarafların 2822 sayılı Toplu İş Sözleşmesi ve Grev Lokavt Kanununun maddelerini nasıl uygulayacakları konusunu ele almışlardır.

Biz bir kez daha Anayasamızın 2 nci maddesinde geçen Hukuk Devleti ilkesi ve yine Anayasamızın yargı yolunu düzenleyen 125 nci maddesi “İdarenin her türlü eylem ve işlemlerine karşı yargı yolu açıktır.” ilkesinden hareketle yukarıda belirtilen bu yargı denetimi dışı durumun ortadan kaldırılması gerektiğini ve iş hukukçularının da bu konu üzerinde daha hassas durmaları gerektiğini söyleyebiliriz.

---

<sup>900</sup> Çifter (2004): s. 198.

<sup>901</sup> Çifter (2004): s. 198.

## 11. Yürütmenin Durdurulmasına İlişkin Sınırlama

Hukuk sistemimizdeki erklerden biri olan Yürütmenin yaptığı tüm işlemlerin hukuka uygun olduğu kabul edilmiştir. İdare yaptığı bütün işlemlerde kanuna uygun hareket eder ve hukukun kendisine tanıdığı yetkileri kullanır. Fakat ideal olarak benimsenen bu ilkeden çeşitli sebeplerle sapılmakta ve İdare, hukuka aykırı işlemler tahsis edebilmektedir. Bu ve buna benzer durumlarda İdare'nin denetlenmesi gereği ortaya çıkmaktadır. Anayasamız<sup>902</sup> bunun için İdarenin yargısal denetimini öngörmüştür. Anayasanın m. 125'e göre İdare'nin tüm eylem ve işlemlerine karşı yargı yolu açıktır hükmü uyarınca İdarenin yargısal denetimini anayasal çerçevede düzenlenmiştir.

İdarenin yargısal denetimi için ülkemizde idari yargı rejimi kabul edilmiş ve adli – idari olmak üzere iki farklı yargı sistemi düzenlenmiştir. İdarenin işlem ve eylemleri istisnaları hariç idari yargının görev alanı içine girmektedir. İdarenin yaptığı her işlem ve eyleme karşı ilgililer idari yargıya başvurarak bu işlemin iptalini ya da eylemden doğan zararın tazmini sağlayabilmektedir.

### a) Yürütmenin Durdurulması Kavramının Hukuk Devleti İlkesi Açısından Değerlendirilmesi

İdari yargının önemli bir kurumu ise yürütmenin durdurulmasıdır<sup>903</sup>. Anayasamızın m. 125/5'deki düzenlemeye göre “ İdari işlemin uygulanması halinde telafisi güç veya imkânsız zararların doğması ve idari işlemin açıkça hukuka aykırı olması şartlarının birlikte gerçekleşmesi durumunda gerekçe gösterilerek yürütmenin durdurulması karar verilebilir.” hükmedilmiştir. Maddeden anlaşılacağı üzere belirli şartların varlığında yargısal denetim yapılırken ilgili işlemin yürürlüğünün durdurulur. İdari yargıda dava açılması prensip olarak işlemin yürütmesini kendiliğinden durdurmaz. İlk olarak davacının bu yönde bir talebinin olması, bununla birlikte madde 125/5'de sayılan telafisi güç veya imkânsız zararların doğmasıyla işlemin açıkça hukuka aykırılığı şartlarının da mevcut olması gerekmektedir.

<sup>902</sup> Türkiye Cumhuriyeti Anayasası RG: 09.11.1982, 17863.

<sup>903</sup> Türk hukukunda idari yargı alanında “geçici bir koruma” sağlayan “yürütmenin durdurulması” kavramı yaygın bir şekilde kullanılmaktadır. Yürütmenin durdurulması kavramı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nda (İYUK) da benimsenmiştir. Yargı kararları ve bilimsel eserlerde tartışmaksızın kullanılmaktadır. Bkz. Çağlayan, Ramazan, **İdari Yargı Kararlarının Sonuçları ve Uygulanması**, Seçkin Yayınları, Ankara 2000, s.233.

Bir görüşe göre<sup>904</sup>; Yürütmenin durdurulması idarenin yaptığı işlemlerin hukuka uygunluğu ilkesini ve icrailliğini askıya alır, bunun amacı vatandaşın uğraması muhtemel zararlarının ya da vatandaşın zarara uğramasının yapılan işlemin hukuka uygunluğu ilkesinde daha önemli olmasıdır. Bu da Hukuk devleti ilkesinin önemli bir uygulamasıdır.

Ancak Özbudun'a göre<sup>905</sup>; "1982 Anayasasının 125'inci maddesi (f.5 ve 6) 1961 Anayasasında yer almamış olan "yürütmenin durdurulması" konusunu düzenlemektedir. Beşinci fıkraya göre, "İdari işlemin uygulanması halinde telâfisi güç veya imkânsız zararların doğması ve idari işlemin açıkça hukuka aykırı olması şartlarının birlikte gerçekleşmesi durumunda gerekçe gösterilerek yürütmenin durdurulmasına karar verilebilir." Yürütmenin durdurulmasının istisnaî bir işlem olduğu, buna ancak idari işlemin uygulanmasından telâfisi güç veya imkânsız zararların doğacak olması ve idarî işlemin hukuka aykırı görünmesi<sup>906</sup> durumlarında karar verilebileceği de, gene idare hukukunun bilinen ve yerleşmiş ilkeleri arasındadır. Buna karşılık, 6'ncı fıkradan, olağanüstü hallerde, sıkıyönetim, seferberlik ve savaş halinde, ayrıca millî güvenlik, kamu düzeni, genel sağlık nedenleri ile kanunun, yürütmenin durdurulması kararı verilmesini sınırlandırabileceği anlaşılmaktadır. Şu halde, fıkroda sözü edilen durumlarda, idari işlemin uygulanması halinde telâfisi güç veya imkânsız zararlar doğacak olsa ve idari işlem açıkça hukuka aykırı bulunsa bile, idarî yargının yürütmeyi durdurma kararı verme yetkisi kanunla sınırlanabilecektir ki, bunu hukuk devleti ilkesiyle bağdaştırmak güçtür."

Atar da, Özbudun'la aynı görüşleri paylaşmakta, 1982 Anayasasının 125'inci maddesinin 6 ncı fıkrasının, fıkroda sözü edilen durumlarda, idari işlemin uygulanması halinde telâfisi güç veya imkânsız zararlar doğacak olsa ve idari işlem açıkça hukuka aykırı bulunsa bile, idarî yargının yürütmeyi durdurma kararı verme yetkisinin kanunla sınırlanabilecek olmasını hukuk devleti ilkesiyle bağdaştırılamayacağını belirtmektedir<sup>907</sup>.

<sup>904</sup> Özdoğan, Onur, Vergi Yargısında Yürütmenin Durdurulması, Erişim Tarihi; 31.08.2007. [http://www.turkhukuk sitesi.com/makale\\_456.htm](http://www.turkhukuk sitesi.com/makale_456.htm).

<sup>905</sup> Özbudun (2005): s. 117.

<sup>906</sup> Özbudun burada görünme kavramını kullanmıştır, çünkü işlemin gerçekten hukuka aykırı olup olmadığı ancak yargılamanın sonunda ortaya çıkabilir.

<sup>907</sup> Atar (2005): s.95.

## **b) Yürütmenin Durdurulmasına İlişkin Sınırlamanın Anayasa Mahkemesi Kararı Işığında Değerlendirilmesi**

Biraz önce de belirttiğimiz gibi Anayasa (md.125), idari yargıda yürütmenin durdurulması kararı verilmesine ' ilişkin olarak da düzenlemeler getirmekte ve idari işlemin uygulanması halinde "telafisi güç veya imkânsız zararların doğması ve idari işlemin açıkça hukuka aykırı olması şartlarının birlikte gerçekleşmesi durumunda gerekçe gösterilerek" yürütmenin durdurulmasına karar verilebileceğini öngörmektedir. Ayrıca, olağanüstü hallerde, sıkıyönetim, seferberlik ve savaş halinde, ayrıca "milli güvenlik, kamu düzeni, genel sağlık nedenleri ile" yürütmenin durdurulması kararı verilmesinin yasa ile sınırlanabileceği de belirtilmektedir.

Nitekim 2935 sayılı Olağanüstü Hal Kanunu (md.33) ile 3091 sayılı Taşınmaz Zilyetliğine Yapılan tecavüzlerin Önlenmesi Hakkında Kanun (md.13) açılacak davalarda yürütmenin durdurulması kararı verilemeyeceğini öngörürken anayasal sınırlamalar çerçevesinde düzenleme getirmiş olmaktadır<sup>908</sup>.

3091 sayılı Taşınmaz Mal Zilyetliğine Yapılan Tecavüzlerin Önlenmesi Hakkında Kanunun yürütmenin durdurulması kararı verilemeyeceğini öngören hükmünün (md.13) Anayasa'ya aykırılığı ileri sürülerek Anayasa Mahkemesi'ne gidilmişse de Yüksek Mahkeme Yasa'nın temel amacının kamu düzeninin bozulmasını önleyip, güvenlik ve asayişini sağlamak olduğunu belirterek getirilen sınırlamanın Anayasa'da (md.125) öngörülen sınırlama nedenlerinden olduğu sonucuna varmıştır<sup>909</sup>.

Görülen o ki Anayasa Mahkemesi gibi yüksek bir yargı organı bile bu konuyla ilgili içtihat oluştururken aldığı kararların Anayasanın 2 nci maddesinde geçen Hukuk Devleti ilkesiyle bağdaştığını söylemek mümkün değildir. İdari yargının yürütmeyi durdurma kararı verme yetkisinin kanunla sınırlanabilecek olmasını hukuk devleti ilkesiyle bağdaştıramayacağını belirterek noktalayabiliriz.

---

<sup>908</sup> Gözübüyük-Tan (2003):s.52; 18.4.1996, E. 996/7-K.996/11. RG;18.8.1996, sayı:22731, s. 14 vd.

<sup>909</sup> Gözübüyük-Tan (2003):s.52.dipnot109.

## BÖLÜM 3

### YASAMA KISINTILARININ YARGI DENETİMİNE TABİ TUTULMASINA YÖNELİK İÇTİHAT HUKUKU

#### I. Türk Hukukunda Yasama Kısıntılarının Ulusal Yargıç Eliyle Yargı Denetimine Tabi Kılınması

Aslında Türk pozitif hukukunda bu bölümdeki konumuzun başlığında belirttiğimiz husus mümkün değilse de Uluslararası Hukuk ve Hukuk Devleti ışığında kısıntıları aşmaya yönelik bir içtihat son dönemde oluşmaktadır.

Bu bölümde, askeri disiplin hukukuna işlemler ile ilgili yargı kararlarındaki ve uyarma kınama cezalarına ilişkin Danıştay kararlarındaki kısıntıyı aşmaya yönelik içtihat incelemesi, uyarma kınama cezaları açısından Ankara Bölge İdare Mahkemesinin 1995 yılında, Ankara 5 nci İdare Mahkemesinin 2004 yılında, Danıştayın 2007 yılında vermiş olduğu kararının değerlendirilmesi, yüksek askeri şura kararlarındaki kısıntıyı aşmaya yönelik içtihat incelemesi, cumhurbaşkanının tek başına yaptığı işlemlerin denetimine ait yargı kararları, hâkimler ve savcılar yüksek kurulu, kararları denetimine ait yargı kararları ile ilgili değerlendirmeler yapılacaktır.

#### A. Askeri Disiplin Hukukuna İlişkin İşlemler İle İlgili Yargı Kararları İncelenmesi

1602 Sayılı AYİM Kanununun m.21/son hükmüne göre askeri disiplin cezalarının yargı denetimi dışında olduğu belirtilmekte ise de bu tür disiplin cezalarının “yok hükmünde” olup olmadığının belirlenmesi ile sınırlı olarak yargı denetimine tabi bulunduğunu özellikle vurgulamamız gerekir.

Örneğin Harp Okulu 1 nci sınıf öğrencisi kendisine verilen disiplin cezasının “yok hükmünde” olduğunu açacağı idari dava ile ileri sürebilir. Davacının böyle bir davayı açmakta hukuki yararı vardır. Nitekim ilerde bu disiplin cezası bir başka idari işleme dayanak yapılabileceği gibi ilgili öğrencinin hukuki menfaatini etkilediği yadsınamaz. Tesis olunan disiplin cezası işleminde öğrencinin savunmasının

alınmaması, yetkisiz amirin ceza vermesi, ceza zamanaşımının olması yahut amirin ceza yetkisini aşması gibi haller “kanuna açık ve net aykırılık” teşkil edeceğinden bu haller verilen disiplin cezasının “yok hükmünde” sayılmasını zorunlu kılar. Açılan bu dava ve verilen karar ile askerî disiplin cezası yargı denetimine tabi tutulmuş olmaktadır. Bunun başka bir adı ve nitelendirilmesi olamaz.

Keza askerî disiplin cezaları bir başka idari işlemin, örneğin okuldan çıkarılma işleminin “hukuki sebebi” durumunda ise ilgili öğrenci okuldan çıkarılma işleminin iptalini dava ederken işbu disiplin cezasının “Yok Hükmünde olduğunu ileri sürebilecektir. Örnek vermek gerekirse: Bir Harp Okulu öğrencisinin aldığı askeri disiplin cezaları toplamı 160 notu bulursa hakkında Harp Okulundan çıkarma işlemi tesis edilmektedir. Harp Okulundan çıkarma işlemi yargı denetimine tabidir. Bu işlemin “hukuki sebebi” durumundaki askeri disiplin cezası ise yoklukla sınırlı olarak yargı denetimine tabi tutulur. Öğrencinin açtığı davada özlük ve işlem dosyası getirilir. Farz edelim ki verilen disiplin cezalarından birinde savunma alınmadığı yahut cezanın yetki aşımıyla verildiği saptansın. Bu takdirde örneğin verilen 4 gün izinsizlik cezasının (2) ile çarpımı sonucu (8) sekiz puanın düşülmesi zorunluluğu ortaya çıkacaktır. Öğrenci 161 ahlak notu kırıldığı için okuldan çıkarılmış olsun, Ceza puanı  $161 - 8 = 153$  puana düştüğünden davacı hakkında tesis olunan okuldan çıkarma işlemi iptal edilecek demektir. Askeri Yüksek İdare Mahkemesinin kurulduğu 1972 yılından beri bu konuda aynı doğrultuda verdiği kararları istikrar bulmuştur<sup>910</sup>.

Askeri Yüksek İdare Mahkemesi 2 nci Dairesinin 25.06.2001, E.2000/493, K.2001/562 sayılı kararında davacı subaya savunması alınmadan disiplin amirince verilen uyarı yazısı ile uyarı cezası arasında hukuki sonuçları bakımından bir fark bulunup bulunmadığını incelemiştir ve anılan uyarı yazısının yoklukla malül olduğuna hükmetmiştir<sup>911</sup>.

Özetle belirtmek gerekirse; anılan "ikaz yazısı" davacının tüm sıralı sicil üst dosyalarına girdiği gibi Kuvvet Komutanlığında bulunan özlük dosyasına da

<sup>910</sup> AYİM.2.D.17.4.1996, E.1995/620, K.1996/306: Karalioğlu Kararı; AYİM.2.D.17.12.1997, E.1997/620, K.1997/1051: Karaman Kararı; AYİM.2.D.4.2.1998, E.1997/538, K.1998/53: Güzeloğlu Kararı, Erişim Tarihi: 24.06.2007; [http://www.msb.gov.tr/ayim/Ayim\\_karar\\_detay.asp?IDNO=3144&ctg=00002000031000001](http://www.msb.gov.tr/ayim/Ayim_karar_detay.asp?IDNO=3144&ctg=00002000031000001)

<sup>911</sup> Askeri Yüksek İdare Mahkemesi, 2 nci Daire 25.06.2001, E.2000/493, K.2001/562, **Askeri Yüksek idare Mahkemesi Dergisi**, Dergi No:17. Erişim Tarihi: 24.06.2007; [http://www.msb.gov.tr/ayim/Ayim\\_karar\\_detay.asp?IDNO=3144&ctg=00002000031000001](http://www.msb.gov.tr/ayim/Ayim_karar_detay.asp?IDNO=3144&ctg=00002000031000001)

konulması suretiyle "ikaz cezası" mahiyetini aldığı, ceza uyarısı ile arasında herhangi bir fark kalmadığı anlaşılmıştır.

Davacının " ikaz" edilmesinin doğru ve yerinde olup olmadığı üzerinde bu nedenle durulamamış, salt " savunma" alınmamış olması tesis olunan " ikaz yazısı" işlemini hukuken " yok hükmünde" değerlendirilmesine neden olmuştur.

Zira bütün idari işlemlerin belirli şekil kurallarına uyularak gerçekleştirilmesi zorunluluğu vardır. Şekil, işlemin yapılması için gereken yol ve yöntemleri içerir ve idare hukuku alanında idari işlemin ana öğelerinden birini oluşturur. Bir idari işlemin yapılması için uyulması gereken şekil koşulları, izlenmesi gereken yöntem kuralları, anayasa, yasa, tüzük, yönetmelik, gibi düzenleyici metinler içinde yer almaktadır.

Örneğin; Anayasa' nın 129 ncu maddesinin ikinci fıkrası da " Memurlar ve diğer kamu görevlileri ile kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşları ve bunların üst kuruluşları mensuplarına savunma hakkı tanımadıkça disiplin cezası verilemez" hükmünü öngörmektedir. Keza, 1632 Sayılı Askerî Ceza Kanununun 175 nci maddesi de " Disiplin amiri cezayı vermeden evvel faile kendini müdafaa etmeğe müsaade eder" hükmünü amirdir. 657 sayılı Devlet Memurları Kanununun 130 ncu maddesi de aynı doğrultudadır.

Anayasa' nın 129 ncu maddesinin üçüncü fıkrasında " Uyarma ve kınama cezalarıyla ilgili olanlar hariç, disiplin kararları yargı denetimi dışında bırakılamaz" denildikten sonra, aynı maddenin dördüncü fıkrasında " Silahlı Kuvvetler mensupları ile hâkimler ve savcılar hakkındaki hükümler saklıdır" şeklinde istisnai bir düzenleme öngörülmüş; 1602 Sayılı AYİM Kanununun 21 nci maddesinin son fıkrasında da " ... disiplin suç ve tecavüzlerinden ötürü disiplin amirlerince verilen cezalar yargı denetimi dışındadır" hükmüne yer verilmiştir.

Yukarıda belirtilen mevzuat hükümlerinin Silahlı Kuvvetler mensupları yönünden ayrık bir düzenleme getirdiği, bu meyanda disiplin amirlerince emrindeki personele disiplin suç ve tecavüzleri nedeniyle verecekleri cezalarının yargı denetimi dışında tutulmasını öngördüğü açıkça anlaşılmaktadır.

Hukuki durum böyle olmakla beraber, Türk Pozitif Hukukunda Anayasa ve yasalarda bazı idari işlemlerin yargı denetimi dışı olduğu belirtilmekte ise de tüm idari işlemlerin yokluk haliyle sınırlı olarak yargı denetimine tabi olduğu yadsınamaz.

Gerek AYİM' in, gerek Danıştay istikrar bulmuş içtihatlarına göre disiplin cezaları " yokluk" haliyle sınırlı olarak denetlenmekte, yokluk hali saptandığında işleminin iptaline karar verilmektedir.

İdari bir işlemin herhangi bir unsurunda görülen çok ağır derecede hukuka aykırılıklar ya da esaslı bir unsurdan yoksun olması anlamına gelen " yokluk" halinde işlem hiç yapılmamış, hukuk yaşamında doğmamış gibi değerlendirilir. Yokluk teorisine göre, işlemlerde " geçerlilik" koşulları ile " varlık" koşullarının birbirinden ayırt edilmesi gerekir. Birincisinin oluşmaması halinde işlem sadece " iptal edilebilir" nitelikte iken, varlık koşullarının oluşmaması halinde işlem yoktur. İşlemin oluşması için gerekli olan kurucu unsurların işlemde bulunması bir zorunluluk ve bizatihi işlemin varlık sebebidir.

Dava konusuna dönüldüğünde; "Davacı Harita Mühendisi Albaya MSB. Müsteşar Yardımcısı tarafından verilen " ikaz" (uyarma) cezasının klasik anlamda bir idari işlem olduğunda kuşku bulunmamaktadır. Yasal düzenlemeler nedeniyle bu idari işlem yargı denetimine kapalı ise de söz konusu disiplin cezasının yokluk teorisi yönünden incelenmesi ve bir sonuca varılması da zorunludur. Bu, aynı zamanda Anayasa' nın 36 ncı maddesinin yargı organına yüklediği bir sorumluluktur. Anayasa' nın 129 ncu maddesinin ikinci fıkrası ve 1632 sayılı Askerî Ceza Kanununun 175 nci maddelerinin açık hükümleri karşısında davacının savunması alınmadan uyarı cezası ile tecziye edilmesi hali idari işlemin (disiplin cezasının) şekil unsurundaki " ağır ve bariz" sakatlığı ortaya koymaktadır.

Bu itibarla; Davacı Harita Mühendis Albaya MSB. lığı Müsteşar Yardımcısı tarafından 29 Şubat 2000 tarihinde verilen " ikaz" (uyarma) disiplin cezasının şekil unsuru yönünden ağır ve bariz şekilde sakat olduğu anlaşılmalı anılan cezanın " Yok Hükümünde" olduğu" tespit edilmiştir.

Karara muhalif kalan üyeler, davacıya yazılan ikaz yazısının İç Hizmet Kanununun 24 ncü maddesinde<sup>912</sup> yazılı hükme göre tanzim edildiği, dolayısıyla

<sup>912</sup> Amir disipline aykırı gördüğü her hale müdahaleye ve emir vermeye her üst görevlidir.

idari işlemlerde aranan nitelikler olan Kanun ve icrai nitelikte olmak ve ilgilinin hukuksal durumuna etki yapmak şeklindeki vasıflara sahip olmadığı, böyle vasıflara sahip olmayan bir ikaz yazısının iptal davasına konu edilemeyeceği cihetle davanın reddine karar verilmesi gerekirken cezanın yok hükmünde olduğunun tespitine ilişkin oluşan çoğunluk kararına katılmamışlardır.

Askeri Yüksek İdare Mahkemesi 3ncü Dairesinin 28.01.2004, tarihli kararında yine ikaz cezası verilen davacıya verilen cezanın yoklukla malül olup olmadığını incelemiştir<sup>913</sup>.

Askeri Yüksek İdare Mahkemesi bu kararında da yukarıda temas edilen K.2001/562 sayılı kararında ki yaklaşımını muhafaza etmiş ve kısaca özetlemek gerekirse; Aynı rütbedeki Kara Havacılık Okul Komutanı tarafından “İkaz” konulu bir yazı ile ikaz edilen davacı Subay hakkındaki bu yazının, tüm sicil dosyalarına girmek suretiyle “ikaz cezası” mahiyeti aldığı ve uyarı cezası ile arasında herhangi bir fark kalmadığı kanaatine varıldığından, şekil ve yetki unsurları yönünden hukuka aykırılığı açık olan cezanın yoklukla malul olduğunun kabulünde hukuki zorunluluk olduğuna hükmetmiştir.

Askeri Yüksek İdare Mahkemesi 3ncü Dairesinin 28.01.2004, E.2003/151, K.2004/159 sayılı kararında Savunma hakkı tanınmaksızın tesis edilen disiplin cezası, şekil unsuru yönünden ağır ve apaçık hukuka aykırı bulunduğundan yok hükmünde sayılması gerektiği yönünde karara varmıştır<sup>914</sup>.

Özetle belirtmek gerekirse; yukarıda da belirtildiği üzere, “yokluk” idari işlemin iki yönünden ortaya çıkabilir. İlki, mevcut sanılan idari işlemin madden var olmaması, fiziki âlemde bulunmaması şeklinde açıklanabilecek “maddi, fiili yokluk” hali; ikincisi ise idari işlemin maddi olarak mevcut olmakla beraber hukuki açıdan “ağır ve apaçık bir sakatlığına” tekabül eden “yok hükmünde sayılma (Keenlemyekün)” durumudur. Yoklukla malül bir idari işlemin yargısal denetimi, iptal davasından farklı özellikler gösterir. Bu bağlamda yokluk hali, kamu düzenine ilişkin

<sup>913</sup> Askeri Yüksek İdare Mahkemesi, AYİM 2.D., 20.11.2002, E.2002/256, K.2002/883, **Askeri Yüksek İdare Mahkemesi Dergisi**, Dergi No:18. Erişim Tarihi: 24.06.2007; [http://www.msb.gov.tr/ayim/Ayim\\_karar\\_detay.asp?IDNO=3469&ctg=000002000031000001](http://www.msb.gov.tr/ayim/Ayim_karar_detay.asp?IDNO=3469&ctg=000002000031000001)

<sup>914</sup> Askeri Yüksek İdare Mahkemesi, AYİM. 3.D., 28.01.2004, E.2003/151, K.2004/159, **Askeri Yüksek İdare Mahkemesi Dergisi**, Dergi No:19. Erişim Tarihi: 24.06.2007; [http://www.msb.gov.tr/ayim/Ayim\\_karar\\_detay.asp?IDNO=3469&ctg=000002000031000001](http://www.msb.gov.tr/ayim/Ayim_karar_detay.asp?IDNO=3469&ctg=000002000031000001).

olması hasebiyle re'sen dikkate alınması gerektiğinden dava açma süresine bağlı olmama, idarece her zaman geri alınabilme gibi sonuçlar doğurur. Bunu paralel olarak, iptal davasının tabi olduğu hukuki rejimin dışında, aksine bir düzenleme bulunsa bile yargısal denetimi mümkündür.

“Bir idari işlem olarak disiplin cezası tesisinde savunma hakkı gereğine uyulmaması, doktrinde de işaret edildiği üzere şekil unsurunda sakatlığa yol açar. İdari işlemde usulü de ihtiva eden şekil unsurunda esaslı hata ve noksanlık halinde yoklukta söz konusu olabilir (TANDOĞAN, Sabri: Objektif ve Sübjektif Tasarruflarda Yokluk, İdare Hukuku ve İdari Yargı ile ilgili , Danıştay yayını, Ankara 1976, s.79-82; SARICA, Ragıp: İdareİncelemeler, C. Hukukunda Yokluk ve Butlan, s.1233-1234; KARAVELİOĞLU, Celal: İdari Yargılama , 5.B., Ankara 2001, s.164.)

Yargı içtihatlarında da ağır ve açık şekil sakatlığının işlemi yoklukla malül kılacağına hükmedilmektedir. Danıştay, toplantıya çağrılıp müzakere yapılmaksızın elden imza suretiyle yapılan Fakülte Profesörler Kurulu kararının (5.D, 1.4.1970, 1969/4127, 1970/1162); Fransız Danıştayı, Deniz aşırı bir toprağa atanan Defterdarın atama kararnamesinde Maliye Bakanının imzasının bulunmamasının (Pacha kararı, 22 Januier/F. GAZİER-M.LONG, Chr.AJDA 1954/ s.5/13'e atfen ERKUT Celal: İdare Hukukunda Yokluk Teorisi, s.74-75) yoklukla malül olduğuna karar vermiştir. AYİM'de şimdiye değin savunma alınmaksızın tesis edilen cezalandırma işlemlerinin yok hükmünde olduğuna içtihat ede gelmiştir. (Örneğin, 2 nci D., 20.11.2002, E.2002/256, K.2002/883; 2 nci D. 25.06.2001, E.2000/443, K.2001/562. kararları.)”

“Mesele bu şekilde ortaya konduğunda, mevcut belgelere göre savunma hakkı tanınmaksızın tesis edilen disiplin cezasının, şekil unsuru yönünden ağır ve apaçık hukuka aykırı bulunmakla yok hükmünde sayılmasının gerektiği sonuç ve kanaatine varılmıştır.

Usul bakımından, idari yargıda tespit davası mümkün olmadığından yokluk denetimi iptal davası çerçevesinde görülüp sonuçlandırılmış, bu bağlamda yok hükmünde bulunan işlemin iptali cihetine gidilmiştir.”

Yukarıda açıklanan sebeplerle; Davacı hakkında tesis olunan disiplin cezasının yok hükmünde olduğu belirlendiğinden iptal edilmiştir.

Askeri Yüksek İdare Mahkemesi daha birçok savunma hakkı tanınmadan tesis edilmiş disiplin cezaları ile ilgili kararlarında yukarıda temas edilen K.2004/159 sayılı kararında ki yaklaşımını muhafaza etmiş ve davacılar hakkında tesis olunan disiplin cezasının yok hükmünde olduğuna hükmetmiştir<sup>915</sup>.

Askeri Yüksek İdare Mahkemesi 3ncü Dairesinin 23.12.2004, E.2004/1606, K.2004/1837 sayılı kararında davacı tarafından işlenmiş disiplin suçuna ve cezaya esas teşkil eden bir fiile ilişkin hiçbir belgenin bulunmaması karşısında, disiplin cezası sebep unsuru yönünden yoklukla malül olduğuna hükmetmiştir<sup>916</sup>.

Yukarıda da belirtildiği üzere Anayasa' nın 129 ncu maddesinin üçüncü fıkrasında " Uyarma ve kınama cezalarıyla ilgili olanlar hariç, disiplin kararları yargı denetimi dışında bırakılamaz" denildikten sonra, aynı maddenin dördüncü fıkrasında " Silahlı Kuvvetler mensupları ile hâkimler ve savcılar hakkındaki hükümler saklıdır" şeklinde istisnai bir düzenleme öngörülmüş; 1602 Sayılı AYİM Kanununun 21 nci maddesinin son fıkrasında da " ... disiplin suç ve tecavüzlerinden ötürü disiplin amirlerince verilen cezalar yargı denetimi dışındadır" hükmüne yer verilmiştir.

Ancak Askeri Yüksek İdare Mahkemesinin içtihat ettiği bu kararlardan da görüldüğü üzere, Askeri disiplin hukukuna yönelik olarak tesis edilmiş olan disiplin cezalarının (tüm idari işlemlerin) " yok" luk haliyle sınırlı olarak yargı denetimine tabi olduğu açıkça belirtilmiştir.

---

<sup>915</sup> Askeri Yüksek İdare Mahkemesi, AYİM. 3.D., 21.10.2004, E.2003/21, K.2004/1570; Askeri Yüksek İdare Mahkemesi, AYİM. 3.D., 25.02.2004, E.2003/72, K.2004/231, **Askeri Yüksek İdare Mahkemesi Dergisi**, Dergi No:20. Erişim Tarihi: 24.06.2007; [http://www.msb.gov.tr/ayim/Ayim\\_karar\\_detay.asp?IDNO=3469&ctg=000002000031000001](http://www.msb.gov.tr/ayim/Ayim_karar_detay.asp?IDNO=3469&ctg=000002000031000001)

<sup>916</sup> Askeri Yüksek İdare Mahkemesi, AYİM. 3.D., 23.12.2004, E.2004/1606, K.2004/1837, **Askeri Yüksek İdare Mahkemesi Dergisi**, Dergi No:20. Erişim Tarihi: 24.06.2007; [http://www.msb.gov.tr/ayim/Ayim\\_karar\\_detay.asp?IDNO=3469&ctg=000002000031000001](http://www.msb.gov.tr/ayim/Ayim_karar_detay.asp?IDNO=3469&ctg=000002000031000001)

## B. Uyarma Kınama Cezalarına İlişkin Yargı Kararlarının İncelenmesi

Daha önceden de belirtildiği üzere Danıştay kararlarında yönetmelikle “yargı kısıntısı”<sup>917</sup> getirilemeyeceğine karar vermektedir. Bu durumda kamu görevlisinin tabi olduğu yasal düzenleme uyarma ve kınama cezalarına karşı yargı yolunu kapatmamış ise, yönetmelikle getirilen idari yargı yoluna başvurulamaz yolundaki hükmün hukuka aykırılığı yönünde karar verilmektedir.

Nitekim Danıştay da buradan hareketle kanunla yapılmayıp yönetmelikle yapılan uyarma kınama cezalarına karşı yargı yolu kapatılması işlemlerinin iptali yoluna gitmektedir.

Danıştay 8 nci Dairesinin, 22.12.1997, E.992/606-K.992/2809 sayılı kararında yükseköğretim kurumları öğrenci disiplin yönetmeliğinin doğrudan verilen uyarma ve kınama cezalarına karşı yargı yoluna gidilemeyeceğine ilişkin 33.maddesi 1.fıkrasının iptali ile ilgili bir kararında dava konusu kınama cezasına ilişkin işlemin iptaline karar vermiştir.

Özetle belirtmek gerekirse<sup>918</sup>; Dava, davacıya verilen kınama cezasının ve Yükseköğretim Kurumu öğrencilerine ilişkin Disiplin Yönetmeliğinin 33.maddesinin 1.fıkrasının iptali istemiyle açılmıştır. 2709 sayılı 1982 Anayasasının 125.maddesinde, idarenin her türlü eylem ve işlemlerine karşı yargı yolunun açık olduğu belirtildikten sonra, Cumhurbaşkanının tek başına yapacağı işlemler ile Yüksek Askeri Şuranın kararları yargı denetimi dışında bırakılmıştır.

Anayasanın Kamu Hizmeti Görevlileri ile ilgili 129.maddesinin üçüncü fıkrasında ise uyarma ve kınama cezalarıyla ilgili olanlar dışında disiplin kararlarının yargı denetimi dışında bırakılamayacağı, Yükseköğretim Kurumları başlıklı 130.maddesinde de, Yükseköğretim Kurumlarında disiplin ve ceza işlerinin yasayla düzenleneceği öngörülmüştür.

---

<sup>917</sup> **Yargı Kısıntısı**; İdarenin yargı yoluyla denetiminde yargı yerleri tarafından getirilen kısıntıya Kara Avrupasında Özellikle Fransa ve Türkiye’de «hükümet tasarrufu», Anglo-Amerikan ülkelerinde ise «devlet tasarrufu» (act of State), «siyasi meseleler» (political questions) denilmektedir.

<sup>918</sup> Danıştay 8 nci Dairesinin, 22.12.1997, E.992/606-K.992/2809 sayılı kararı

Öte yandan Anayasanın Hak arama Hürriyeti olarak belirlenen 36.maddesinde, herkesin yasalara uygun araç ve yollardan yararlanarak yargı yerleri önünde davacı veya davalı olarak sav ve savunma hakkına sahip olduğu, 33.maddesinde de, temel hak ve hürriyetlerin, maddede belirtilen genel ve özel nedenlerle Anayasanın sözüne ve ruhuna uygun olarak yasalarla sınırlanabileceği belirtilmiştir. Anayasanın yukarıda yer alan kurallarının birlikte değerlendirilmesinden, idari işlemlere karşı yargı yolunun açık olmasının, temel ilke olduğu, ancak hak arama hürriyetinin bazı genel ve özel nedenlerle sınırlanabileceği sonucu ortaya çıkmaktadır. 129.maddede kamu hizmeti görevlilerine ilişkin olarak, uyarma ve kınama cezalarının yargı denetimi dışında bırakılabileceği belirtilerek disiplin kararlarının yargı denetimi dışında bırakılamayacağı genel kuralına bir aykırılık getirilmiştir.

Oysa aynı doğrultuda bir aykırılık, Yükseköğretim Kurumları ile ilgili maddelerde yer almamış, disiplin ve ceza işlerinin Yasayla düzenleneceği belirlenmekle yetinilmiştir. Yükseköğretim Kurumu öğrencileri için, disiplin işlemleri ile ilgili düzenleme ise 2547 sayılı Y Yükseköğretim Kurumu Yasasının 54.maddesinde yer almış, bu madde de uyarma ve kınama cezalarına karşı idari yargı yoluna başvurulamayacağı yolunda bir kural öngörülmemiştir. Böylece, “Anayasa ve Yasa ile öngörülmemeyen bir sınırlamanın Yönetmelikle düzenlenemeyeceği açıktır”. Anayasadaki Kamu Hizmeti görevlileri için getirilen uyarma ve kınama cezalarının yargı denetimi dışında bırakılabileceğine ilişkin kuralın, Yükseköğretim Kurumu öğrencileri için karşılaştırmak ile uygulanmasının ise, yine Anayasanın, temel hak ve hürriyetlerin genel ve yasalarla olmak koşuluyla özel nedenlerle sınırlanabileceğine ilişkin 13.maddesine de aykırılık oluşturacağı açıktır.

Belirtilen nedenlerle, “Yükseköğretim Kurumları Öğrenci Disiplin Yönetmeliğinin 33.maddesinin 1.fıkrasının Anayasa ve Yasaya aykırı olması nedeniyle iptaline oyçokluğuyla, Davacıya verilen disiplin cezasına gelince; Davacı, yönetici ve öğretmenlerinin uyarılarına karşın derslere ve sınavlara başörtülü olarak girdiği gerekçesiyle Yükseköğretim Kurumları Öğrenci Disiplin Yönetmeliğinin 7.maddesinin (a) ve (e) bentleri uyarınca kınama cezası ile cezalandırılmıştır. Yönetmeliğin 7.maddesinin (a) bendinde, öğrencilik sıfatının gerektirdiği saygınlık ve güven duygusunu sarsacak nitelikte davranışlarda bulunmak, (b) bendinde de, ders,

seminer, uygulama, laboratuvar, atölye çalışması ve konferans gibi çalışmaların düzenini bozmak, kınama cezasının gerektiren eylemler arasında sayılmıştır.

Belirtilen maddede, yükseköğretim kurumlarında başörtülü olarak bulunmanın kınama cezasını gerektirdiği yolunda herhangi bir kural yer almamaktadır. Davacının eyleminin, Yönetmeliğin 7.maddesinin (a) ve (c) bentlerindeki eylemlere de uymaması karşısında disiplin cezası ile cezalandırılmasında hukuka uyarlık görülmemiştir. Açıklanan nedenlerle, dava konusu kınama cezasına ilişkin işlemin” iptaline karar vermiştir.

Ancak Üyelerin bir kısmı verilen iptal kararına katılmamış ve azlık oyunu şu şekilde belirtmişlerdir. Karara muhalif kalan üyeler göre; “2709 sayılı Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının 129.maddesinde, Memurlar ve Diğer Kamu Görevlilerine ilişkin olarak, uyarma ve kınama cezalarıyla ilgili olanlar dışında, disiplin kararlarının yargı denetimi dışında bırakılmayacağı belirtilmiştir. Anayasanın Yükseköğretim Kurumları ile ilgili maddelerinde ise disiplin ve ceza işlerinin yasayla düzenleneceği öngörülmüş ve disiplin cezaları ile ilgili bir ayrıntıya girilmemiştir. Esasen Anayasaların Yasalar ya da Yönetmelikler gibi konuları ayrıntıları ile düzenlemesi de düşünülemez. Kamu hizmeti görevlilerine verilen uyarma ve kınama cezalarının yargı denetimi dışında bırakıldığı bir Anayasada, Yükseköğretim Kurumu öğrencilerine verilen aynı nitelikteki cezalar için yargı yolunun öncelikle kapalı tutulması, Anayasanın ruhuna ve amacına uygun olmaktadır.” Bu durumda, uyarma ve kınama cezalarının kesin olup, bunlara karşı idari yargı yoluna gidilemeyeceğine ilişkin Yönetmelik kuralında hukuka aykırılık bulunmadığından kararın buna ilişkin kısmına katılmamışlardır.

Danıştay yukarıda değindiğimiz konuyla ilgili olarak başka bir kararında da Olay gününde yürürlükte bulunan Yükseköğretim kurumları yönetici öğretim elemanı ve memurları disiplin yönetmeliğinin 47.maddesi uyarınca uyarma ve kınama cezalarına karşı idari yargıda dava açılacağı yönünde karar vermiştir. Karara göre<sup>919</sup>;

“Uyuşmazlık, Uludağ Üniversitesinde öğretim üyesi olan davacının kınama cezası ile cezalandırılmasına ilişkindir.

---

<sup>919</sup> Danıştay 8.D; 15.01.1992, E.991/1755-K.992/30.

Yükseköğretim Kurumları Yönetici, öğretim Elemanı ve Memurları Disiplin Yönetmeliğinin 10.12.1987 gün ve 19660 sayılı Resmi Gazetede yayımlanarak yürürlüğe giren yönetmelikte değiştirilen 47.maddesinde, disiplin amirleri tarafından verilen uyarma ve kınama cezalarına karşı itirazın, varsa bir üst disiplin amirine, yoksa disiplin kurallarına yapılabileceği, üst disiplin amiri veya disiplin kurullarının itiraz üzerine verdiği kararların kesin olduğu, bu yönetmelikte yer alan disiplin cezalarına karşı idari yargı yoluna başvurulabileceği kurala bağlanmıştır.

Dosyanın incelenmesinden, davacı hakkında açılan soruşturma sonucunda amirine karşı hal ve hareketleri ile saygısızca davranışta bulunduğu gerekçesiyle Disiplin Yönetmeliğinin 6/c maddesi uyarınca 3.1.1990 günlü işlemle kınama cezası verilmiştir.

Olay gününde yürürlükte bulunan yönetmeliğin değişik 47.maddesi kuralına göre, uyarma ve kınama cezaların karşı idari yargıda dava açılabilmesi açıktır.

Bu durumda, anılan yönetmeliğin değişmeden önceki, uyarma ve kınama cezalarına karşı idari yargıya başvurmayı engelleyen 47 ve 48.maddelerinin olaya uygulanması olanağı bulunmamasına karşın, eski yönetmelik kurallarına dayanarak davayı incelenmeksizin reddeden Mahkeme kararında hukuka uyarlık görülmemiştir.

Açıklanan nedenlerle, Bursa 2.İdare Mahkemesi kararının, davanın esasın incelenerek sonuçlandırılmak üzere bozulmasına” karar verilmiştir.

Karara muhalif kalan üyeler de yukarıda anılan davadaki yaklaşımlarını muhafaza ederek karara katılmadıklarını bildirmişlerdir.

Danıştay konu ile ilgili bir kararında TRT'de muhabir olarak görev yapan davacının uyarma cezasıyla cezalandırılmasına ilişkin işlemin, iptali istemiyle açılan davayı, uyarma ve kınama cezalarına karşı idari yargı yolu kapalı olduğu gerekçesiyle incelenmeksizin reddeden idare mahkemesi kararında hukuki isabet bulunmadığı yönünde karar vermiştir<sup>920</sup>.

Danıştay bir kararında; kamu görevlilerine verilen uyarma ve kınama cezalarının, anayasanın 129.maddesine göre, ancak yasayla yargı denetimi dışında

<sup>920</sup> Danıştay 8.D; 24.12.1998, E.997/1959-K.998/4563, Danıştay Dergisi sy.100.

bırakılabileceği; idarenin düzenleyici tasarruflarla yargı denetimine sınırlandırma getiremeyeceğini ayrıca iptali istenilen kınama cezası verilmesine ilişkin işlemin idarece kaldırıldığı anlaşıldığından, anılan işleme yönelik davada karar verilmesine yer olmadığına karar vermiştir<sup>921</sup>.

Karara muhalif kalan üyeler ise davanın öğretim üyesi olan davacının kınama cezası ile cezalandırılmasına ilişkin işlem ile uyarma ve kınama cezalarına karşı idari yargı yoluna başvurmayı engelleyen Yükseköğretim Kurumları Yönetici, Öğretim Elemanı ve Memurları Disiplin Yönetmeliği'nin 48.madesi 3.fıkrasının Anayasa'ya aykırı olduğu iddiası ile iptali istemiyle açıldığını belirtmişlerdir.

2547 sayılı Yükseköğretim Kanununun 53.maddesinin (b) fıkrasında, öğretim elemanları, memur ve diğer personelin disiplin işlemleri ile disiplin amirlerinin yetkilerinin devlet memurlarına uygulanan usul ve esaslara göre Yükseköğretim Kurulunca düzenleneceği belirtilmiş aynı Kanunun 65.maddesinin 9.bendinde de öğretim elemanı, memur ve diğer personel ile öğrencilerin disiplin işlemleri, disiplin amirlerinin yetkileri ve disiplin kurullarının teşkili ve çalışma ile ilgili hususların Yükseköğretim Kurulu tarafından çıkarılacak yönetmeliklerle düzenleneceği hükme bağlanmıştır.

Ayrıca Anayasa'nın 129.maddesinin 3.fıkrasında da "uyarma ve kınama cezalarıyla ilgili olanlar hariç, disiplin kararları yargı denetimi dışında bırakılamaz." kuralına yer verilmiş ve bu kural doğrultusunda 657 sayılı Devlet Memurları Kanununun 135.ve 136.maddelerinde de uyarma ve kınama cezaları aleyhine idari yargı yoluna başvurulamayacağı hükme bağlanmıştır.

Buna göre, yukarıda açıklanan 2547 sayılı Kanunun 53.maddesinin (b) fıkrasında, öğretim elemanları, memurları ve diğer personelin disiplin işlemleri ile disiplin amirlerinin yetkilerinin devlet memurlarına uygulanan usul ve esaslara göre Yükseköğretim Kurulunca düzenleneceği ve aynı kanunun 65.maddesinde bu düzenlemenin söz konusu Kurulca yönetmelik şeklinde yapılacağı belirlendikten sonra, bu hususların yönetmelikle düzenlenmesinde Anayasa'ya bir aykırılık olmadığı gibi, devlet memurlarına uygulanan usul ve esaslara göre, söz konusu

---

<sup>921</sup> Danıştay, 10.D; 21.01.1986, E. 985/169-K.986/31.

yönetmeliğin 48.maddesi 3.fıkrası ile uyarma ve kınama cezalarına karşı idari yargı yoluna başvurulamayacağı belirlenmesinde Anayasa'ya ve 2547 sayılı kanuna aykırı bir yön bulunmadığı kanaatindedirler.

Son olarak Açıklanan nedenlerle, davanın Yükseköğretim Kurumları Yönetici, Öğretim Elemanı ve Personeli Disiplin Yönetmeliği'nin 48.maddesinin 3.fıkrasının iptali istemine yönelik kısmının reddedilmesi gerekeceği oyu ile aksine verilen karara karşı olduklarını belirtmişlerdir.

Danıştay 10 ncu Dairesinin, 29.05.1986, E. 984/2529-K.986/1326 sayılı kararında, Savunma hakkı tanınmaksızın tesis edilen aleyhine yargı yoluna başvurulması olanaksız bulunan kınama cezasının 657 sayılı yasaya göre, , savunma alınmadan, verilmesi halinde de yargı denetimine tabi tutulamayacağına hükmetmiştir.

Özetle belirtmek gerekirse<sup>922</sup>; "Dava ve temyiz dosyasının incelenmesinden, yüksek tekniker olan davacının ortaya çıkarılan bir kaçakçılık olayında ihmali bulunduğu nedeniyle kınama cezası ile tecziyesine ilişkin davalı idare işleminin iptali istemiyle açılan dava sonunda, adı geçen savunması alınmadan disiplin cezası verilemeyeceği gerekçesiyle İdare Mahkemesince iptal kararı verildiği anlaşılmaktadır.

Bu kez davalı Orman Genel Müdürlüğü 657 sayılı Kanunun Bazı Maddelerinin değiştirilmesi bazı maddelerinin kaldırılması bu kanuna bazı maddeler eklenmesi hakkındaki 2670 sayılı Kanunun 40.maddesi gereğince, dava konusu işlem aleyhine idari yargı yoluna başvurulamayacağını ileri sürerek iptal kararının temyizen incelenerek bozulmasını istemektedir.

657 sayılı Devlet Memurları Kanununun 135.maddesinin 1.fıkrasında "Disiplin amirleri tarafından verilen uyarma ve kınama cezalarına karşı itiraz varsa bir üst disiplin amirine yoksa disiplin kurullarına yapılabilir" denilmekte, aynı yasanın, 136.maddesinde de, itiraz edilmeyen kararlar ile itiraz üzerine verilen kararların kesin olduğu ve bu kararlar aleyhine idari yargı yoluna başvurulamayacağı hükmü yer almaktadır.

---

<sup>922</sup> Danıştay, 10.D; 29.05.1986, E. 984/2529-K.986/1326.

Bu durumda davacının kınama cezasına karşı 657 sayılı Devlet Memurları Kanununun değişik 135 ve 136.maddelerine göre 7 gün içinde bir üst disiplin kuruluna itiraz etmesi gerekirken, böyle bir itirazda bulunmadığı, anılan yasanın 136.maddesinde itiraz edilmeyen disiplin cezaları ile itiraz üzerine verilen kararların kesin olduğu ve bu kararlar aleyhine idari yargı yoluna başvurulamayacağı hükme bağlandığından İdare Mahkemesince verilen iptal kararında hukuki isabet bulunmadığından bozulmasına, dosyanın İdare Mahkemesine gönderilmesine” karar verilmiştir.

Karara muhalif kalan üyeler temyiz dilekçesinde ileri sürülen hususlar İdare Mahkemesince verilen kararın bozulmasını gerektirecek nitelikte olmadığından temyiz isteminin reddi ve mahkeme kararının onanması gerektiği görüşü ile aksine verilen çoğunluk kararına katılmamışlardır.

Danıştay 10 ncu Dairesinin; 20.03.1991, E. 988/2495-K.991/1002 sayılı kararında, 657 sayılı yasanın 2670 sayılı yasa ile değişik 127.maddesinde yer alan bir aylık soruşturma zamanaşımı süresi geçirildiğinden, verilen cezada hukuka uyarlık bulunmadığına hükmetmiştir<sup>923</sup>.

Danıştay 8.Dairesinin, 23.10.1992, E.991/496-K.992/176 sayılı kararında da, iş ve işçi bulma kurumu personel yönetmeliğinin, resmi gazetede yayımlanmamış olmasının 3011 sayılı yasanın 1/d maddesine aykırılık taşıdığı, sözü edilen yönetmelikte yer alan "itiraz edilmeyen kararlar ile itiraz üzerine verilen kararlar kesin olup, bu kararlar aleyhine idari yargı yoluna başvurulamaz" yolundaki hüküm ile yargı denetimine kısıntı getirilmesinde hukuka uygunluk bulunmadığı, davacıya verilen uyarma cezasının 3817 sayılı memurlar ile diğer kamu görevlilerinin disiplin cezalarının affı hakkında kanun kapsamında kaldığına hükmetmiştir<sup>924</sup>.

Karara muhalif kalan üyeler ise Anayasanın kınama ve uyarma cezalarına idari yargı yolunu kapatan bu kuralı, bu işin ancak bir yasa ile yapılabileceği kuralını içermediğini, aksine bir yasa olmadıkça Anayasanın bu kuralının geçerli ve

<sup>923</sup> Danıştay, 10.D; 20.03.1991, E. 988/2495-K.991/1002. Danıştay Dergisi sy.82-83.

<sup>924</sup> Danıştay 8.D; 23.10.1992, E.991/496-K.992/176, Danıştay Dergisi sy.87.

yürürlükte sayılması gerektiğini belirtmişler ve yukarıda anılan diğer davalardaki yaklaşımlarını muhafaza ederek karara katılmadıklarını bildirmişlerdir.

Danıştayın uyarma kınama cezaları konusunda olumlu olarak vermiş olduğu en güncel karar ise 04.07.2007 tarihli karardır. Karara göre<sup>925</sup>; Uyuşmazlık, Çay İşletmeleri Genel Müdürlüğü Teftiş Kurulunda Başmüfettiş olarak görev yapan davacının 657 sayılı Yasa uyarınca kınama cezası ile cezalandırılmasına ilişkin işlemle ilgilidir.

Bu kararda en dikkat çeken nokta ise Danıştay hâkiminin ve savcısının Kamu İktisadi Kuruluşu personeline verilen uyarma kınama cezalarının 233 ve 339 sayılı Kanun Hükmünde Kararnamelerde göz önünde bulundurularak uyarma ve kınama cezalarına karşı idari yargı yolunu kapatan bir hüküm bulunmadığının açık olduğu ve buna göre uyarma ve kınama cezalarına karşı dava yoluna başvurulamayacağından bahisle davanın incelenmeksizin reddi yolunda verilen idare mahkemesi kararının bozulması gerektiği yönünde görüş bildirmesidir.

Danıştay hâkimi ve savcısının bu düşüncesinden sonuçla; “İdare Mahkemesince uyarma ve kınama cezalarına karşı idari yargı yoluna başvurulamayacağı sonucuna ulaşılmış ise de 233 sayılı KHK’de kuruluşu olarak belirlenen Çay İşletmeleri Genel Müdürlüğü personeli olan davacı hakkında uygulanması gereken 233 sayılı KHK’de ve daha sonra yürürlüğe giren Kamu İktisadi Teşebbüsleri Personel Rejimini düzenleyen 399 sayılı KHK’de uyarma ve kınama cezalarına karşı idari yargı yolunun kapalı olduğuna ilişkin bir hüküm bulunmadığından idare Mahkemesince dava konusu disiplin cezasına incelenmesi ve davanın esası hakkında karar verilmesi gerekirken, davanın incelenmeksizin reddine karar verilmesinde hukuki isabet görülmemiştir.”

Açıklanan bu nedenlerle mahkeme, davacının temyiz isteminin kabulüyle, Trabzon idare Mahkemesinin 11.01.2007 günlü, E:2006/2604, K:2007/60 sayılı kararının 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 49.maddesinin 1/b fıkrası uyarınca bozulmasına, aynı maddenin 3622 sayılı yasa ile değişik 3.fıkrası

<sup>925</sup> Danıştay 12.D; 04.07.2007, E.2007/500-K.2007/3405, Erişim tarihi: 08.12.2007, <http://www.memurlar.net/haber/95488/>

gereğince ve yukarıda belirtilen hususlar gözetilerek yeniden bir karar verilmek üzere adı geçen mahkemeye gönderilmesine karar verilmiştir.

## 1. Uyarma Kınama Cezaları Açısından Ankara Bölge İdare Mahkemesi Kararının Değerlendirilmesi

Ankara Bölge idare Mahkemesinin uyarma kınama cezalarına ilişkin vermiş olduğu kararla Anayasayı zımnen iptal etmiştir. Ancak verilen bu karar kamuoyunda pek yankı uyandırmamıştır. Karahanoğulları ve Altıparmak kararın kurgusunu şu şekilde sıralamaktadırlar<sup>926</sup>;

“Anayasa’nın 129. maddesinin III. fıkrasıyla uyarma ve kınama cezaları yargı denetimi dışında bırakılmıştır. “ ... Sözleşmeye aykırı olarak yargı yolunu kapatan Anayasa hükmü ... (karar).”

Anayasa Mahkemesi, AİHS’nin 6. maddesini doğrudan doğruya Türk Hukuk düzeni içinde uygulamıştır.

AİHS’nin hükmü Türk hâkimince üst hukuk normu olarak kabul edilmeli ve uyumsuzluk bu norma göre çözümlenmelidir.

a) Anayasa’nın “usulüne göre yürürlüğe konulmuş andlaşmalar kanun hükmündedir. Bunlar hakkında Anayasaya aykırılık iddiası ile Anayasa Mahkemesi’ne başvurulamaz” hükmü nedeniyle, “AİHS hükümlerinin, Türk Hukukunda, kayıtsız şartsız, bağlayıcı üstün norm olarak kabulü gerekir.”

b) Türkiye’nin AİHS’ye kişisel başvuru yolunu tanımış ve Avrupa İnsan Hakları Divanı’nın (Divan) yargı yetkisini kabul etmiş olması, AİHS hükümlerinin Türk yargıçlarınca dava aşamasında uyumsuzluğun çözümünde bir hukuk normu olarak kullanılmasını gerektirir. Uyarma ve kınama cezalarını yargı denetimi dışında bırakan Anayasa’nın 129. maddesinin III. fıkrası, adil yargılama hakkını düzenleyen AİHS’nin 6. maddesine aykırıdır. Sözleşmeye aykırı olarak yargı yolunu kapatan Anayasa hükmü, sözleşme hükümleri karşısında, Türk hukukunda “zımnen iptal” edilmiştir.”

Doktrinde de, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi hükümlerinin, üstün hukuk normu olduğu kabul edilmektedir. Gözübüyük’e göre de<sup>927</sup>; “Avrupa Sözleşmesi

<sup>926</sup> Altıparmak- Karahanoğulları (1997-1998): s. 215-233.

<sup>927</sup> Gözübüyük, A.Şeref, **Ankara Üniversitesi İnsan Hakları Merkezi**, 10 Nolu yayınından aktaran, Altıparmak- Karahanoğulları (1997-1998): s. 215-233

Anayasa'ya aykırı bir hüküm taşısa dahi uygulanmaktan alıkonulamaz, mahkemeler önünde, Anayasa'ya aykırılığı ileri sürülemez. Anayasaya uygunluğu aranmadan uygulanması gereken sözleşmenin kendisinden önce, ya da sonra çıkmış olan yasalara aykırılığı, ya da sonradan çıkan yasanın, sözleşme kurallarını değiştirildiği ileri sürülerek uygulanması savsaklanamaz. Özetle, sözleşme ile Anayasa'nın, ya da herhangi bir yasanın çatışması durumunda sözleşme uygulanır. Anayasa, andlaşmaların Anayasa'ya aykırılığının ileri sürülemeyeceğini belirtmek suretiyle iç hukuk yönünden andlaşmaların üstünlüğü ilkesini benimsemiştir”.

“Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi, gerek, Anayasamızdaki ilkelerin varlığı, gerekse özel bir nitelikte Milletlerarası bir andlaşma olması, nedenleri ile yasama yürütme ve yargı organlarını, idare makamlarını ve diğer kuruluş ve kişileri bağlar. Sözleşmeye aykırı Türk Kanunları ve uygulamaları olamaz, sözleşme, bir Türk Kanunu gibi, hukuk düzenimizde doğrudan, doğruya uygulanır”<sup>928</sup>.

Anayasa Mahkemesi de, Anayasa'ya aykırılık savlarını incelerken karar gerekçelerinde, sözleşmeye birçok kez yer vermiştir. 1.7.1963 tarih, E:1963/207, K:1967/115 sayılı ve 27.1.1977 tarih, E:1976/43, K:1977/4 sayılı kararlarında hüküm verirken İnsan Hakları Sözleşmesinin 2 inci ve 6ncı maddelerini göz önüne almıştır.

Karahanoğulları ve Altıparmak, Anayasa Mahkemesinin yukarıda belirtilen 27.1.1977 tarihli kararında, Avrupa İnsan hakları Sözleşmesinin 6 ıncı maddesini, doğrudan doğruya Türk Hukuk Düzeni içinde uygulandığını belirtmiş ve bu kararında, Sözleşmenin değiştirilemez bir Anayasa ilkesi olduğunu da vurgulamışlardır. Bu nedenle, Sözleşmeye aykırı olarak yargı yolunu kapatan bir Anayasa hükmünün, Sözleşme hükümleri karşısında, Türk Hukukunda zımnen iptal edildiği ve Türk Yargıcınca Sözleşme hükümlerinin uygulanarak kınama cezalarına karşı açılan davaların incelenmesi gerektiği, Anayasa Mahkemesi'nin karar gerekçelerinde yer alan yorumundan da çıkmaktadır<sup>929</sup>.

Ancak eklemek gerekir ki, iç hukukumuzda AİHS'nin etkisi ve yerine dair yüksek Mahkeme içtihatları aynı yorumu istikrarlı biçimde ortaya koymuş değerlerdir.

<sup>928</sup> Bilge A. Suat, **İnsan Hakları El Kitabı**, Adalet Bakanlığı Eğitim Dairesi Başkanlığı Yayınları.'dan aktaran Altıparmak- Karahanoğulları (1997-1998): s. 215-233.

<sup>929</sup> Altıparmak- Karahanoğulları (1997-1998): s. 215-233

İptal, “bir işlemin hukuka uygun olup olmadığını denetleyen yargı organının işlemin geçerliliğini etkileyen bir sakatlık saptaması halinde, işlemin geri yürür biçimde ortadan kalkmasını sağlayan ve kesin hüküm olabilen bir yargı işlemidir.”<sup>930</sup>

İptal, “zımnen” gerçekleşmez; iradi bir yargılama süreci sonunda ortaya çıkan açık bir karardır. Bölge İdare Mahkemesi kararında “zımnen iptal” sözcükleriyle kastedilen “zımnen ilga”dır.

Zımni ilga, yasaların yürürlüğüne ilişkin bir kavramdır. Önceki ve sonraki kanun hükümleri arasında bir çatışmanın olduğu ve kanun koyucunun sonraki kanun metninde, ilga ile ilgili bir kural koymadığı durumlarda söz konusudur. Zımni ilga, ilke olarak, eşit düzey normlar arasındaki çelişki-çatışma durumunda, normlardan birinin diğer normla zımnen yürürlükten kaldırılığını kabul ederek çatışmanın çözülmesini ifade eder. Ayrıca zımnen ilganın var olduğunu kabul edebilmek için ilga eden kuralın sonradan çıkarılmış olması gerekir, oysa 1954’te Resmi Gazete’de yayımlanmış olan AİHS 1982 tarihli Anayasa’dan 28 yıl önce yürürlüğe girmiştir. Sonradan yürürlüğe girmekle bireysel başvuruyu tanımak kastediliyorsa bu durumda da bir Bakanlar Kurulu kararı<sup>931</sup> Anayasa’nın üstünde bir değere sahip olacaktır.

Bölge İdare Mahkemesi, AİHS’ye anayasa üstü değer tanımıştır. Üst norm (AİHS m.6) ile alt norm (Anayasa m.129/III) arasında çelişki değil aykırılık ilişkisi söz konusu olur. Aykırılığın nihai olarak giderilmesi, iptal kararıyla mümkündür. Türk hukuk sisteminde Anayasa Mahkemesi’ne Anayasanın üst hukuk normlarına uygun olup olmadığını denetleme yetkisi tanınmamıştır. Bölge İdare Mahkemesi’nin böyle bir yetkisi ise hiç yoktur<sup>932</sup>.

Doğru sorunlarla yola çıkıldığında, hukuk sisteminin bütünlüğünü bozmadan, tutarlı çözümlere varmak en azından bu tip çözümler aramak daha kolay olacaktır. Yukarıda belirtildiği gibi, uyarma ve kınama cezaları, AİHS m. 6 kapsamında değerlendirilemez. Ancak, tartışmanın geliştirilebilmesi için bu bölümde tersi varsayılacaktır.

İnsan haklarına ilişkin andlaşmaların iç hukuktaki norm değeri diğer andlaşmalardan bağımsız olarak ele alınmalıdır<sup>933</sup>. Anayasa Mahkemesi, tüm andlaşmalar için olmasa da insan haklarına ilişkin andlaşmaları (genel olarak

<sup>930</sup> Uler, Yıldırım, **İptal Kararlarının Sonuçları**, AÜHFY, Ankara, 1970, s.4

<sup>931</sup> 22 Ocak 1987 tarih ve 87/11439 sayılı Bakanlar Kurulu kararı. Bkz. 21 Nisan 1987 tarih ve 19438 sayılı Resmi Gazete’de Dışişleri Bakanlığı Tebliği.

<sup>932</sup> Altıparmak- Karahanoğulları (1997-1998): s. 215-233

<sup>933</sup> Akıllıoğlu (1995): s.69

uluslararası belgeler) kimi kararlarında, yasaların anayasaya aykırılığının denetlenmesinde, anayasa kurallarını somutlaştırmak için destek ölçü norm olarak kullanmaktadır. Anayasadaki insan haklarına ilişkin düzenlemeleri somutlaştırmak (genişletmek) için, uluslararası andlaşmalara başvurulması, aslında iç hukuktaki yasalara başvurmak anlamına gelmektedir. Bu durumda insan haklarına ilişkin “andlaşma-yasalar”, Anayasadaki kuralların (bünyelerine) anlamlarına dahil olarak diğer yasaların üstünde bir konum kazanmaktadır. Bu yorum insan hakları konularının jus cogens olma niteliğiyle (en azından eğilimiyle) de uyumludur<sup>934</sup>.

Mahkemeye başvuru hakkını da içerdiğini kabul ettiğimiz AİHS madde 6'nın bu yorumla, Anayasa'nın hak arama hürriyeti başlıklı 36. maddesinin bünyesine dahil olduğunu kabul etmek mümkündür. AİHS 6. madde hükmü ve bu hükme ilişkin Divan kararları, “herkes, meşru vasıta ve yollardan faydalanmak suretiyle yargı mercileri önünde davacı veya davalı olarak iddia ve savunma hakkına sahiptir” hükmünü genişletmekte ve somutlaştırmakta kullanılabilir.

Ancak, bu yapıya bizzat Anayasa'da bazı sınırlamalar getirilmiştir. Kimi konularda, mahkeme önünde hak arama yolunun kapalı olduğu kimi konularda da hak arama yolunun kapatılabileceği düzenlenmiştir. Anayasa'da hiç düzenlenmemiş bir hakkın Sözleşme yoluyla Anayasa'ya dahil edilmesi başka, Anayasa'nın açıkça sınırladığı bir hakkı tanımak başka nitelikte iki hukuki problemdir. Karahanoğulları ve Altıparmak'a göre<sup>935</sup>, 1982 Anayasası'na göre ikinci durumda uluslararası andlaşmanın Anayasa'daki açık sınırlandırmayı ortadan kaldırması mümkün değildir. Anayasa bünyesine dâhil olan AİHS hükümleriyle, bu sınırlamaların aşılması zordur. Hak arama yollarının anayasada açıkça kapatıldığı durumlarda bu engelin aşılabilmesi anayasa değişikliği gerektirir. AİHS koruma mekanizmalarında, ülkenin, bu anayasa hükümleri nedeniyle mahkûm olması farklı bir sonuç yaratmaz. Anayasa değişikliğine gitmeden, AİHS'yi esas alarak, sorunun çözümü için, şimdilik hukukumuzda geçerli olmayan iki varsayımın varlığı gereklidir: AİHS'nin açıkça Anayasa'nın üstünde kabul edilmesi ve Anayasa Mahkemesi'nin Anayasa hükümlerini AİHS karşısında denetleme yetkisinin bulunmasıdır.

Anayasa'nın yasayla, hak arama yolunun kapatılmasına izin verdiği ve yasanın da hak arama yolunu kapattığı durumlara gelince. Bu durumda da yasal

---

<sup>934</sup> Akıllıoğlu'na göre, insan hakları andlaşmaları iç hukukta yasa değerinde olsa da, “üstün kuralların buldukları kaynak değeri ne olursa olsun, üstünlüklerini yitirmedikleri genel hukuk gerçeğidir”, Akıllıoğlu (1995): s.31.

<sup>935</sup> Altıparmak- Karahanoğulları (1997-1998): s. 215-233.

engelin aşılmasında yetki yine yasama organındadır. Yasama, anayasaya uygun fakat AİHS sistemiyle çelişen yasa hükmünü yürürlükten kaldırmalıdır<sup>936</sup>.

Yasanın, anayasa atlanarak AİHS'ye göre değerlendirilmesi ve iptal edilmesi çözümü de mümkün değildir; zira AİHS anayasanın üstünde yer almaz. AİHS'nin Anayasa'nın üstünde olduğu kabul edilse bile, merkezi anayasa yargısı dışında diğer mahkemelerin bu yola başvurma imkânı yoktur. Yasanın ve anayasanın atlanarak doğrudan AİHS'nin uygulanması olasılığı da tartışılabilir. AİHS anayasa üstünde yer almaz; AİHS m.6, Anayasa m.36'nın bünyesine dahil olmuştur. Bu durumda, kısıtlama getiren yasa yerine Anayasa m.36'nın doğrudan uygulanması düşünülebilir. Ancak, sınırlama getirilmesine olanak tanıyan 129/II atlanarak AİHS m.6 ile tanımlanan 36.maddenin uygulanması mümkün değildir. Çünkü Anayasa hükümleri arasında hiyerarşik bir ilişki yoktur<sup>937</sup>.

“Bütün bunların ötesinde yasa ekranının kaldırılması yönteminin Türk hukukunda uygulanma olanağının bulunup bulunmadığı, sonradan denetim yapan merkezi bir anayasa yargısının ve somut norm denetimi bulunan bir hukuk sisteminde, Amerikan denetim sistemini çağrıştıran, yasa ekranının kaldırılması teorisinin dayanaklarının var olup olmadığı tartışılmalıdır. Bazı yazarlarca “yasa perdesinin (ekranının) kaldırılması” kuramının Fransa'dan mülhem olarak Türkiye'de uygulanabileceği ileri sürülmektedir. Fransa'nın, a priori anayasa denetimini kabul ettiği ve andlaşmaların kanunlardan üstün olduğunun Anayasa'da açıkça kurala bağlandığı (Fransız Anayasası m. 55) göz önünde tutulduğunda, bizce Türk hukukunda yasa (anayasa) ekranının kaldırılması hipotezinin uygulanması mümkün gözükmemektedir. Anayasaya veya anayasa yollaması ile sözleşmeye aykırılığı ileri sürülen bir kanunun yürürlükten kaldırılmasının tek yolu iptaldir.”<sup>938</sup>.

İdarenin her türlü işlemine karşı yargı yolunun açık olması ilkesi şüphesiz hukuk devletinin vazgeçilmez unsurudur. Bölge İdare Mahkemesi, Türk hukukunda yer alan bir yargı denetimi kısıtlamasını aşmaya çalışmıştır. Ancak bunu aşmak için kullandığı yöntemin hukuksal sistemle uyumlu olduğunu söylemek zordur. Karahanoğulları ve Altıparmak'a göre<sup>939</sup>, yargı denetimi kısıtlanmasının aşılmasında Bölge İdare Mahkemesi'ne düşen görev, Anayasa'yla çelişen yasayı Anayasa Mahkemesi'ne göndermek olmalıydı.

<sup>936</sup> Altıparmak- Karahanoğulları (1997-1998): s. 215-233.

<sup>937</sup> Altıparmak- Karahanoğulları (1997-1998): s. 215-233.

<sup>938</sup> Altıparmak- Karahanoğulları (1997-1998): s. 215-233.

<sup>939</sup> Altıparmak- Karahanoğulları (1997-1998): s. 215-233.

Uyarma ve kınama cezalarına karşı yargı yolunu kapatan Devlet Memurları Kanunu hükümleri Anayasaya aykırıdır. Buna göre maddenin “zımnen iptali” değil, Anayasa Mahkemesi tarafından iptali gerekir. Şöyle ki<sup>940</sup>;

“DMK Anayasa’nın 129/III hükmüne dayanarak hak arama yolunu kapatmıştır. İlk bakışta DMK ile Anayasanın bu hükmü arasında bir çelişki bulunmamaktadır. Oysa, 129/III bir sınırlandırma değil bir güvence hükmüdür. Buna göre, sadece uyarma ve kınama cezaları yargı denetimi dışında bırakılabilir. Yani maddenin amacı uyarma ve kınama cezalarına karşı yargı yolunu kapamak değil, diğer tüm disiplin cezaları açısından yargı güvencesi sağlamaktır.

Uyarma ve kınama cezaları açısından da kural yargı yolunun açık olması istisna ise sınırlamadır. Anayasanın 129/III hükmünün getirdiği sınırlama, örneğin, Yüksek Askeri Şura kararlarına yargı yolunu kapatan 125/II’de olduğu gibi mutlak bir sınırlandırma değildir. 129/III hükmünün yasama organına tanıdığı sınırlama yetkisi, belli ilkelere uygun olarak kullanılabilir.

1982 Anayasası’na göre gerek genel sınırlandırma nedeni (md. 13), gerekse özel sınırlandırma nedenleri belirli şartların gerçekleşmesi halinde uygulanabilir. Bunun yanında 1982 Anayasası’nın insan hakları sistematiğini tamamlayan AİHS, ölçülülük ilkesini getirmiştir.

DMK’nın getirdiği türden genel bir sınırlandırmayı doğru kılacak ne hukuki ne de fiili bir durum söz konusudur, yani sınırlandırma nedenleri oluşmamıştır. Öte yandan amaç ne olursa olsun DMK kapsamındaki tüm uyarma ve kınama cezalarına sürekli (ve koşulsuz) olarak yargı yolunu kapamanın ölçülülük ilkesi ile bağdaştığını savunmak da mümkün değildir. Nihayet bir kısım kamu görevlisine (KİT personeli, üniversite personeli) yargı yolunu açık tutarken diğerlerine kapamanın eşitlik ilkesini ihlal etmemesi için bu farklılığın ikinci grubun özel durumundan kaynaklanması gerekir ki, olayımızda böyle bir durum da söz konusu değildir.”

Karahanoğulları ve Altıparmak’a göre<sup>941</sup> kararda tartışılması gereken Anayasanın AİHS’ye uygunluğu değil, DMK’nın “Sözleşmeye uygun yorumlanan” Anayasanın 2, 10, 13, 125 ve 129. maddelerine uygun olup olmadığı sorunu olması gerekirdi.

<sup>940</sup> Altıparmak- Karahanoğulları (1997-1998): s. 215-233.

<sup>941</sup> Altıparmak- Karahanoğulları (1997-1998): s. 215-233.

## 2. Uyarma Kınama Cezaları Açısından Ankara 5 nci İdare Mahkemesi Kararının Değerlendirilmesi

Ankara 5. İdare Mahkemesi tarafından kamu yönetimi açısında çok önemli bir karar verilmiştir. Bilindiği üzere Anayasanın 129/3. maddesi gereğince “uyarma ve kınama cezalarına” karşı yargı yoluna gidilememektedir. Ancak, 2003 yılında yapılan değişikliğe göre “usulüne göre yürürlüğe konulmuş temel hak ve özgürlüklere ilişkin milletlerarası antlaşmalar” kanunlarla çeliştiğinde, milletlerarası antlaşmalar esas alınacaktır. Ankara 5. İdare Mahkemesinin bu çerçevede uyarma ve kınama cezalarının iptali istemiyle dava açılacağına ilişkin olarak vermiş olduğu karar bu açıdan çok önemlidir.

Ankara 5 nci İdare Mahkemesinin 29.06.2007 tarihli kararına göre<sup>942</sup>; Milli Eğitim Bakanlığı Talim ve Terbiye Kurulu Eğitim Araştırmaları Merkezi ve Akşam Sanat Okulu Matematik öğretmeni olarak görev yapmakta olan ve 657 sayılı Devlet Memurları Kanununun 125/B-a maddesi uyarınca “kınama” cezası ile cezalandırılan davacı, usul ve zamanaşımı hükümlerine aykırı olarak verilen kınama cezalarına karşı yargı yolunun kapalı olmadığını, cezanın gerekçesini oluşturan suçlama ile buna ilişkin bildirimlerin savunma hakkını ortadan kaldıracı ölçüde genel, soyut, belirsiz ve dayanaksız olduğunu, soruşturulmaya başlanıldığının kendisine açık ve yazılı olarak bildirilmesi zorunluluğuna uyulmaması suretiyle savunma hakkının engellendiğini, soruşturmayı açan ve cezayı veren makamın aynı olması nedeniyle yok hükmünde olduğu ileri sürülerek “kınama” cezasına ilişkin işlemin iptaline karar verilmesini istemektedir.

Mahkeme uyuşmazlığın esasına girmeden önce Anayasa ve 657 sayılı Devlet Memurları Kanununun yukarıda yer alan hükümlerini adil yargılanma hakkı, hak arama özgürlüğü ve Anayasanın 90. maddesinde yapılan değişiklikle birlikte ele alınıp değerlendirilmesi gerektiğini belirtmiştir.

Mahkemeye göre, tarafsızlığı ve bağımsızlığından kuşku duyulmayacak şekilde oluşturulmuş bir mahkemeye başvuru olanağının tanınmadığı bir idari rejimin adil yargılanmaya uygun olmadığı ilkesinin kabul edildiği görülmektedir.

<sup>942</sup> Ankara 5 nci İdare Mahkemesinin 29. 06. 2004 tarih ve E. 20031796, K. 2004-1212 sayılı kararı. Erişim Tarihi: 26.11.2007; <http://www.memurlar.net/haber/12000/>

“Disiplin cezalarına karşı yargı yolunun kapalı olmasının adil yargılanma hakkına aykırılığı ile ilgili yapılan bu açıklamalardan sonra “hak arama özgürlüğü” ve Anayasa’nın 90. maddesinde yapılan değişiklikle uyumlu olup olmadığı ortaya konulmalıdır. Anayasa’nın 90. maddesinin, “usulüne göre yürürlüğe konulmuş milletlerarası antlaşmalar kanun hükmündedir. Bunlar hakkında Anayasa’ya aykırılık iddiası ile Anayasa Mahkemesine başvurulamaz” biçimindeki son fıkrasına “usulüne göre yürürlüğe konulmuş temel hak ve özgürlüklere ilişkin milletlerarası antlaşmalarla kanunların aynı konuda farklı hükümler içermesi nedeniyle çıkabilecek uyuşmazlıklarda milletlerarası antlaşma hükümleri esas alınır.” cümlesinin eklenmesi nedeniyle “hak arama özgürlüğü” açısından bu konunun değerlendirilmesi gerekmektedir. Uluslararası Sözleşmelerin Türk hukukundaki yerini doğrudan doğruya düzenleyen hüküm Anayasa’nın 90. maddesinin yukarıda yer verilen son fıkrasıdır. Bu hükümle birlikte, Anayasanın 15, 16, 42 ve 92. maddelerinde de uluslararası hukuka, dolayısıyla uluslararası sözleşmelere göndermede bulunulmuştur. Bu nedenle, öncelikle uluslararası sözleşmelerin Türk hukukundaki yeri belirlenmelidir.”

Uluslararası sözleşmeler konusunda, özel hükümler getiren maddeler ile birlikte, genel olarak sözleşmelerin Türk hukukundaki hiyerarşik yerini 90. madde düzenlemiştir. Fıkranın birinci cümlesine göre, usulüne göre yürürlüğe konulmuş uluslararası sözleşmeler kanun hükmündedir. Uluslararası sözleşmenin kanun hükmünde olması nedeniyle Türk Hukuk düzeninde doğrudan hüküm doğurucudur. Fıkranın ikinci cümlesine göre, antlaşmalar hakkında Anayasa Mahkemesine başvurulamayacaktır. Buna göre, uluslararası sözleşmelerin Anayasaya aykırı olduğunun ileri sürülememesi uluslararası hukukun üstünlüğünün teyidi olduğu, uluslararası sözleşmeler ile Anayasa arasında bir uyuşmazlık olması durumunda uluslararası sözleşmelerin üstünlüğü doktrinde de kabul görmüştür.

Kaldı ki; Anayasanın 129/3. maddesinde yer alan “uyarma ve kınama cezalarıyla ilgili olanlar hariç, disiplin kararlarının yargı denetimi dışında bırakılamayacağına” ilişkin düzenlemeden de, uyarma ve kınama cezalarına karşı mahkemeye başvurma hakkını tanıyan iç hukuk kurallarının da Anayasa’ya aykırı olmadığının da yasa koyucu tarafından amaçlandığının anlaşılması gerekir.

Yasa koyucu temel hak ve özgürlüklere ilişkin milletlerarası antlaşmalarla kanunların aynı konuda farklı hükümler içermesi nedeniyle çıkabilecek uyuşmazlıklar demek suretiyle yargı yetkisini Türk milleti adına kullanan “adli, idari ve askeri yargı” yerleri ile birlikte yasama ve yürütme organının da yeni kural çerçevesinde hareket etmeleri gerektiğini belirtmiştir. Yargı yetkisini kullanan mahkemelerin yetkilerinin kullanımı ile ilgili düzenlemeler Anayasa’nın 9. ve 138. maddelerinde yer almaktadır. Anayasanın 9. maddesinde, yargı yetkisinin Türk Milleti adına bağımsız mahkemelerce kullanılacağı, 138. maddesinde de, yargıçların görevlerinde bağımsız olduklarını, Anayasa, yasa ve hukuka uygun olarak vicdani kanaatlerine göre hüküm vereceklerini, hiçbir organ, makam, merci ve kişinin, yargı yetkisinin kullanılmasında mahkemelere ve yargıçlara emir ve talimat veremeyeceklerini ve genelge gönderemeyeceklerini, tavsiye ve telkinde bulunulamayacağını kesin bir dille kurala bağlamaktadır<sup>943</sup>.

Türkiye tarafından 15 Ağustos 2000 tarihinde imzalanan ve 4 Haziran 2003 tarihinde TBMM’de onaylanan Birleşmiş Milletler Siyasi ve Medeni Haklar Sözleşmesi 4868 sayılı Medeni ve Siyasi Haklara İlişkin Uluslararası Sözleşmesinin III. Bölümünde yer alan “Adil yargılanma hakkı” başlıklı 14. maddesinde ise; herkesin mahkemeler ve yargı yerleri önünde eşit oldukları, herkesin hakkındaki bir suç isnadının veya hak ve yükümlülükleri ile ilgili bir hukuki uyuşmazlığın karara bağlanmasında, hukuken kurulmuş yetkili, bağımsız ve tarafsız bir yargı yeri tarafından adil ve aleni olarak yargılanma hakkına sahip oldukları belirtilmiştir.

Buna göre, hak arama özgürlüğüne yönelik temel hükümler içeren ve uluslararası ölçekli insan hakları hukukunun kaynağı olan ve Türkiye tarafından da imzalanarak yürürlüğe giren Birleşmiş Milletler Siyasi ve Medeni Haklar Uluslararası Sözleşmesinin “adil yargılanma hakkı” başlıklı 14. maddesinin mahkemeye başvurma hakkının hiçbir şekilde kısıtlanmamasını öngören hükümleri ile “uyarma” ve “kınama” cezalarına karşı yargı yolunu kapayan iç hukuk düzenlemelerinin aynı konu hakkında farklı hükümler içermesi nedeniyle, Anayasa’nın 90. maddesinde yargı organlarını da bağlayıcı şekilde yapılan değişiklik sonrasında oluşan son hukuki durum karşısında, BM Siyasi ve Medeni Haklar Uluslar arası Sözleşmesinin

---

<sup>943</sup> Anayasanın 138. maddesinde yer alan “hukuka” uygun karar vermenin iç hukuk yanında uluslararası hukuk da dâhil olarak anlamak gerekir. Ulusal üstü hukuk herhangi bir şekilde ulusal hukuka dâhil olmuşsa yargı yetkisini kullanan hâkimlerin bunu göz önünde bulundurması zorunludur.

14/1. maddesinin bu uyuşmazlıkta esas alınması gereken hukuk kuralı olduğu ve sonuç olarak verilen cezada hukuka uyarlılık bulunmadığına ayrıca açıklanan nedenlerle de dava konusu işlemin iptaline karar verilmiştir.

### C. Yüksek Askeri Şura Kararlarının Denetimi

Askeri Yüksek İdare Mahkemesinin aşağıda belirtilen kararı ise enteresan nitelikli bir karar olup geniş şekilde incelememizde fayda vardır. Burada Askeri Yüksek İdare mahkemesi yerinde tespitler yapmıştır.

Askeri Yüksek İdare Mahkemesinin 1nci Dairesinin, 22.01.1998, E.1997/147, K.1998/200 sayılı kararına göre<sup>944</sup>; duçar olduğu ruhi rahatsızlık nedeniyle yetkili Askeri Hastane Sağlık Kurulunca verilen Silahlı Kuvvetlerde görev yapamayacağı yolundaki raporun kesinleşmesi üzerine, hakkında sağlık nedeniyle (adi malülen) emeklilik işlemleri yürütölmekteyken, artık asker kişi statüsü hukuken sona eren davacı astsubayın, disiplinsizlik nedenine dayalı olarak YAŞ kararı ile ayırma işlemine tabi tutulması yok hükmündedir.

Askeri Yüksek İdare Mahkemesi anılan kararda öncelikle hukuk devletinde, yönetimin tüm eylem ve işlemlerinin hukuka uygunluğu zorunlu olduğunu bu nedenle hukuk devletinin vazgeçilmez koşullarından birisi, idarenin yargısal denetimi olduğunun altını çizmiştir.

İkinci olarak Mahkeme idari işlemin maddi ve fiili açıdan denetim gereğini ortaya koymuştur. İşte medeni haklarını kullanma ehliyeti ve ağır cürüm faili bile olsa cezai sorumluluğu bulunmayan, hastaneden ancak ailesi refakatinde taburcu edilebilen akıl hastası (şizofren) bir astsubayın eylem ve söylemlerine dayalı olarak disiplinsizlik ve ahlaki durum nedeniyle ayırma sicili düzenlenmesindeki hukuki hata davacının sağlık durumu öne çıkarılmadığından Yüksek Askerî Şûra kararına da taşmıştır.

---

<sup>944</sup> Askeri Yüksek İdare Mahkemesi, AYİM.1.D., 22.01.1998, E.1997/147, K.1998/200, **Askeri Yüksek idare Mahkemesi Dergisi**, Dergi No:10. Erişim tarihi: 29.07.2007. [http://www.msb.gov.tr/ayim/Ayim\\_karar\\_detay.asp?IDNO=1099&ctg=000002000031000002](http://www.msb.gov.tr/ayim/Ayim_karar_detay.asp?IDNO=1099&ctg=000002000031000002)

Mahkemeye göre, davacının akıl sağlığı yerinde olmadığı için Anayasanın 138 nci maddesi<sup>945</sup> gereğince sağlık nedeniyle emekli edilmesi Anayasal bir zorunluluktur. Buna rağmen davacı hakkında Yüksek Askerî Şûra'ca ayırma işlemi tesis edilmesi önceden disiplinsizlik ve ahlaki nedenle ayırma sicilinin düzenlenmiş olmasından kaynaklanmaktadır.

Mahkeme ayrıca, "...hiçbir insanın (ve kuruluşun) mutlak anlamda hatadan soyutlanamayacağı ve hataların inikâs edebileceği gerçeği Yüksek Askerî Şûra kararları için de söz konusudur ve kamu hayatının olguları da yargı denetimini zorunlu kılmaktadır" şeklinde görüş belirtmiştir.

Mahkeme daha sonra anılan davada dava konusu olan olayın Türk pozitif hukuk normları karşısında denetim olanağını ortaya koymuş ve anayasanın 125 nci maddesinin ikinci fıkrasında öngörülen denetim yasağının sınırı ve yüksek askeri şûra kararlarından hangilerini kapsadığı sorununu tartışmaya açmıştır.

Buna göre Yüksek Askerî Şûra işlemlerinin hukuka uygunluk denetimi, bu yolun açılması, yasama organınca Anayasa'nın 125 nci maddesinin ikinci fıkrası ile geçici 15 nci maddesinin bu doğrultuda kaldırılması veya değiştirilmesi ile olanaklı hale geleceğini belirtmiştir.

Bu nedendir ki Yüksek Askerî Şûra kararlarının iptali istemiyle açılan tüm davalar mahkemece inceleme kabiliyeti bulunmadığı gerekçesiyle reddedilmektedir.

Ancak mahkemenin de belirttiği gibi Davaya konu olan Yüksek Askerî Şûra kararlarının yargı denetimi dışında olması için 1612 Sayılı Kanunun 2 nci maddesinde öngörülen organik oluşumu ile teşekkül etmiş kurul kararı ve ayrıca bu kanunun 3 ncü maddesinin (e) bendi uyarınca Yüksek Askerî Şûra'nın görevli ve yetkili kılındığı bir alanda verilmiş bir karar, tesis edilmiş bir işlem söz konusu olmalıdır. Bu iki koşulun birlikte bulunmadığı ahvalde ortada Yüksek Askerî Şûra kararının varlığından söz edilmez.

---

<sup>945</sup> "Yasama ve yürütme organları ile idare, mahkeme kararlarına uymak zorundadır; bu organlar ve idare, mahkeme kararlarını hiçbir suretle değiştiremez ve bunların yerine getirilmesini geciktiremez."

Askeri Yüksek İdare Mahkemesine göre; hukuki denetim yasağı Yüksek Askerî Şûra kararları için ve diğer yargı denetimine kapalı işlemler gibi münhasır olarak da olsa sınırlıdır.

Akıl hastalığı nedeniyle TSK.'nde görev yapamaz kararlı raporu kesinleşen ve Emekli Sandığına emeklilik işlemleri sürdürülen böylece asker kişi statüsü sağlık nedeniyle sona ermiş bulunan davacı hakkında çok daha sonraki tarihte "TSK.'nde kalması uygun değildir" sicili düzenlenerek disiplinsizlik ve ahlaki nedene dayalı olmak üzere re'sen TSK.'nden ayırma işlemine tabi tutulması konusunda Kuvvet Komutanlığının Anayasal ve yasal görev yetkisi bulunmamaktadır.

Ayırma işlemi de ağır yetki saptırması nedeniyle sakatlanıp yok hükmüne düştüğünden, 926 Sayılı Kanunun 50/c maddesi uyarınca, bu işlem üstüne kurulması zorunlu olan Yüksek Askerî Şûra kararına hukuki geçerlik tanımak olanaksızlaşmaktadır.

Mahkeme yukarıda açıklanan nedenlerle, davacı hakkındaki disiplinsizlik ve ahlaki nedenle ayırma işleminin hükümsüzlüğüne ve YOK HÜKMÜNDE olduğunun tespitine, bu karar esas alınarak T.C. Emekli Sandığına işlem tesis edileceğinden adi malûl aylığı bağlanması isteminin reddi yolunda tesis edilen işlemin de iptali talebi hakkında bu aşamada bir karar verilmesine yer olmadığına oy çokluğu ile karar verilmiştir.

Ancak hâkim olmayan iki üye mahkemenin kararına katılmayıp "İdarenin her türlü eylem ve işlemine karşı yargı yolunun açık olması bir Anayasa hükmü ise de bu kuralın istisnası yine Anayasa'da belirtilmiş olup, Anayasa'nın 125/1 nci maddesi; "Cumhurbaşkanının tek başına yapacağı işlemler ile Yüksek Askerî Şûra'nın kararları yargı denetimi dışındadır" hükmünü amirdir. Yine aynı paralelde 1602 Sayılı Askeri Yüksek İdare Mahkemesi Kanununun 21/3 ncü maddesi de; "Devlet Başkanının, Yüksek Askerî Şûra'nın tasarrufları ve Sıkıyönetim Komutanlarının 1402 Sayılı Kanunda yazılı tasarrufları ile disiplin suç ve tecavüzlerinden ötürü disiplin amirlerince verilen cezalar yargı denetimi dışındadır" ilkesinden hareketle karşı oylarını belirtmişlerdir.

Ayrıca, Askeri Yüksek İdare Mahkemesi Birinci Dairesinin 1998 yılı içinde verdiği dört adet kararıyla<sup>946</sup> Yüksek Askerî Şura kararıyla tesis olunan “Disiplinsizlik veya ahlaki durum nedeniyle ayırma” işleminin hepsi hakkında “YOK HÜKMÜNDE” kararı verilmiştir. Böylece davacı astsubayların disiplinsizlikten emekli edilmeleri işlemleri “yok hükmünde” diye ortadan kaldırılmış, mevcut sağlık kurulu raporları karşısında “sağlık nedeniyle emekli” edilmeleri sağlanmıştır.

Askeri Yüksek İdare Mahkemesi 1nci Dairesinin 22 Ocak 1998 tarih ve E.1997/147, K.1998/200 Dabanlıoğlu Kararına göre<sup>947</sup>; Anılan kararda: “...Hal böyle olduğuna ve kamu adına tasarrufta bulunsa da insanların (ve oluşturdukları kurulların) tümüyle hatadan ve hata iddialarını karşılama ihtiyacından masun olmadıkları gerçeği karşısında, Yüksek Askerî Şura kararlarının hukuka uygunluk yönünden denetimi fiili bir zorunluluktur da. Zira kimi eksik değerlendirme ve bilgilendirmelerden kaynaklı olarak anılan yüksek kurul kararlarına da bazı hatalar yansiyabilir...”denilmekle YAŞ kararlarının hukuka uygunluk denetimine tabi olduğu vurgulanmaktadır.

Kararın devamında ise; “...konu uyuşmazlık ise ayrıca, ayırma işlemlerinin yargı denetiminden kaçınmak için Yüksek Askerî Şura kararlarıyla tesis edildiği yolundaki iddiaları karşılamayı güçleştirecek niteliktedir...”denilmekte, “...İdare hukukunda ‘halka işlem’, ‘zincir işlem’, ‘ilgili işlem’, ‘sebeup ve sonuç işlem’ gibi kavramlarla tanımlanan ve son işlem öncesi, kamu adına belirli kademelerde irade beyanı yoluyla yetki kullanan makamların tesis ettiği ön veya ara işlemlerdeki hatanın (hukuki kurulların yorum ve uygulamasındaki veya maddi vakaların değerlendirilmesindeki sakatlığın) sonuç işleme de yansımaları olgusuna daha önce de rastlanmış ve mahkememiz kararına konu olmuştur. Şöyle ki: Yüksek Askerî Şuranın 23 Aralık 1991 gün ve 4 no’lu kararı ile Albay rütbesinde 5 yıllık bekleme süresini tamamlamış bulunan 1962 neşetli albayları da 1961 neşetli albaylarla birlikte kadrosuzluktan emekli edilmiştir... tazminat istemleri de kabul edilmiştir. AYİM DrI.Krl.nun 28 Aralık 1995 tarih ve E.1994/18, K.1995/31 ile 28 Aralık 1994 tarih ve E.1994/9, K.1995/30 sayılı kararları şeklinde değerlendirmeye” sonuç işlem varlığı kabul edilmektedir.

<sup>946</sup> AYİM 1nci Dairesinin 22 Ocak 1998 tarih ve E.1997/147, K.1998/200: Dabanlıoğlu kararı; AYİM 1nci Dairesinin 22 Ocak 1998 tarih ve E.1997/169, K.1998/436: Kale Kararı; AYİM 1.nci Dairesinin 24 Şubat 1998 tarih ve E.1997/630, K.1998/558: Tekin Kararı; AYİM 1nci Dairesinin 20 Ekim 1998 tarih ve E.1997/694, K.1998/856: Özer Kararı.

<sup>947</sup> Askeri Yüksek İdare Mahkemesi 1nci Dairesinin 22 Ocak 1998 tarih ve E.1997/147, K.1998/200

Yine bu kararın diğere bir bölümünde, “...yok hükmünde bir işlem ise süre kaydına bakılmaksızın idarece her zaman geri alınabilir, keza dava açma süresine bağlı olmaksızın dava konusu yapılabilir, yapıldığı tarihten itibaren uygulanmış bile olsa sonuçları hukuken geçersizdir... Ayrıca açık kanuna aykırılık, tam kanunsuzluk şeklindeki isimlendirmelerle yetki, sebep ve özellikle amaç öğelerinde var olan açık ve ağır sakatlıkların o işlemi yok hükmünde saymayı gerektirdiği kabul edilmektedir denilmektedir ve böylece YAŞ kararlarının yok hükmünde olmaları durumunda süre aşımı olmaksızın yargı denetimine tabi oldukları” vurgulanmaktadır.

Tüm bu açıklamalardan YAŞ kararlarının doğrudan yargı denetimine, “yokluk” haliyle sınırlı olarak, tabi tutulduğu sonucu çıkmaktadır<sup>948</sup>.

“Anılan bu dört karar ile YAŞ kararlarında sabit görülen “Disiplinsizlik Ve Ahlaki Nedenle Ayırma” hukuki sebebinin “yok hükmünde” saymış, bunun yerine “hukuki sebep” olarak “sağlık nedeniyle Ayırma” hukuki sebebinin “ikame” etmiş bulunmaktadır. İşte bu kararlarla davacılar “emekli astsubay kimlik Kartı”, “tabanca taşıma/bulundurma” vs. haklarına kavuşmuşlardır. Elbette ki verilen bu kararlarla yargı denetimi yapılmış bulunmaktadır. Ve yine bu kararlarda yapılan iş “sonuç idari işlem” olan “re’sen emeklilik işlemi” nin yargısal denetimidir<sup>949</sup>.

#### **D. Cumhurbaşkanının Tek Başına Yaptığı İşlemlerin Denetimine Ait Yargı Kararları**

Anayasamızın 125 nci maddesine göre Cumhurbaşkanının tek başına tesis ettiği idari işlemler yargı denetimi dışıdır. (Bkz.Any. m.104 ve 105, II) Ne var ki Anayasanın bu açık hükmüne karşın Cumhurbaşkanının tesis ettiği işlem “yok hükmünde” ise yargı denetimine tabi olduğu kolayca görülmektedir<sup>950</sup>.

Örnek vermek gerekirse; Rektör seçilen adayın atanma koşulu olmadığı için tesis olunan idari işlem “yok hükmünde” sayılmıştır<sup>951</sup>. Keza Danıştay İdari Dava

<sup>948</sup> Sezai Aydınalp’in Karşı oy Yazısı; AYİM. Drl.Krl. 6.1.2000; E.1999/51, K. 2000/21, Erişim Tarihi: 29.07.2007,[http://www.msb.gov.tr/ayim/Ayim\\_karar\\_detay.asp?IDNO=2169&ctg=000002000031000002](http://www.msb.gov.tr/ayim/Ayim_karar_detay.asp?IDNO=2169&ctg=000002000031000002)

<sup>949</sup> Sezai Aydınalp’in Karşı oy Yazısı; AYİM. Drl.Krl. 6.1.2000; E.1999/51, K. 2000/21, Erişim Tarihi: 29.07.2007,[http://www.msb.gov.tr/ayim/Ayim\\_karar\\_detay.asp?IDNO=2169&ctg=000002000031000002](http://www.msb.gov.tr/ayim/Ayim_karar_detay.asp?IDNO=2169&ctg=000002000031000002)

<sup>950</sup> Sezai Aydınalp’in Karşı oy Yazısı; AYİM. Drl.Krl. 6.1.2000; E.1999/51, K. 2000/21, Erişim Tarihi: 29.07.2007,[http://www.msb.gov.tr/ayim/Ayim\\_karar\\_detay.asp?IDNO=2169&ctg=000002000031000002](http://www.msb.gov.tr/ayim/Ayim_karar_detay.asp?IDNO=2169&ctg=000002000031000002)

<sup>951</sup> Danıştay 5.D. 16.9.1993, E.1992/3747, K.1993/3718

Daireleri Genel Kurulunun 4.11.1994, E.1994/482, K.1994/619 sayılı kararına göre<sup>952</sup>; "...2709 Sayılı TC. Anayasasının 105 nci maddesi 'Cumhurbaşkanının, Anayasa ve diğer kanunlarda Başbakan ve ilgili bakanın imzalarına gerek olmaksızın tek başına yapabileceği belirtilen işlemleri dışındaki bütün kararları, Başbakan ve ilgili bakanlarca imzalanır; bu kararlardan Başbakan ve ilgili bakan sorumludur. Cumhurbaşkanının re'sen imzaladığı kararlar ve emirler aleyhine Anayasa Mahkemesi dahil, yargı mercilerine başvurulamaz' hükmünü taşımakta; idarenin eylem ve işlemlerine karşı 'yargı yolunu' düzenleyen 125 nci maddesinin, 2 nci fıkrasında da 'Cumhurbaşkanının tek başına yapacağı işlemler ile Yüksek Askeri Şuranın kararlı yargı denetimi dışındadır' hükmüne yer verilmektedir. Aynı yönde bir başka kural 2577 Sayılı İdari Yargılama Usulü Kanununun 2 nci maddesinin 3 ncü fıkrasında yer almakta ve Cumhurbaşkanının doğrudan doğruya yaptığı işlemlerin idari yargı denetimi dışında olduğuna işaret etmektedir. Buna göre, Cumhurbaşkanının bütün işlemleri değil, yalnızca 'tek başına' ('re'sen' – 'doğrudan doğruya') yaptığı işlemler yargı denetimi dışında tutulmuş olup Cumhurbaşkanının başka organ ya da kurumların katkıları sonucu oluşturduğu, dolayısıyla yukarıda belirtilen nitelikleri taşımayan işlemlerin, dava yoluyla yargı denetimine tabi oldukları konusunda her hangi bir duraksamaya yer bulunmamaktadır.

2547 Sayılı Yükseköğretim Kanununun 13 ncü maddesinin (a) fıkrasının 1 nci bendini değiştiren 3826 Sayılı Yasanın Geçici 1 nci maddesinin 2 nci fıkrası "Yeni kurulan Devlet üniversite ve yüksek teknoloji enstitülerinin kurucu rektörleri iki yıl için Milli Eğitim Bakanı ve Başbakanın önereceği 3 isim arasından Cumhurbaşkanınca atanır" hükmünü taşımakta, aynı yasaya 2653 Sayılı Yasa ile eklenen Ek 1 nci madde de ise "Üniversite rektörleri, fakülte dekanları, enstitü ve yüksekokul müdürleri ile bunların yardımcıları ve bölüm başkanları, gerektiğinde bu konuda belirtilen süreleri dolmadan tayinlerindeki usule uygun olarak görevlerinden alınabilirler" hükmü yer almaktadır.

Yukarıda belirtilen hükümlerin incelenmesinden anlaşılacağı gibi, yeni kurulan devlet üniversite ve yüksek teknoloji enstitülerinin kurucu rektörlerinin atanması, Milli Eğitim Bakanı ve Başbakanın önereceği 3 aday arasından Cumhurbaşkanınca yapılmakta; aynı şekilde kurucu rektörlerin Cumhurbaşkanınca

---

<sup>952</sup> Danıştay İdari Dava Daireleri Genel Kurulunun 4.11.1994, E.1994/482, K.1994/619

görevden alınması sırasında da Milli Eğitim Bakanı ve Başbakanın önerisinin bulunması gerekliliği aranmaktadır.

Bu durumda davacının kurucu rektörlük görevinden alınmasına ilişkin 7.6.1994 günlü, 94/23 sayılı Cumhurbaşkanlığı kararının esasının incelenmesi gerekirken, Danıştay Sekizinci Dairesince, dava konusu edilmesine olanak bulunmadığından bahisle 2577 Sayılı Yasanın 14 ncü maddesinin 3/a ve d bentleri uyarınca davanın incelenmeksizin reddedilmesinde hukuki isabet bulunmamaktadır.

Açıklanan nedenlerle, davacının temyiz isteminin kabulü ile Danıştay Sekizinci Dairesinin 29.6.1994 günlü, E. 1994/3932, K. 1994/1977 sayılı kararının bozulmasına, 4.11.1994 günü oybirliği ile karar verilmiştir<sup>953</sup>.

Bu konuda yine Danıştay kararlarından bir başka örnek vermekte yarar vardır<sup>954</sup>; "...Cumhurbaşkanının bütün işlemleri değil yalnızca onun 'tek başına' veya 're'sen' ya da 'doğrudan doğruya' yaptığı işlemler yargı denetimi dışında tutulmuş olup; Cumhurbaşkanının başka organ ya da kurumların katkıları sonucu oluşturduğu dolayısıyla yukarıdaki sözcüklerin ortak anlamlarıyla vurguladıkları niteliği taşımayan işlemlerin, en başta hukuk devleti ilkesinin doğal gereği olarak, dava yoluyla yargı denetimine tabi oldukları konusunda her hangi bir duraksamaya yer bulunmamaktadır. Cumhurbaşkanının, Anayasanın 104 ncü maddesinin (b) bendinin son fıkrasıyla tanınan yetkiyi kullanmak suretiyle 'üniversite rektörlerini seçmek' yolunda tesis ettiği işlemler, yukarıda belirtilen süreç içinde değişik organ ve kurullarca iki ayrı evrede saptanan adaylar arasından birisini tercih etmek biçiminde oluştuğuna göre bu işlemleri, örneğin devlet denetleme kurulu üyelerinin seçimi veya üst kademe yöneticileri ile avukatlar arasından Anayasa Mahkemesine üç asil bir yedek üyenin seçimi ya da Danıştay üyelerinin dörtte birinin seçimi işlemlerinde olduğu gibi hiçbir organ ve kuruluşun katılımı olmaksızın Cumhurbaşkanının 'tek başına', 're'sen' veya 'doğrudan doğruya' yaptığı işlemler olarak nitelemeye hukuken olanak bulunmadığı açıktır. Cumhurbaşkanının kimi işlemlerinde doğrudan doğruya yapmış olduğu değerlendirme ve tercihin yargı denetimi dışında tutulması Anayasa koyucu tarafından genel kurala istisna olarak öngörüldüğüne göre yargı yetkisine getirilen bu sınırlamanın yukarıda belirtilen sözcüklerle çizilen sınırının,

<sup>953</sup> Danıştay Sekizinci Dairesinin 29.6.1994 günlü, E. 1994/3932, K. 1994/1977 sayılı kararı; Danıştay Dergisi, 1996, Sayı:90, s.199 – 200.

<sup>954</sup> Danıştay 5 nci D. 16.9.1993, E.1992/4035, K.1993/3177, **Danıştay Dergisi**, 1995, Sayı: 89, s.283, 285.

Cumhurbaşkanınca sonuçlandırılan ancak aynı niteliği taşıyan işlemleri de kapsayacak şekilde genişletilmesinin Anayasanın sözüne ve özüne olduğu kadar Anayasa koyucunun gereğine da aykırı düşeceğinde kuşkuya yer olmamak gerekir. Bu durumda üniversite ve Yükseköğretim kurulunca alınan belirleyici ve sınırlandırıcı nitelikteki idari işlemlerle bağlantılı olarak Cumhurbaşkanı tarafından tesis edilen üniversite rektörlüğüne atama işlemlerinin idari yargıda dava konusu edilmesine Anayasal bir engel bulunmadığı gibi son işlemin dava konusu edilebilir nitelikte olmasının kendisinden (atama evresinden) önceki, niteliği yukarıda açıklanan diğer işlemlerin de tek başlarına veya son işlemle birlikte idari davaya konu edilmelerine engel bir yönü bulunmamaktadır. Esasen, son işleme bağlı olmaksızın yeni hukuki durumlar yaratan ve icrai nitelik taşıyan ilk iki işlem üzerindeki yargısal denetimin Cumhurbaşkanının, adaylar arasından birisini ilgili üniversitenin rektörü olarak ataması işlemiyle somutlaşan tercihinin kapsayan bir yönü olmadığı da açıktır...”

Açıklanan nedenlerle Anadolu Üniversitesi Rektörlüğü için 17.7.1992 günü yapılan ve dava konusu edilen aday belirleme (seçim) işleminin iptaline karar verilmiştir.

Bir başka örnek ise; Cumhurbaşkanının Anayasa Mahkemesine üye seçme idari işlemidir. 15 yıl öğretim üyeliği yapmadığı halde Cumhurbaşkanınca Anayasa Mahkemesi üyeliğine atanmış olan bir öğretim üyesinin Anayasa Mahkemesince göreve başlatılmaması olayı.. Bilindiği üzere Cumhurbaşkanı bu krizi, atanan ve fakat göreve başlatılmayan öğretim üyesinin istifa dilekçesini alıp koşulları taşıyan bir başka öğretim üyesinin Anayasa Mahkemesi üyeliğine ataması yoluyla aşmıştır. Bu olay da göstermektedir ki yargı denetimi dışı bir işlemin ya geri alınması ya da “hukuki sebebi” “yok hükmünde” olduğundan yargı denetimiyle düzeltilmesi yolu her zaman açıktır<sup>955</sup>.

Keza Cumhurbaşkanının özel af yetkisine bakıldığında; Sürekli hastalık nedeniyle cezası affedilen bir hükümlünün cezaevinden çıktıktan sonra tamamen

---

<sup>955</sup> Sezai Aydınalp’in Karşı oy Yazısı; AYİM. Drl.Krl. 6.1.2000; E.1999/51, K. 2000/21, Erişim Tarihi: 29.07.2007,[http://www.msb.gov.tr/ayim/Ayim\\_karar\\_detay.asp?IDNO=2169&ctg=000002000031000002](http://www.msb.gov.tr/ayim/Ayim_karar_detay.asp?IDNO=2169&ctg=000002000031000002)

sağlıklı olduğu saptanacak olursa bu takdirde de yine “yok hükmünde” teorisi uyarınca affa uğrayan hükümlü tekrar cezaevine sokulabilecektir<sup>956</sup>.

En son örneğimiz de rektör seçimleri ile ilgilidir<sup>957</sup>. Danıştay 5 nci Dairesinin 16.9.1993 tarih ve E. 1997/3747, K. 1993/3718 sayılı kararı ile aynı dairesinin 16.9.1993 tarih ve E.1992/4035, K.1993/3177 sayılı kararlarında davaya konu rektör seçimleri, sırasıyla üniversite ve Yükseköğretim Kurulunca gösterilen adaylarla ilgili kurallara aykırılık yönünden denetlenmiştir.

Bilindiği üzere, üniversite rektörleri 2547 Sayılı Yükseköğretim Kanunu uyarınca (md.13/a-1), üniversitelerin göstereceği üç aday arasından Cumhurbaşkanınca atanır. Oysaki Cumhurbaşkanının tek başına yaptığı tasarruflar yargı denetimi dışındadır. Ancak tarih ve sayısı verilen kararlar sonucu, aday gösterme aşamasındaki işlemlerde görülen hukuka aykırılık nedeniyle dayanaksız kalan atama işlemi de geçersiz konuma düşmüştür

Danıştay İdari Dava Daireleri Genel Kurulunun 4.11.1994 tarih ve E.1994/482, K.1994/619 sayılı kararı da bu konuda bir başka örnek teşkil etmektedir.

Ayrıca Cumhurbaşkanınca Anayasa Mahkemesine seçilen bir üniversite öğretim üyesi, anılan Yüksek Mahkeme tarafından yasal koşulları taşımadığı gerekçesiyle göreve başlatılmamış, bir yargı kararına konu olmamış ise de yeni bir seçim zorunluluğuna yol açan bu fiili durum Cumhurbaşkanının önceki seçimini akamete uğratmıştır.

Görülmektedir ki Danıştayın vermiş olduğu yukarıda anılan kararların ulusal yargımızın Yasama Kısıntılarını aşmaya yönelik bir içtihadı olduğunu söylemek hiç de yanlış bir belirleme olmayacaktır.

---

<sup>956</sup> Sezai Aydınalp'in Karşı oy Yazısı; AYİM. Drl.Krl. 6.1.2000; E.1999/51, K. 2000/21, Erişim Tarihi: 29.07.2007, [http://www.msb.gov.tr/ayim/Ayim\\_karar\\_detay.asp?IDNO=2169&ctg=00000200003100002](http://www.msb.gov.tr/ayim/Ayim_karar_detay.asp?IDNO=2169&ctg=00000200003100002)

<sup>957</sup> Danıştay 5 nci Dairesinin 16.9.1993 tarih ve E. 1997/3747, K. 1993/3718 sayılı kararı; Danıştay 5 nci Dairesinin 16.9.1993 tarih ve E.1992/4035, K.1993/3177 sayılı kararı; Danıştay İdari Dava Daireleri Genel Kurulunun 4.11.1994 tarih ve E.1994/482, K.1994/619 sayılı kararı.

## **E. Hâkimler Ve Savcılar Yüksek Kurulu Kararları Denetimine Ait Yargı Kararları**

Anayasanın 159 ncu maddesi hükmü karşısında anılan Kurulun kararları yargı denetimi dışı olduğu yazılı ise de gerçek halde bu kararlar da birer idari işlem oldukları sürece idari yargı denetimine tabidirler. Nitekim bir savcı ya da hâkimin örneğin atanması yahut terfii işlemi “YOK HÜKMÜNDE” mesabesinde nitelendirilebilecek şekilde sakat ise ortada esasen anılan Kurulun bir işlemi yok demektir. “Yok” olan bir işlemin ise artık “Kurul Kararı” olması da söylenemeyeceğine göre, artık anılan Kurul Kararlarının yargı denetimi dışında olduğunu söylemek olanaksız olacaktır. Kurul kararının “YOK HÜKMÜNDE” mi, yoksa “İPTAL EDİLEBİLİRLİK SINIRI İÇİNDE bir idari işlem mi olduğunun değerlendirilip bir karar verilmesi de esasın tüm dava dosyasının “Esas” tan incelenip bir sonuca varılmasıyla olanaklı olduğu çok açık bir keyfiyettir. Aydınalp’e göre artık HSYK’nun “YOK HÜKMÜNDE” olan işlemlerinin yargı denetimi dışı olduğunda ısrar olanağı görülmemektedir<sup>958</sup>.

## **II. Türk Hukukunda ki Yasama Kısıntılarının Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Hukuku Karşısındaki Durumu**

Bilindiği üzere, AIHS’si insan hak ve hürriyetleri katalogunun tamamını değil, esas itibariyle kişi hakları ile bir kısım siyasal hakları listelemekte, sosyal hakları içermemektedir. Biz de bu kısımda, 1 nci kısımda da belirttiğimiz gibi hukuk devleti çerçevesinde Anayasamızda yapılan değişikliklerin mahkemeye konu edilen kısımlarını ele almaya çalışacağız. Gerek Sözleşmenin amaç ve kapsamı, gerekse AIHM’nin kendisini iç hukuklarla bağlı görmediği dikkate alındığında başta disiplin cezaları olmak üzere disiplin hukuku eylem ve işlemlerinin Mahkeme kararlarına bir şekilde konu edildiği muhakkaktır.

<sup>958</sup> Sezai Aydınalp’in Karşı oy Yazısı; AYİM. Drl.Krl. 6.1.2000; E.1999/51, K. 2000/21, Erişim Tarihi: 29.07.2007, [http://www.msb.gov.tr/ayim/Ayim\\_karar\\_detay.asp?IDNO=2169&ctg=000002000031000002](http://www.msb.gov.tr/ayim/Ayim_karar_detay.asp?IDNO=2169&ctg=000002000031000002)

## A.Uluslararası Hukuk ile Ulusal Hukuk Arasındaki İlişki ve Kademelenme Sorunu

Uluslararası hukuk ile ulusal hukuk arasındaki ilişki ve Özellikle uluslararası hukuk ve ulusal hukuk kurallarının kademelenme sorunu birçok ülkede olduğu gibi ülkemizde de henüz tam olarak çözüme kavuşturulmuş değildir. Bu sorunun çözüme kavuşturulmamış olmasında uluslararası hukukun gösterdiği hisli gelinmenin önemli bir payının olduğunu söyleyebiliriz. Birçok ülke Anayasası yapılırken günümüzdeki gibi etkin bir uluslararası hukuk politikası oluşturulabileceği düşünülmemiş ve uluslararası hukuk kaynakları ile ulusal hukuk kaynakları arasında ortaya çıkabilecek muhtemel sorunlar ayrıntılı olarak düzenlenmemiştir. Ancak buna rağmen hemen hemen her ülke Anayasasında sorunun çözüme kavuşturabilmesi için az ya da çok düzenlemeye rastlanmaktadır.

Uluslararası hukuk ile ulusal hukuk arasındaki ilişkiyi ele alıp açıklayan belli başlı iki sistem söz konusudur. Bunlardan ilki monist (tekçi) modeldir. Bu modelde, uluslararası hukuk ile ulusal hukuk tek bir hukuk düzenin parçaları konumundadırlar. Birinin diğerinden üstünlüğü, uygulanma önceliği yoktur. Aynı sistem içerisinde aynı anda uygulanırlar, ikinci sistem ise düalist (ikili) modeldir. Bu modelde ise uluslararası hukuk ile ulusal hukuk iki ayrı hukuk sistemi içinde değerlendirilir ve uluslararası hukuk ile ulusal hukuk sistemleri birbirinden bağımsız ayrı iki sistemdir. Bu nedenle birbirlerini etkilemeleri söz konusu olamaz. Bu görüşe göre, aslı olan ulusal hukuktur. Uluslararası hukukun iç hukukta uygulanabilmesi, ulusal hukukun uluslararası hukuku belli bir konuda bünyesine katmış olmasına bağlıdır.

Türkiye'nin içinde bulunduğu sistemin "monist (tekçi) sistem" olduğu konusunda doktrinde görüş birliği bulunmaktadır<sup>959</sup>. Yani Anayasanın 90. maddesine göre, usulüne uygun olarak yürürlüğe konulmuş bir milletlerarası andlaşmanın iç hukukta doğrudan uygulanabilmesi için herhangi bir işlemin yapılmasına gerek yoktur. Bu nedenle, usulüne uygun olarak yürürlüğe konulmuş olan milletlerarası andlaşmaların hükümleri, ulusal yasama, yürütme, yargı organları ve

<sup>959</sup> Çelik, Edip. "Avrupa insan Hakları Sözleşmesinin Türk Hukukundaki Veri ve Uygulanması", **Lütfi DURAN'a Armağan, İdare Hukuku ve İlimler Dergisi**, 1988, s. 1 vd. ; Soysal, Mümtaz, **Anayasaya Uygunluk Denetimi ve Uluslararası Sözleşmeler**, AYM Yayınları, Ankara, 1986, s. 15 vd; Türmen, Rıza, **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin iç Hukukumuzda Etkileri**, AYM Yayınları, Ankara, 2000, s. 12 vd.

idare makamlarınca doğrudan uygulanabildikleri gibi; bireyler, bu andlaşma hükümlerinden doğan haklarını ulusal yargı organları önünde arayabileceklerdir<sup>960</sup>.

Uluslararası hukuk ile ulusal hukuk arasındaki ilişki henüz tam bir çözüme kavuşturulmadığı gibi, bu hukukların kaynakları arasındaki kademelerime sorunu da henüz tam bir çözüme kavuşturulamamıştır. Özellikle, sorun, milletlerarası andlaşmaların ulusal kaynaklarla arasındaki kademelenme çekişmesi haline gelmiştir. Türk doktrininde birçok yazar, bu kademelenme konusuna el atmış fakat tam bir görüş birliğine varılamamıştır.

Anayasa'ya 7.5.2004 tarih ve 5170 sayılı Kanunla eklenen hükümden önce, bazı yazarlar, kanunlarla milletlerarası andlaşma hükümlerinin çatışması halinde. "lex superior-lex specialis" (genel kural-özel kural, sonraki kural-önceki kural) ilkelerini uygulamak suretiyle, sonraki tarihli milletlerarası andlaşma hükümlerini önceki tarihli kanuna, özel nitelikli milletlerarası andlaşma hükümlerinin genel nitelikteki kanunlara göre öncelikle uygulanacağını dile getirmekteydiler<sup>961</sup>.

Bazı yazarlar ise, çatışmayı önleyecek nitelikte bir hükmün Anayasada yer aldığını, milletlerarası andlaşmaların Anayasaya aykırılıkları iddiasıyla Anayasa Mahkemesine gidilemediğine göre, burada "lex superior-lex specialis" ilkelerinin uygulanması yoluna gidilemeyeceğini belirtmişlerdir<sup>962</sup>.

Bazı yazarlar da milletlerarası andlaşmalar konusunda Anayasaya uygunluk denetimi yolunun kapalı tutulmasının özde bu andlaşmalara kanunlardan daha ayrıcalıklı, daha üstün bir ağırlık kazandırdığını, bu durumda, milletlerarası andlaşmalara kanunlardan biraz farklı Anayasaya yaklaşıcı, en azından Anayasaya yeni bir anlam ve yorum kazandırıcı bir değer tanınması gerektiğini dile getirmişlerdir<sup>963</sup>.

Öncelikle şunu ifade etmeliyiz ki; milletlerarası andlaşma hükümlerinin, kanunlarla çatışması ihtimali Anayasa'nın 90. maddesinde yer alan "Usulüne göre yürürlüğe konulmuş milletlerarası andlaşmalar kanun hükmündedir" cümlesinde yer alan "kanun hükmünde" ifadesine yüklenen farklı anlamlar nedeniyle ortaya çıkmıştır. Zira "kanun hükmünde" ifadesi doktrinde milletlerarası

<sup>960</sup> Yüzbaşıoğlu, Necmi, "Mayıs 2004'te Anayasanın 90'ıncı Maddesine Eklenen Hükmün Türk Anayasallık Blokuna Etkileri Üzerine Bir Değerlendirme", **Bülent TANÖR Armağanı**, İstanbul, 2004, s. 785.

<sup>961</sup> Pazarcı, Hüseyin, **Uluslararası Hukuk**, Turhan Kitabevi, Ankara, 2006, s. 28.

<sup>962</sup> Çelik (1988): s. 55

<sup>963</sup> Soysal (1986): s. 15-16; Teziç (1998): s. 11.

andlaşmaların kanun seviyesinde olduğu şeklinde yorumlanmış<sup>964</sup> ve bu halde ortaya çıkabilecek çatışma hallerine çözümler bulunmaya çalışılmıştır. Buna karşılık bazı yazarlar ise Anayasada yer alan "kanun hükmünde" ifadesinin, bir hiyerarşi yaratmaktan ziyade milletlerarası andlaşmaların hukuksal değerlerini ve bağlayıcılıklarını göstermeye yönelik bir işlevinin olduğunu dile getirmişlerdir<sup>965</sup>. Anayasa Mahkemesi ise bir kararında, "kanun hükmünde" ifadesini, milletlerarası andlaşmaların kanunlarla aynı çizgide yer aldığına ilişkin gerekçe için kullanmıştır<sup>966</sup>.

Anayasada yer alan "kanun hükmünde" ifadesinin, bir hiyerarşi yaratmaktan ziyade milletlerarası andlaşmaların hukuksal değerlerini ve bağlayıcılıklarını göstermeye yönelik şekilde yorumlamanın daha yerinde olacağını düşünmekteyiz. Zira Anayasada yer alan "kanun hükmünde" ifadesini milletlerarası andlaşmaların kanun seviyesinde olduğu şeklinde açıklamak çok ciddi bir sorunu da beraberinde getirmektedir. Bu görüş, çerçevesinde kanun gücünde olan bir milletlerarası andlaşma, sonradan yürürlüğe girecek bir kanunla değiştirilebilecektir, ancak bu pratikte mümkün değildir. Zira o milletlerarası andlaşmanın yapılmasında yetkili olmayan irade, o milletlerarası andlaşmanın değiştirilmesinde yetkili olamaz, aksinin kabulü uluslararası hukukta kabul görebilecek bir durum değildir. Aksi halde her ülke hukukunda farklı farklı uygulamalara neden olan ve sadece kağıt üzerinde imzalanmış milletler arası andlaşmaların varlığı, milletlerarası andlaşmaların anlamını ve amacını ortadan kaldırırdı.

## **B. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Mahkemesi Hakkında Genel Bilgi**

Bilindiği gibi, Avrupa Konseyi, 1948 tarihli Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi'nde kayıtlanan bazı temel hak ve özgürlükleri gerçekleştirmek ve güvence altına almak düşüncesiyle AIHS'ni 4 Kasım 1950'de imzaya açmıştır. 1953 Eylülünde yürürlüğe giren Sözleşmeyi Türkiye 1954'te onaylamıştır. Sözleşme yıllar içinde geliştirilmiş olup bugüne kadar 13 protokol eklenmiştir. Hazırlanan 14 ncü protokol henüz yürürlüğe girmemiştir. Bu protokollerden 1, 4, 6, 7, 12 ve 13 ncü protokoller sözleşmenin güvence altına aldığı hakların çerçevesini genişletmiştir. 2 no'lu protokolle Mahkemeye görüş bildirme yetkisi tanınmıştır. 3, 5, 8, 9, 10 ve 11 nci protokoller usul konuları ile ilgilidir.

<sup>964</sup> Ozbudun (2002): s. 211; Pazarıcı (2006): s. 28.

<sup>965</sup> Gülmez, Mesut, **İnsan Hakları Sözleşmelerinin İç Hukukta Doğrudan Uygulanması (Anayasa 90/son)**, TBB Yayınları, Ankara, 2004, s. 47.

<sup>966</sup> E.1963/173, K.1965/40, AYMKD, S.4, s. 327.

Sözleşmenin eki olan bu protokoller onun birer parçasıdır, ancak ayrı sözleşme olduklarından onaylamayan devletler için bağlayıcı değildirler.

AIHS'nin 1 nci bölümünde (md. 2-18 ) güvence altına alınan hak ve özgürlüklere yer verilmiştir. 2 nci bölümde AIHM'nin yapısı ve görevleri ile yargılama usulü, 3 ncü bölümde ise muhtelif hükümler yer almaktadır. 11 nci protokol ile değiştirilmeden önce AIHS, iki denetim organı (Komisyon ve Mahkeme) kurmuştu. Ayrıca, Avrupa Konseyinin organı olan Bakanlar Komitesi de yargı benzeri yetkilere sahipti. 01 Kasım 1998'de yürürlüğe giren 11 nci protokol ile tek mahkeme sistemine geçilmiş, Bakanlar Komitesinin yetkilerine son verilmiştir. Buna göre Mahkeme, komiteler, Daireler ve Büyük Daire şeklinde teşkil edilmiştir.

Sözleşmenin denetim sistemi, AIHM'ne yapılan iki tür başvuru yolu ile işletilmektedir. Biri devletlerarası başvurular, diğeri bireysel başvuru yoludur.

### **C. Askeri Disiplin Hukukuna ilişkin olarak Disiplin Suç ve Tecavüzlerinden Ötürü Disiplin Üstlerince Verilen Cezalar ve Kişi Özgürlüğü ve Güvenliği Hakkı (AIHS. M.5) ihlalleri**

#### **1. Genel Olarak Hakkın Mahiyeti**

Özgürlük ve Güvenlik hakkı başlığını taşıyan AIHS'nin 5 nci maddesinin 1 nci fıkrasında herkesin kişi özgürlüğü ve güvenliği hakkına sahip olduğu belirtildikten sonra 6 bent halinde sınırlanabileceği istisnai haller düzenlenmiştir. Maddede düzenlenen özgürlük hakkı felsefi olmaktan ziyade fiziki özgürlükle ilgili olup mutlak bir hak değildir. Anayasanın 19 ncu maddesinde garanti altına alınan bu hak, kişilerin keyfi olarak yakalanamaması ve tutuklanamamasını ifade etmektedir<sup>967</sup>.

Maddede sınırlı sayıda açıklanan istisnai hallerin bütünlüklü sistem oluşturmadığı ve birçok hususla birlikte askeri disiplin ve hapisane disiplini ile ilgili rejim konusunda sorun yaşandığı ifade edilmektedir.

<sup>967</sup> Özdek, Yasemin, **Avrupa İnsan Hakları Hukuku ve Türkiye, AIHS Sistemi AIHM Kararlarında Türkiye**, TODAİE, İnsan Hakları Araştırma ve Derleme Merkezi yayınları, Ankara, 2004, s.179.

## 2. Konuya İlişkin Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları

Bu madde çerçevesinde askeri disiplin cezaları ile ilgili olarak verilen Engels-Hollanda ve diğerleri kararında disiplin amirlerince verilen göz ve oda hapsi cezalarının kapsama girmediği, ancak ağır oda hapsi cezasının özürlüğü kısıtladığına ve maddeyi ihlal ettiğine, zirâ bunun “silahlı kuvvetlerin bünyesindeki yaşamın normal sınırlarını aşan kısıtlamalar”dan olduğuna karar verilmiştir<sup>968</sup>.

AIHM, Türkiye'nin taraf olduğu yeni bir kararında, bir astsubaya disiplin amiri yarbay tarafından emre itaatsizlikten dolayı 1632 sayılı Askeri Ceza Kanununun 171 nci maddesine göre verilen 21 gün oda hapsi cezasının maddenin 1/a bendini ihlal ettiğine karar vermiş ve Türkiye'yi 1500 Euro tazminat ödemeye mahkûm etmiştir<sup>969</sup>.

Somut olayda, davacının cezanın iptali için yaptığı başvuru, AYIM tarafından 1602 sayılı AYIM Kanununun 21 nci maddesine göre yargı denetimi yapılamayacağından 26.04.1995 tarihli kararla, kararın düzeltilmesi talebi de 04.10.1995 tarihinde reddedilmiştir. Davacının cezası, Disiplin Cezaevinde infaz edilmiştir.

Bu kararda, Engels vd. kararına da yollama yapılarak, kişi özgürlüğünü kısıtlayan kararların bağımsız ve teminatlı mahkemelerce verilmesinin gerektiği belirtilmektedir. Mahkeme; bir sivile verildiğinde özgürlüğün kısıtlanması olarak değerlendirilebilecek olan bir disiplin cezasının veya tedbirin bir subaya verildiğinde aynı niteliğe sahip olmayacağı, ancak Silahlı Kuvvetler bünyesindeki yaşamın normal şartları dışındaki bir kısıtlamanın hariç tutulduğunu, ayrıca maddenin devletin iç hukukunca ceza veya disiplinle ilişkili olarak nitelendirilen özgürlük kısıtlayıcı her tür mahkûmiyet kararı için uygulanacağını vurguladıktan sonra, cezayı veren komutanın bağımsız olarak hareket edemeyeceği üst makamlardan kaynaklanan askeri hiyerarşi çerçevesinde yetkisini kullanması ve bu prosedüre 5/1/a maddesinde öngörülen şekilde yargılama güvencesi sağlanmaması sebepleriyle “kısıtlamanın yetkili bir mahkemece verilen mahkûmiyet kararına uygun bir tutuklama niteliğini haiz olmadığı şeklinde gerekçe açıklamıştır.

<sup>968</sup> Özdek (2004): s. 182; Engel ve Diğerleri v. Hollanda, başvuru no. 5100/71, 5101/71, 5102/71, 5354/72, 5370/72, Mahkemenin 8 Haziran 1976 tarihli kararı, par 58.

<sup>969</sup> A.D. Türkiye davası; Başvuru no:29986/96, 22 Aralık 2005, Erişim Tarihi 11.10.2006; [http://www.yargitay.gov.tr/aihm/upload/29986\\_96.pdf](http://www.yargitay.gov.tr/aihm/upload/29986_96.pdf).

Farklı olarak, Engels vd. kararına esas uyuşmazlıkta hapis cezalarının mahkemeye başvuru sonucu yargı denetiminin yapıldığını ve bu merci tarafından cezanın hukuka uygun bulunduğunu belirtmek gerekir.

Bu noktada, 1602 sayılı AYIM Kanununda AIHM'nin ihlal tespiti halinin yargılama sebebi olarak gösterilmediğini, bu kanunun 56 nci maddesinde İYUK'a yapılan atıftan dolayı İYUK m. 55'e göre yargılamanın yenilenebilmesi konusunun tartışılabileceğini, keza Anayasanın 129 ncu maddesine göre disiplin cezalarının yargı denetiminin yapılamayacağını işaret etmek gerekir.

#### **D. Yüksek Askerî Şura kararları, Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulu kararları ve Adil Yargılama Hakkı İhlalleri (AIHS m. 6)**

##### **1. Genel Olarak Hakkın Mahiyeti**

Adil yargılama, hukuk devleti anlayışının temel ilkelerindedir. AIHS'nin 6 nci maddesinde kapsamlı bir şekilde düzenlenen bu hakkın hukukun ve sözleşmenin en temel kuralı olduğu, mahkeme kararlarında da vurgulanmaktadır<sup>970</sup>. Mahkeme, maddeyi geniş yorumlamakta ve kapsamını içtihatlarıyla sürekli genişletmektedir. Anayasamızda adil yargılama hakkına ilişkin birçok hüküm mevcuttur (md. 138, 139, 140, 141, 142 gibi). 2001 yılında yapılan değişiklikle adil yargılanma hakkı somut hüküm olarak Anayasa'ya dahil edilmiştir (md.38).

AIHS m.6'da adil yargılama hakkının medeni hak ve yükümlülükler ile suç isnadına ilişkin konularda tanındığı görülmektedir. Bu bağlamda, genelde idari, özelde disiplin hukukuna ilişkin uyuşmazlıkların kapsam dışında kaldığı, maddenin sadece özel hukuk ve ceza hukuku uyuşmazlıklarını kapsadığı düşünülebilir. Ancak her iki uyuşmazlık türüne verilen anlam iç hukuklarda ve bu arada Türk hukukunda yapılan ayırımdan farklı olup AIHM, somut uyuşmazlıklarda sözleşmenin 6 nci maddesinin kapsamını bazı hallerde idari uyuşmazlıkları da içine alacak şekilde değerlendirmektedir. Buna göre, a) mülkiyet hakkı ve kamulaştırmayla ilgili, b) Bir meslek sanat veya ekonomik faaliyetin icrası, c) Sosyal sigorta ve güvenlik ve çalışma hayatıyla ilgili, d) Taşınmaz satım ve devrine ilişkin, e) İdarenin kusurundan

---

<sup>970</sup> Özdek (2004): s. 197.

doğın zararların tazminine ilişkin idari işlemler medeni hak ve yükümlülük kavramı içinde mütalaa edilmektedir<sup>971</sup>.

Kamu hukuku alanına giren, idari nitelikteki uyuşmazlıklar, esas itibariyle suç isnadı kavramı kapsamında kabul edilmemektedir. Bununla birlikte, İdari ceza anlamında idari yaptırımlar, belli bir statüye sahip kamu kurum ve kuruluşu veya meslek mensubu kişileri muhatap alan disiplin yaptırımlarından farklı olarak, suç isnadı kavramına dâhil edilebilecek surette cezai boyutu ön plana çıktığından maddenin sağladığı korumanın konusunu oluşturabilmektedirler.

## 2. Konuya İlişkin Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları

Buna karşılık, genel olarak diyebiliriz ki, AIHM, askerlik ve polislik gibi mesleklere ilişkin disiplin cezalarını barolar, meslek odası veya birlikleri gibi kurumların üyelerine uyguladığı disiplin yaptırımlarını 6 nci madde kapsamı dışında tutma eğilimindedir. Bu husustaki kriter Pellegrin kararı ile ortaya konmuştur<sup>972</sup>. Sözleşmesi, sağlığının deniz aşırı ülkelerde görev yapmasına elverişsiz olması sebebiyle yenilenmeyen davacının idari mahkemedeki davasının uzun sürdüğü iddiasıyla yaptığı başvuruya ilişkin bu kararda, (polis, ordu 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 bulunmadığına, dolayısıyla m.6'nin korumasından yararlanamayacağına karar verilmiştir.

Ancak Inceoglu ve Özdek'in de belirttiği üzere<sup>973</sup>, her somut olayı kendi özel şartları içinde değerlendirerek sonuca varan AIHM'si, değişik ve çelişkili içtihatlarla durumu karmaşık hale getirmektedir. Meselâ, Engels ve diğerleri kararında, disiplinsizlikten dolayı verilen ağır hapis cezasını, “fiilin niteliği”, “öngörülen cezanın niteliği” ve “ağırlığı” kriterleri çerçevesinde “suç isnadı” saymış ve cezanın ağırlığı sebebiyle 6 nci maddenin ihlal edildiğine karar vermiştir.

<sup>971</sup> Tezcan, Durmuş, Adil (Dürüst) Yargılanma Hakkının Uygulama Alanı Açısından İdari Uyuşmazlıkların Konumu, **Yıldızhan YAYLA'ya Armağan**, Galatasaray Üniv. yay, İstanbul, 2003, s. 469-470.

<sup>972</sup> Özdek (2004): s. 202; Pellegrin v. Fransa, başvuru no. 28541/95, Mahkemenin 8 Aralık 1999 tarihli kararı.

<sup>973</sup> Özdek (2004): s. 199; Inceoğlu (2002): s. 23-24; Aynı görüş için Bkz. Gölcüklü, A. Feyyaz ve Gözübüyük, A. Şeref, **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması**, Turhan Kitabevi, 3 ncü Baskı, Ankara, 2002, s. 269.

Buna karşılık, AIHM'si bir kısım kararlarında, Pellegrin kararında geliştirdiği kriteri uygularken, bazı davalarda disiplin hukuku işlemlerini incelemekte ve esasen karar vermektedir. Mesela, Yüksek Askerî Şura'nın ordudan ihraç kararlarından dolayı Türkiye'ye karşı yapılan başvurulara ilişkin 16 davada kabul edilemezlik kararı verilmiştir. Keza, Sendika üyesi memura verilen aylıktan kesme cezasına (ZENGİN TÜRKİYE, 03.04.1995, 23/43/93), politik görüşlerini açıklayan savcının Hakim Savcılar Yüksek Kurulu (HSYK) kararı ile meslekten çıkarılmasına (ALTIN/TÜRKİYE, 06.04.2000, 39822/98) ilişkin disiplin işlemleri adil yargılanma hakkı kapsamında kabul edilmemiştir. AIHM'nin kabul ettiği uyuşmazlıklar ise daha çok meslekten çıkarma sonucunu doğuran disiplin cezalarına ilişkindir. Buna örnek olarak, daha önce temas edilen Engels vd. /Hollanda kararı verilebilir<sup>974</sup>.

Doktrinde YAS'nin resen ayırma ve HSYK'nın meslekten çıkarma gibi kararlarının organik bakımdan idari bir karar gibi gözükmekle beraber mücerret disiplinsizlik olgusuna dayanarak öngörülen yaptırımın niteliği ve ağırlık derecesi açısından cezai nitelikte sayılmaları gerektiği ileri sürülmektedir. Dolayısıyla yargı yolunun kapalı olması hak arama özgürlüğü ihlali sayılmaktadır<sup>975</sup>.

#### **E. Yüksek Askerî Şura kararları, Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulu kararları, Suç ve Cezada Kanunilik İlkesi İhlalleri (AIHS. m. 7) ve Konuya İlişkin Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları**

AIHM, AIHS'nin 7 nci maddesinin 1 nci fıkrasındaki ceza kavramını milli hukuklardan özerk bir kavram olarak kabul etmekte ve suç olarak tanımlanan eylem ve ihmalleri değerlendirirken önlemin niteliği ve amacı, nitelendirme şekli, uygulanan usul ve yaptırımın ağırlığı kriterlerine başvurmaktadır.

AIHM'nin yaklaşımı 7 nci maddesinin geniş yorumlanmasına müsait ise de özellikle disiplin hukukuna ilişkin uyuşmazlıklarda uygulanması söz konusu değildir. Zira, AIHM'si, personelin YAŞ kararıyla ordudan ihraç edilmesi, Kara Harp Okulu öğrencisinin disiplin yoluyla okuldan uzaklaştırılması, HSYK tarafından meslekten çıkarılma gibi disiplin işlemlerini ceza hukuku yaptırımı olarak kabul etmemektedir<sup>976</sup>.

<sup>974</sup> Erol, Muhammed Akif, "Adil Yargılanma Hakkı Ekseninde Yüksek Askerî Şura Kararları", **Yeni Türkiye Dergisi**, S.22, C.I., Temmuz-Ağustos 1998.

<sup>975</sup> Özdek (2004): s. 201; Erol Muhammed Akif, "Adil Yargılanma Hakkı Ekseninde Yüksek Askerî Şura Kararları", **Yeni Türkiye Dergisi**, S.22, C.I., Temmuz-Ağustos 1998.

<sup>976</sup> Özdek (2004): s. 201.

## **F. Yüksek Askerî Şura kararlarına ilişkin olarak Özel Hayata ve Aile Hayatına Saygı Hakkı İhlalleri (AIHS m.8) ve Konuya İlişkin Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları**

Bu hakkın, disiplin hukuku ile doğrudan bir ilgisi bulunmamakla beraber bu kapsamda açılan davalar mevcuttur. Mesela YAŞ kararları ile ordudan çıkarılan askeri personel başvurularında, bu kararların başvuru sahiplerinin ailelerinin yasama tarzına dayanması (eslerin türbanlı olması) sebebiyle özel hayat ve aile hayatına saygı ihlal ettiği ileri sürülmüş; kabul edilebilirlik kararlarında bu hak bakımından şikâyetlerin incelenmesine karar verilmiştir<sup>977</sup>.

Askeri personelin haberleşme hürriyetinin kısıtlanmasına, üzerinin ve eşyasının aranmasına yönelik disiplin hukuku uygulamalarının m.8 ihlali olarak kabulü pekala mümkündür.

## **G. Yüksek Askerî Şura kararlarına ilişkin olarak Düşünce, Din ve Vicdan Özgürlüğü İhlalleri (AIHS m. 9)**

### **1. Genel Olarak Mahiyeti**

AIHS m. 9/1'e göre, genel olarak herkes düşünce, vicdan ve din özgürlüğüne sahiptir. Demokratik toplum amacını gerçekleştirme aracı olarak değerlendirilen bu hak mutlaktır. Hakkın sınırlanması veya bireylerin açıklamaya zorlanması mümkün değildir. Maddenin 2 nci fıkrasında sınırlanma şekli belirtilmiştir. Bu madde çerçevesinde sınırlanan sadece din ve inancın dışı vurumu, yani açıklama özgürlüğüdür. Açıklama özgürlüğü, genel sağlık ve ahlak, Kamu düzeni ve güvenliği ile başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması sebepleriyle kısıtlanabilir. Zirâ, vicdan özgürlüğü mutlak ise de dinsel özgürlükleri dışı bakan yüzü mutlak bir özgürlük alanı değildir<sup>978</sup>.

### **2. Konuya İlişkin Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları**

<sup>977</sup> Özdek (2004): s. 229; Örneğin, Pektaş v. Türkiye, başvuru no. 39682/98, Soysever v. Türkiye, başvuru no.39826/98, Çelikeleş ve diğerleri v. Türkiye, başvuru no. 45824/99, Kayseri v. Türkiye, başvuru no. 46643/99, Yüğüruk v. Türkiye, başvuru no. 47500/99, Mahkemenin 7 Kasım 2000 tarihli kabul edilebilirlik kararları; Özcan v. Türkiye, başvuru no. 44199/98, Mahkemenin 15 Mayıs 2001 tarihli kabul edilebilirlik kararı.

<sup>978</sup> Arslan, Zühtü, **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinde Din Özgürlüğü**, Ankara 2005, Bütün Kitap; Bilen, Ali :“Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İçtihatları Çerçevesinde Düşünceyi Açıklama Özgürlüğü,” **Düşünce Dergisi**, s. 106, 2003, s.101-102; Akıllıoğlu, Tekin, **Düşünce ve Anlatım Özgürlüğü ve Kamu Görevlileri, İnsan Hakları ve Kamu Görevlileri İçinde**, Ankara 1992, s.27 vd.

AIHS'nin 9 ncu maddesinin uygulanmasında belli bir statüye tabi kişilerin ibadet, tören gibi açıklama özgürlüklerinin sınırlanabileceği yönünde kararlar vermiştir. Bu meyanda, İngiltere'de okul idaresinin Müslüman öğretmene is saatinde Cuma namazına gitmesi için izin vermemesi üzerine yapılan başvuru, ilgilinin altı yıl hiç talepte bulunmadığı gibi stajında bu arzusunu iletmediği, çatışma halinde görevden ayrılabilceği gerekçesiyle reddedilmiştir.

AIHM'nin özellikle silahlı kuvvetler mensupları ve askeri kurum personelinin düşünce, din ve vicdan özgürlüğü çerçevesindeki faaliyetleri konusunda sınırlama getirilebileceğini, içtihat etmektedir. AIHM'ne göre, bunlar askeri yaşamın hiyerarşi yapısı ve üstlerinin emretme yetkisi sebebiyle düzenin korunması ve hizmetin yürütülmesi amacına yöneliktir. Bu cümleden olmak üzere, Yanaşık/Türkiye kararınca, köktenci İslami yayınları okuduğu ve ideolojik nitelikli toplantılara katıldığı için üst üste disiplin cezaları verilip nihayetinde Harp Okulundan uzaklaştırılan öğrencinin başvurusunda 9 ncu madde ihlali bulunmadığına içtihat edilmiştir<sup>979</sup>.

AIHM'nin askeri disiplin gerekçesiyle din ve vicdan özgürlüğünün kısıtlanabileceğine ilişkin kararları YAŞ kararı ile Türk Silahlı Kuvvetlerinden ihraç başvurularında yoğunlaşmaktadır. Basta Kalaç/ Türkiye davası olmak üzere, AIHM bugüne kadar bir dizi başvuruyu reddederken çıkarma işleminin başvuruçunun dini inanç veya görüşlerine, esin başörtüsüne yahut dini vecibelerini yerine getirmesinden değil, askeri disiplin ve laiklik ilkesini ihlal eden tutum ve davranışlarından dolayı tesis edildiğini söylemektedir<sup>980</sup>.

Bunun gibi, Yanaşık/Türkiye kararında da Kara Harp Okulundan uzaklaştırıldığı belirlenen başvuruçunun ordudan uzaklaştırılmasının askeri disiplin ve düzeninin idamesi çerçevesinde değerlendirilmesi gerektiği, dolayısıyla 9 ncu madde ihlalinin bulunmadığı şeklinde gerekçe belirtilmiştir<sup>981</sup>.

Bu kararlarda özetle, askerlik gibi belli ve sıkı kuralların hâkim olduğu kurumlara gönüllü olarak giren veya tercih eden kişilerin, öngörülen sınırlamaları peşinen kabul etmesi sebebiyle, din ve Vicdan Özgürlüğüne getirilen kısıtlamalara katlanmakla yükümlü olduğu temel görüşü hâkimdir.

<sup>979</sup> Özdek (2004): s. 239-239.

<sup>980</sup> Özdek (2004): s. 232-234; Kalaç v. Türkiye, başvuru no. 20204/92, Mahkemenin 1 Temmuz 1997 tarihli kararı, par. 27.

<sup>981</sup> Özdek (2004): s. 235-236; Yanaşık v. Türkiye, başvuru no. 14524/89, Komisyonun 6 Ocak 1993 tarihli kabul edilebilirlik kararı.

Aynı şekilde, Türkiye'ye ilişkin bir takım kararlarda, Üniversite Yönetimlerinin başörtü takmalarından dolayı bazı öğrencilere diploma vermemesine ilişkin başvuruları kabul edilemez bulmuş, aynı sebeplerle derslere alınmaması ve okuldan uzaklaştırılmaları işlemleriyle ilgili davaları ise reddetmiştir<sup>982</sup>.

## H. Memur Disiplin Hukuku, Uyarma Kınama cezaları ve Toplanma ve Örgütlenme Özgürlüğü İhlalleri (AİHS m. 11)

### 1. Genel Olarak Hakkın Mahiyeti

11 nci maddenin 2 nci fıkrasında düzenlenen toplanma ve örgütlenme özgürlüğü bireylerin sendika kurma ve sendikalara girme hakkını da kapsamaktadır. Maddenin 2 nci fıkrasında sınırlama sebepleri sayılmıştır: Milli güvenlik, kamu güvenliği yararı, suçun ve düzen ihlalinin önlenmesi, genel sağlık ve ahlakın korunması, başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması gibi. Ancak, bunların da sınırı vardır: Demokratik toplumda gereklilik ve hukuk tarafından öngörülme. Ayrıca, 2 nci fıkra, silahlı kuvvetler ve güvenlik güçleri mensupları ile üst düzey yöneticilerine sınırlama getirilmesine imkân tanımaktadır. . AİHM'si 11 nci maddenin üye devletlere pozitif ödevler yüklediğine, yani özgürlüğün sağlanması ve korunması için aktif olarak tedbir alması gerektiğine işaret etmektedir. Keza, bu maddeyi Din ve vicdan özgürlüğü (md.9) ve ifade hürriyeti ile (md.10) birlikte yorumlamaktadır<sup>983</sup>.

Madde açıkça belirtilmese de dernek kurma hakkı siyasi partilerde örgütlenme özgürlüğünün uzantısı olarak maddenin koruması altındadır<sup>984</sup>.

### 2. Konuya İlişkin Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları

Sendika özgürlüğü söz konusu olduğunda, kamu görevlileri yönünden getirilecek sınırlama demokratik toplum gereklerine ters düşmemelidir. Ancak, asker,

<sup>982</sup> Özdek (2004): s. 237; Karaduman v. Türkiye, başvuru no.16278/90, Komisyonun 3 Mayıs 1993 tarihli kabul edilebilirlik kararı. Aynı konuda yapılan bazı başvuruları ise, 9 ncu madde çerçevesinde incelemesinin kabul edildiği görülmektedir. Bakınız; Şahin v. Türkiye, başvuru no.44774/98, Tekin v. Türkiye, başvuru no. 41556/98, Mahkemenin 2 Temmuz 2002 tarihli kabul edilebilirlik kararı.

<sup>983</sup> Özdek (2004): s. 259; Gölcüklü, Feyyaz, Dernek, **Toplantı ve Gösteri Yürüyüşü Hakları ve Kamu Görevlileri, İnsan Hakları ve Kamu Görevlileri İçinde**, Ankara 1992, s. 43,49; Gülmez, Mesut, **Sendika Hakkı ve Kamu Görevlileri, İnsan Hakları ve Kamu Görevlileri İçinde**, Ankara 1992, s. 72.

<sup>984</sup> Özdek (2004): s. 261-262.

polis ve üst düzey yönetici için bu şart geçerli değildir<sup>985</sup>. Bu meyanda, Komisyon, Kanunen görevin yasaklandığı bir ülkede memurları greve çağıran sendika yöneticisi kamu görevlisine verilen disiplin cezasının sendika özgürlüğünü ihlal etmediğine karar vermiştir<sup>986</sup>.

Türkiye ile ilgili olarak; Komisyon memur sendikası başkanının sendikacılık faaliyetinden dolayı disiplin cezasına çaptırılmasının sendikal özgürlüğü ihlal ettiği iddiasını süresinde başvurulmadığından aynı sendikanın bir üyesinin basın açıklaması sebebiyle verilen disiplin cezası ise İç Hukuk yolları tüketilmediğinden reddedilmiştir<sup>987</sup>.

Başka bir olayda, memur sendikasının bir günlük iş bırakma eylemine katılan sözleşmeli personel statüsündeki mühendise verilen uyarı cezasının m. 11'i ihlal ettiği iddia edilmiş ve başvuru kabul edilebilir bulunmuş ise de, AIHM, bundan sonra Türkiye'de 1995 Anayasa değişiklikleriyle kamu görevlilerine sendika hakkı tanınması, 1999'da disiplin cezalarının affedilmesi gibi sebeplerle uyuşmazlık çözümlendiğinden davanın kayıttan silinmesine karar vermemiştir<sup>988</sup>.

Ancak Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi 06.03.2007 tarihinde vermiş olduğu kararda<sup>989</sup>; Elektrik mühendisi olan başvurana, Bayındırlık ve İskân Bakanlığı tarafından yazılı savunması alındıktan sonra KESK tarafından İstanbul'da düzenlenen eyleme memur maaşlarını protesto etmek amacıyla iştirak ettiği gerekçesiyle uyarı cezası verilmiştir. Başvuran, yazılı savunmasını sunmuştur. Başvuran, İstanbul'da sel baskınlarının meydana gelmesi nedeniyle meslektaşları ile birlikte serviste görevlendirildiğini belirterek, düzenlenen eyleme katıldığını reddetmiştir.

Buna göre başvuran Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 6, 11, 13 ve 14 ncü maddelerinin ihlal edildiğini savunmaktadır. Türkiye Cumhuriyeti Hükümeti ise iddialara karşı çıkmaktadır.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi iç hukuk yollarının tüketildiğini belirterek şikayeti kabul edilebilir bulmuş ve şikayeti incelemeye almıştır.

<sup>985</sup> Gölcüklü (1992a): s. 43,49

<sup>986</sup> Özdek (2004): s. 261.

<sup>987</sup> Özdek (2004): s. 262-263.

<sup>988</sup> Özdek (2004): s. 262-263.

<sup>989</sup> Karaçay-Türkiye başvuru no: 6615/03, Mahkemenin 06.03.2007 tarihli kararı. Erişim tarihi: 12.10.2007, <http://www.memurlar.net/haber/70280/>

Mahkemenin yaptığı incelemeler sonucunda, başvurana verilen uyarma cezasının demokratik toplumda gerekli olmadığı sonucuna vardığından dolayı sözleşmenin 11 nci maddesinin ihlal edildiğine, iç hukukta etkili başvuru yolunun bulunmaması nedeniyle de sözleşmenin 13 ncü maddesinin ihlal edildiğine ayrıca ihlal tespitinin manevi zarar tazmini için tek başına yeterli adil tazmini oluşturduğuna karar vermiştir.

## **I. Yüksek Askerî Şura kararlarına ilişkin olarak Etkili Başvuru Hakkı İhlalleri (AIHS m. 13) ve Konuya İlişkin Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları**

AIHS m. 13'de sözleşmedeki hak ve özgürlüklerin ihlali halinde ulusal makamlara başvuru hakkı güvence altına alınmıştır. Buna göre öncelikle İç Hukuk yolları tüketilmelidir. AIHM'ne göre, m. 13'deki başvuru yolu a) yargısal bir yol olmak zorunda değildir, b) mutlaka etkili olmalıdır<sup>990</sup>. Bir başvurunun etkili kabul edilebilmesi için teorik ve hayali olmayıp, gerçekten mevcut bulunmasına yani sonuç doğurabilir olmasına bağlıdır<sup>991</sup>.

AIHM'si maddedeki hakkın bağımsız olup olmadığı konusunda, başlangıçta mutlaka sözleşmedeki başka bir hakkın ihlali halini şart koşmakta iken sonraki bazı kararlarında bunların ihlali olmaksızın uygulanabileceğini içtihat etmiş, ancak zaman zaman ilk kararlarına dönüşmüştür Bu çerçevede disiplin hukuku alanında askeri personelin YAŞ kararları ile ordudan ihracına karşı m. 9 ve 13'ün ihlal edildiği iddiaları hakkında Mahkeme 9 ncu maddeyle ilgili kabul edilemezlik kararları verirken 13 ncü maddeyle ilgili başvuruyu ihlal olmadığından "savunulabilir" bulmamıştır<sup>992</sup>. Görüldüğü üzere, konu disiplin hukuku işlemleri olduğunda AIHS'nda tanınan haklar ya bizzat ilgili maddesinde öznesi kişiler (asker, polis gibi kamu görevlileri) veya konusu (kamu düzeni ve güvenliği gibi) yönünden sınırlanmış; ya da Mahkeme yoluyla hakkın doğası ve işin niteliği dikkate alınarak istisna getirilmek suretiyle kısıtlanmıştır. Bununla birlikte AIHM'nin zamanla ve giderek idare hukuku, özelden disiplin hukuku alanlarını kapsayacak şekilde içtihatlarını genişlettiği söylenebilir. AIHM'nin bu yönelimine eslik eden ilkeleri su şekilde tespit edebiliriz. Birincisi, Mahkemesin bir uyuşmazlığın özünü tayinde kendisini İç hukukla bağlı

<sup>990</sup> Özdek (2004): s. 281.

<sup>991</sup> Gölcüklü-Gözübüyük (2002): s.392.

<sup>992</sup> Özdek (2004): s. 283; Örneğin bakınız, O.Ö. v. Türkiye, başvuru no. 42137/98, Duman v. Türkiye, başvuru no. 42788/98, Dağlı v. Türkiye, başvuru no.45373/99, Özdaş v. Türkiye, başvuru no. 45555/99 Mahkemenin 3 Ekim 2002 tarihli kabul edilebilirlik kararları, Akbulut v. Türkiye, başvuru no. 45624/99 Mahkemenin 6 Şubat 2003 tarihli kabul edilebilirlik kararı.

görmemesinden dolayı sözleşmeyi disiplin hukuku alanına tatbikte serbest hareket etmesi. İkincisi, sözleşmenin değişik maddelerinde devletlere tanınan takdir yetkisini disiplin hukuku alanında geniş tutması. Üçüncü olarak, sözleşmenin bir diğer hükmüne tabi 13 ve 14 ncü maddesindeki gibi bazı haklarının bağımlılığının disiplin hukuku işlemlerinde sıkı sıkıya benimseyip teyit edildiği, buna karşılık diğer uyuşmazlıklarda özerk ele alınma eğilimi gösterdiği gözlemlenmektedir.

AIHM'nin disiplin hukukuna ilişkin tutumu özellikle Türkiye Memurin rejimi bakımından önem arz etmektedir. Zira her şeyden önce, kamu görevlilerini verilen bazı cezalara karşı yargı yolu Anayasa (askerlerin disiplin cezaları için Anayasa m. 129) veya Kanunla (memurlar hakkında 657 sayılı Kanun m. 125) kapalı tutulduğundan sözleşmede öngörülen hak arama hürriyeti (md.6) ve etkili makamlara başvurma hakkı (md.13) sorunludur<sup>993</sup>.

Bundan başka “Uygulamada Memurin Muhakematı Kanunu hükümleri ve kati disiplin kuralları, çoğunlukla alt düzeydeki kamu görevlileri üzerinde adeta demoklesin kılıcı gibi bir işlev görmektedir.” Amirler disiplin kurallarını ve bu meyanda disiplin cezalarını keyfi uygulayabilmekte, bir öğretim üyesi ile sade memur aynı disiplin rejimine tabi tutulabilmektedir. Bu sebeple, Türkiye açısından Sözleşmenin yorumu ayrı ve özel bir önemi haiz ve “Uzun ince bir yol” gibi islenmeyi beklemektedir.

Her şeyden önce, AIHS ve ek protokollerinde kayıtlanan hak ve özgürlüklerden büyük bölümünün bir şekilde disiplin hukuku alanıyla ilişkili olduğu ortaya çıkmaktadır: Kişi Hürriyeti ve Güvenliği Özgürlüğü (md.5), Adi yargılanma (md.6), Suç ve Cezaların Kanuniliği (md.7), Özel yaşantıya ve Aile yaşamına, Konut ve Haberleşme Özgürlüğüne Saygı (md.8), Düşünce, Vicdan ve Din özgürlüğü (md.9), İfade Hürriyeti (m10), Toplantı ve Örgütlenme Özgürlüğü (md.11), Hak Arama Özgürlüğü (md.13), Ayrımcılık Yasağı (md.14), Eğitim ve Öğrenim (Ek 2 no.lu protokol m.2) hakları gibi.

Buna karşılık, Sözleşme ve ekli protokollerde mevcut Yasama Hakkı (md.2), İşkence, İnsanlık ve Onur Kırıcı Muamele yasağı (md.3), Kölelik ve Zorla Çalıştırma Yasağı (md.4), Mülkiyet Hakkı (Ek 2 no.lu protokol m.1), Seçim Hakkı (Ek protokol

<sup>993</sup> Livanelioğlu, Ömer Asim, **Memur Disiplin Hukuku**, 2.B, Ankara 2003, S.107.; Bununla ilgili olarak bkz. Karaçay-Türkiye Davası AIHM'nin 5 Nisan 2007 tarihli kararı, Erişim Tarihi; 28.09.2007, <http://www.memurlar.net/haber/70280/>

m.3), Borç Nedeniyle Hapis Yasağı, Seyahat Özgürlüğü, Sınır dışı Etme Yasağı (Ek 4 no.lu protokol) gibi hak ve özgürlüklerle disiplinler faaliyetler arasında doğrudan bir ilgi kuran kararlara rastlanmamıştır.

### **III. Yasama Kısıntılarını Aşmaya Yönelik Son Dönemlerde Yapılan Girişimler**

Son dönemde yapılan yeni anayasa taslağı çalışması da hukuk devleti adına en önemli gelişmelerden biri olarak değerlendirilebilir. Bu taslak çalışma şu ana kadar ele almış olduğumuz idarenin yargı denetimi dışında bırakılan bütün işlemlerini yargı denetimi kapsamında değerlendirmeyi öngörmüştür. Taslak çalışmayı tezimizin konusu kapsamında değerlendirecek olursak;

#### **A- Temel Haklar Ve Hürriyetler<sup>994</sup>**

“Sıkıyönetim veya olağanüstü hallerde yetkili merciin verdiği emirlerin uygulanması” hali, yaşama hakkının istisnası olmaktan çıkarılmıştır (md. 15/2). Kişi hürriyetiyle ilgili bir kurum olan “önleme amaçlı yakalama” anayasal düzenlemeye tabi tulmuştur (md. 18/3).

Önceki anayasalarımızda yer almayan “kişisel bilgilerin korunması hakkı”, anayasal güvenceye kavuşturulmuştur (md. 20).

Haberleşme hürriyetine, maddenin ikinci fıkrasında sayılan sınırlama sebepleri dışındaki bir sebeple sınırlama yapılmasına yol açabilecek nitelikte olan 1982 Anayasasının 22 inci maddesinin son fıkrasında ifade edilen “İstisnaların uygulanacağı kamu kurum ve kuruluşları kanunda belirtilir” hükmüne yeni düzenlemede yer verilmemiştir (md. 22).

Din ve inanç hürriyeti bütün unsurlarıyla birlikte güvenceye kavuşturulmuş (md. 24/1-2); Devlete, çocukların eğitimi alanında ebeveynin dinî ve felsefî inançlarını dikkate alma yükümlülüğü getirilmiş (md. 24/4); lâiklik ilkesinin ve bu ilkenin önemli bir unsuru olan “din ve inanç hürriyeti”nin bir gereği olarak, din kültürü

---

<sup>994</sup> Prof. Dr. Ergun ÖZBUDUN Başkanlığındaki komisyon tarafından 2007 Yılında hazırlanan Yeni Anayasa Önerisi.

ve ahlâk öğretimi zorunlu olmaktan çıkarılmış, ancak talep halinde Devlete bunu yerine getirme yükümlülüğü yüklenmiştir (md. 24/4-Alternatif 1).

Önceki anayasalarımızda bağımsız bir hak olarak kendinden söz edilmeyen adil yargılanma hakkına yer verilmiş; bu hak, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 6 ncı maddesi dikkate alınarak, hak arama hürriyetiyle birlikte yeniden düzenlenmiştir. Bu hak kapsamında, “kanuni hâkim” ilkesi yerine, “tabii hâkim” ilkesi kabul edilmiştir (md. 32).

## **B- Yasama<sup>995</sup>**

Temel haklara ilişkin milletlerarası andlaşmalarla iç hukukun çatışması halinde, birey haklarına daha etkili bir korunma ve güvence sağlamak amacıyla, “Kanunlar, usulüne uygun olarak yürürlüğe konulmuş temel hak ve hürriyetlere ilişkin milletlerarası andlaşmalara aykırı olamaz” hükmü getirilmiştir (md. 67/6)

Sıkıyönetim ve olağanüstü hal kanun hükmünde kararnameleri hukuk sistemimizden çıkarılmıştır (md. 68/1). Kanun hükmünde kararnamelere ilişkin uygulamada yaşanan sorunları aşmak amacıyla, yetki kanununun sadece konusunu, geçerlilik süresini ve bu süre içinde birden fazla kararname çıkarılıp çıkarılamayacağını göstermesi benimsenmiştir (md. 68/2). Bakanlar Kurulunun, geri gönderilen kanun hükmünde kararnameyi aynen kabul etmesi halinde, kararnamenin Cumhurbaşkanınca üç gün içinde yayınlanması esası kabul edilmiştir (md. 68/4).

## **C- Yürütme<sup>996</sup>**

Cumhurbaşkanının tek başına yaptığı işlemler yargı denetimine açılmış ve Cumhurbaşkanının kişisel suçlarından dolayı yasama dokunulmazlığı hükümlerine tâbi olacağı hükme bağlanarak mevcut belirsizlik giderilmiştir (md. 82).

İdarenin her türlü eylem ve işleminin yargı denetimine tabi tutulacağı kuralına herhangi bir istisna öngörülmemiş; bu bağlamda, 1982 Anayasasında yargı denetimi

---

<sup>995</sup> Prof. Dr. Ergun ÖZBUDUN Başkanlığındaki komisyon tarafından 2007 Yılında hazırlanan Yeni Anayasa Önerisi.

<sup>996</sup> Prof. Dr. Ergun ÖZBUDUN Başkanlığındaki komisyon tarafından 2007 Yılında hazırlanan Yeni Anayasa Önerisi.

dışında tutulan Cumhurbaşkanının tek başına yapacağı işlemler, Yüksek Askeri Şura ile Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulu kararlarına karşı yargı yolu açık bırakılmıştır (md. 94).

Hukuk devleti ilkesinin gereği olarak, istisnasız, bütün kamu hizmeti görevlileri hakkında verilen disiplin kararları yargı denetimine açık tutulmuştur (md. 98).

Olağanüstü hal ve sıkıyönetim ilanı yetkisi, münhasıran Bakanlar Kuruluna bırakılmış, olağanüstü haller ve sıkıyönetim için öngörülen süreler kısaltılmıştır.(md. 104).

#### **D- Yargı<sup>997</sup>**

Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulu, demokratik esaslara ve yargı bağımsızlığı ilkesine daha uygun şekilde, yeniden düzenlenmiştir. Adalet Bakanının Kurulun başkanı ve üyesi olmasına son verildiği, Adalet Bakanlığı Müsteşarının ise Kurulun tabii üyesi olarak kabul edildiği yeni düzenlemede, Kurulun onyedeki üyeden oluşması öngörülmüştür. Kurulun seçimle gelen onaltı üyesinden beşinin Türkiye Büyük Millet Meclisi tarafından, beşinin Yargıtay ve Danıştay genel kurullarınca ve altısının da birinci dereceye ayrılmış adli ve idari yargı hâkim ve savcılarınca seçilmesi esası benimsenmiştir. Kurul üyelerinin görev süresi dört yıla sınırlandırılmış ve Kurul kararları yargı denetimine açılmıştır (md. 109).

Askeri yargının görev alanı sivil kişilerin askeri mahkemelerde yargılanmalarını engelleyecek şekilde daraltılmıştır (md. 111). Ayrıca Askeri Yüksek İdare Mahkemesi kaldırılmıştır.

İtiraz yolu ile denetimde, usulüne göre yürürlüğe konulmuş temel hak ve hürriyetlere ilişkin milletlerarası andlaşmalar bağımsız ölçü norm olarak kabul edilmiş ve böylece söz konusu kanunların sadece ihmali değil, aynı zamanda iptali mümkün kılınarak, temel haklara ilişkin güvence güçlendirilmiştir.

---

<sup>997</sup> Prof. Dr. Ergun ÖZBUDUN Başkanlığındaki komisyon tarafından 2007 Yılında hazırlanan Yeni Anayasa Önerisi.

## SONUÇ

Günümüz devleti, ülke, nüfus ve egemen güç unsurlarının yanı sıra, belirli nitelikleri olan, belirli ölçütlere uygun olmak zorunda olan bir devlettir. Bu niteliklerin başında da, "Devletin sınırlandırılmış olması, hukukla, hukuk kuralları ile bağlı olması" gelmektedir. Diğer bir söyleyişle, "hukuk devleti" olması gerekmektedir.

Demokratik hukuk devletinin üzerine inşa edildiği unsurlar arasında, özellikle bir tanesi çok önemli ve temeldir; "Devletin ve bireylerin hukuk kurallarına uygun davranması, sadece kendi vicdanlarına ya da Devletin iyi niyetine bırakılmayıp, bağımsız yargı organları tarafından denetlenecek ve bu doğrultuda, yasama organı dahil, tüm Devlet organları, gerek örgütlenme esasları, gerek işleyiş yönünden, Anayasa ve hukukun üstün kuralları ile bağlı olacak ve denetime tabi tutulacaklardır. Bu çerçevede, bu önemli işlevi üstlenen yargı organlarının bağımsızlığı ve tarafsızlığı gerek hukuksal düzenlemelerde, gerek uygulamada güvence altında olacaktır."

Bu yorumu ve "bağımsız yargı organları tarafından gerçekleştirilen yargısal denetimi", hukuk devletinin en temel unsuru olarak görme yönündeki eğilimi, çalışmamızın içerisinde belirtildiği üzere Anayasa Mahkemesi'nin kararlarında olduğu gibi, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin kararlarında da görmek mümkündür.

Bu noktada, hukuk devletinin varlığı ve eksiksiz olarak işleyebilmesi için, sadece yargı denetiminin olması, tek başına yeterli bir güvence oluşturmamaktadır. Hukuk devletinden söz edebilmek için, etkili, bağımsız ve tarafsız bir yargı denetiminin var olması zorunludur.

Çalışmamızın başında da belirttiğimiz gibi Anayasamızın 2. maddesi Türkiye Cumhuriyeti'nin bir hukuk devleti olduğu ve devletin insan haklarına dayandığı gerçeğine yer vermiştir. Hukuk devleti; yönetilenler kadar, yönetenlerin de hukuka bağlı olduğu, hukukun bütün kurum ve kavramları ile üstün kabul edildiği bir sistemdir. Anayasa Mahkemesi kararında da belirtildiği üzere: "...devlete, hukuk devleti vasfını ve güvencesini veren en önemli esas yargısal denetimdir." Tarih boyunca kişi hak ve hürriyetlerin yönelik en büyük sınırlamalar, devlet erkini kullanan

organlar tarafından getirilmiştir. Bu sebeple kişi hak ve hürriyetleri bakımından gerçek bir güvenceden bahsedilebilmesi için, idarenin bütün eylem ve işlemlerine karşı bağımsız ve tarafsız bir yargı organı tarafından davanın görülmesini talep etme hakkı bireylere tanınmalıdır.

Kişi hak ve hürriyetlerinin ihlali bakımından hak arama özgürlüğü sağlanmadan bireylerin, bağımsız ve tarafsız bir mahkemede yargılanma hakkına sahip olduğunu söylemek gerçekçi bir anlam ifade etmemektedir. Bu sebeple bireylere öncelikle hak arama hürriyeti sağlanmalı ve hak arama hürriyeti pozitif hukuk bakımından güvencelere bağlanmalıdır.

Hak arama hürriyetinin en yaygın ve en güvenceli biçimi; bağımsız ve tarafsız yargı makamları önünde iddiaların dinlenilmesi hakkıdır. Yargı denetimi bireyler bakımından etkin ve güvenilir bir hak arama metodudur.

Hak arama hürriyetinin tanınmadığı ve bireylerin ihlal edilen hakları ile ilgili olarak bağımsız ve tarafsız bir hâkim önüne çıkma imkânının sağlanmadığı bir sistemde hukuk devletinden bahsedilemeyeceği açıktır. Bu sebeptir ki, yargı denetimi hukuk devleti ilkesinin olmazsa olmaz ( sine qua non ) ilkesi olduğu gibi; hak arama hürriyeti de hukuk devletinin olmazsa olmaz ( sine qua non ) bir parçasıdır. Hak arama yollarının açık olmadığı bir sistemde hukuk devleti tanımının önemli bir yanı her zaman eksik kalacaktır.

Bireyler, günlük yaşamlarında, idareyle sıkı bir ilişki içindedirler ve idari eylemlerden ve işlemlerden etkilenirler. Bu nedenle, idarenin işlem ve eylemlerinin yargı denetimine tabi olması, insanlar açısından önemli bir güvencedir. Yargı organının, insan haklarını öne çıkararak vereceği kararlar, hak ihlallerinin giderilmesinde önemli bir rol oynar. İdarenin işlem ve eylemlerinin yargı denetimine tabi olması, temelini anayasadan alır.1982 Anayasası, daha önceden de defalarca kez belirttiğimiz üzere bazı idari işlemleri yargı denetimi dışında tuttuğu gibi bazı idari işlemlerin yargı denetimi dışında tutulabilmesi ne de kapıyı açık bırakmıştır.

1982 Anayasası, 36 ve 40. maddeleriyle hak arama hürriyetine ve ihlaller karşısında bağımsız ve tarafsız yargı organları önünde davacı ve davalı olma

hakkını tanımakta ve 125. madde hükmü ile de; idarenin bütün eylem ve işlemlerine karşı yargı yolunu açarak etkin bir hak arama sistemi oluşturmaktadır. Ne var ki, bizim Anayasamıza has bir özellik olarak; demokratik devletlerin kabul ettiği ve uluslar arası sözleşmelerle ortaya konan, hukukun evrensel ilkeleri Anayasamız' da yer almakta fakat her bir güvenceden sonra bu güvencenin ruhuna aykırı, kullanılmasını güçleştiren istisnalar silsilesine yer vermektedir. Anayasa'mızın müzmin hastalığı hak arama hürriyeti bakımından da nüksetmektedir.

A.İ.H.S ve diğer uluslar arası belgelerden mülhem 36. ve 40. maddelerde hak arama hürriyeti en geniş anlamı ile tanınmakta, diğer taraftan 125. maddede “ idarenin bütün eylem ve işlemlerine karşı yargı yolu açıktır ” hükmüne bir sonraki fıkradan başlamak üzere istisnalar silsilesi kendini göstermektedir. Bu sebeple 2. maddesinde hukuk devleti ilkesini kabul etmiş ve hukuk devleti ilkesinin olmazsa olmaz ilkesi olarak yargı denetimini gerekli saymış ( A.Y. m. 125 ) bir Anayasa'nın, yargı denetimine çok sayıda istisnaya yer vermesi kendi içinde tezat oluşturmaktadır. Bu haliyle hukuk devleti ilkesini benimsemiş, demokratik bir anayasa gibi gözükmemektedir.

İlk olarak Anayasanın 125. maddesinin ruhuna uygun bir biçimde Anayasa'mızda yer alan yasama kısıntıları kaldırılmalıdır. Bir hukuk devletinde yargı denetimi dışında tutulan işlemlerin varlığını kabul etmek mümkün değildir.

Öncelikle, oluşumuna ilişkin tartışmalar bir yana, Anayasa'nın 159. maddesinin, HSYK kararlarına karşı yargı mercilerine başvurulamayacağına ilişkin 4. fıkrası yürürlükleri kaldırılmalı, H.S.Y.K'nın kararlarına karşı yargı yolu açılmalı, hâkim ve savcıların da hak arama hürriyetine sahip, yargı güvencesinden faydalanır bir hale getirilmesi zorunludur. Teşekkülü bakımından yüksek yargı organlarından gelen temsilcilerden oluşsa da, gerek organik ve gerekse şekli kriterler bakımından tartışmasız bir şekilde idari nitelik taşıyan Kurul kararlarına karşı yargı yolunun açılması, hâkim ve savcılar bakımından etkin bir güvence olmakla birlikte; temelde bağımsız bir yargı sistemine vücut verecek ve ülkede yaşayan bütün bireyler bakımından önemli bir teminat olarak kendini gösterecektir.

Kurulun oluşumu bakımından Fransız modeli benimsendiğinden, Fransa örneğinde olduğu gibi Kurul kararlarına karşı Danıştay ( Dava Daireleri Genel Kurulu

)' da yargı yolu açılmalı, hakim ve savcılarının sicillerine<sup>105</sup> ilişkin olarak yine Danıştay'da itiraz yolu düzenlenmelidir.

Siyasal açıdan sorumsuz bir Cumhurbaşkanı'nın doğrudan kişiler üzerinde etki doğuran, icrai- idari makamlara yapılacak olan atamalarına karşı yargı yolu açılmalıdır. Parlamenter sistemlerde asıl olan tam sorumsuz bir Cumhurbaşkanlığı makamı olduğundan Cumhurbaşkanı'nın bütün işlemlerinin karşı imza kuralına tabi olmasıdır. Ancak 1982 Anayasa' s Cumhurbaşkanı'nın karşı imza kuralına istisna olarak bir takım işlemleri tek başına yapabileceğini ve bu işlemlere karşı da yargı yoluna başvurulamayacağını düzenlemiştir. Ancak 1982 Anayasası Cumhurbaşkanı'nın hangi işlemleri tek başına yapabileceğini açıkça belirtmemiştir. Bu noktada her bir yetki için Anayasa normlarının teker teker yorumlanması gerekecektir. Bu sebeple uygulamada Cumhurbaşkanı tarafından tek başına kullanılan bir çok işlem idari niteliği haiz ve kişilerin haklarını doğrudan etkileyen icrai işlemler niteliğindedir.

Bu nedenlerle Cumhurbaşkanı'nın tek başına yapabileceği işlemler sınırlı olarak sayılmalı ( numerus clauses ) ve bu işlemlerden idari/ icrai niteliği haiz işlemler aleyhine yargı yolu açılmalıdır. Yürütmenin tam sorumsuz kanadını oluşturan Cumhurbaşkanı'nın idari/ icrai nitelikteki işlemlerinin de Anayasa'nın 125. maddesi nazarında değerlendirilip 125. maddenin, " Cumhurbaşkanı'nın tek başına yapacağı işlemler ile Yüksek Askerî Şûranın kararlarının yargı denetimi dışındadır" diyen 2. fıkrası kaldırılarak yargı denetimine açılması gerekmektedir. Cumhurbaşkanı'nın yürütmenin başı sıfatıyla kullandığı yetkilerin yargı denetimi kapsamına çıkarılmasını hukuk devleti ile bağdaştırmak mümkün değildir.

Devlet memurları hakkında verilen Uyarma ve Kınama cezalarına karşı, Anayasa'nın 90. maddesinin açık düzenlemesi karşısında; temel hak ve hürriyetlere ilişkin uluslar arası sözleşme normları kanun niteliğinde, öncelikle değerlendirilmeli ve bu konuda 657 Sayılı Yasa'nın 135 ve 136/3 maddeleri yargı yolunu kapayan hükmü sarfı nazar edilerek, uyarma ve kınama cezalarına karşı yargı denetiminin kapısı açılmalıdır. Anayasa'nın 36, 40 ve 90. maddeleri nazarında Anayasa'ya aykırı olan 657 Sayılı Yasa'nın 135, 136/3 maddeleri Anayasaya uygun bir şekilde değiştirilmelidir. Ayrıca Anayasa'nın 129. maddesinin 3. fıkrasında yer alan

"Uyarma ve kınama cezalarıyla ilgili olanlar hariç" ibaresi de yürürlükten kaldırılmalıdır.

Mahkeme niteliğini haiz olmadığı, uyguladığı usul ve mevcut güvenceleri ( güvenceden yoksun oluşu ) nazara alındığında A.İ.H.S madde 6/1 nazarında mahkeme sıfatını taşımadığı aşikar olan Disiplin Mahkemeleri yeniden düzenlenmelidir. Anayasa' nın 145. maddesi; disiplin mahkemelerini öngörmekte fakat disiplin mahkemelerinin teşekkülü hakkında açık bir hükme yer vermemektedir. Bu sebeple A.Y 145. maddede, Disiplin Mahkemelerinde yer alacak olan görevlilerin hakim sınıfından olma zorunluluğu getirilmeli ve/ veya disiplin mahkemeleri kararlarına karşı yargı yolu açık tutulmalıdır. Disiplin mahkemeleri; bu mahkemelerde görev alan görevlilerin askeri üstlerinin etkilerinden arındırılmalıdır.

Askeri Ceza Kanunu'nun 165. maddesinde yer alan disiplin cezaları; kişileri sosyal yaşamdan tecrit etmeyecek, hürriyetlerini aşırı surette tahdit etmeyecek şekilde A.İ.H.S 5/1 ve A.H.İ.M içtihatları ışığında yeniden düzenlenmeli ve hürriyeti tahdit edecek cezaların, mutlaka bağımsız ve tarafsız bir hakim tarafından verilmesi hükmü getirilmelidir.

Asker kişilerle ilgili olarak, meslekten ihraç kararı da dahil olmak üzere, askeri personelin gerek çalışma hayatı ve gerekse geleceğe ilişkin teminatları hakkında karar veren ve işlemlerinin idari niteliği aşikar olan Yüksek Askeri Şura Kararları' na karşı yargı yolu açılmalıdır.

Anayasa' nın 90. maddesi nazarında, öncelikle uygulanması zorunlu olan kişi hak ve hürriyetlerine ilişkin Uluslararası Sözleşme hükümleri ile gerek Anayasa' da sayılan ve gerekse mevzuatta yer alan yasama kısıntıları değerlendirilmeli ve sözleşmelerde ön görülen hakların ihlaline sebebiyet veren düzenlemeler kaldırılmalıdır.

Hak arama hürriyeti noktasında Anayasa' nın 36 ve 40. maddeleri ile 125. madde ve aleyhine yargı yolu kapatılan işlemlerin yer aldığı A.Y. m. 105/2 ve 125/2, A.Y. m. 159/4, A.Y. m. 129/4 ve A.Y. m. 129/3 hükümleri gözden geçirilmeli ve bir anayasa değişikliği ile mevcut Anayasal Uyumsuzluk giderilmelidir.

Anayasanın 160. maddesi de Sayıştay kararları dolayısıyla idari yargı yoluna başvurulamayacağını ön görmektedir. Anayasanın 160. maddesinin 1. fıkrasının, Sayıştay kararları dolayısıyla idari yargı yoluna başvurulamayacağına ilişkin son cümlesi yürürlükten kaldırılmalıdır.

Yasamanın işlemlerinin denetlenmesi, yasa ve yasaya eş değerde metinlerin ve anayasada belirtilen bazı meclis kararlarının denetimi olarak karşımıza çıkar. Bu konuda karşılan sorun, yasaların ve OHAL kanun hükmünde kararnemelerinin denetiminde ortaya çıkmaktadır.

En önemli denetim yasağı Anayasanın geçici 15. maddesinde öngörülen yasaktı: "12 Eylül 1980 tarihinden, ilk genel seçimler sonucu toplanacak Türkiye Büyük Millet Meclisinin Başkanlık Divanını oluşturuncaya kadar geçecek süre içinde .. çıkarılan kanunlar, kanun hükmünde kararnemeler ve 2324 sayılı Anayasa Düzeni Hakkında Kanun uyarınca alınan karar ve tasarrufların Anayasaya aykırılığı iddia edilemez".

Bu yasak, 12 Eylül askeri rejiminin yarattığı hukukun Anayasa Mahkemesi'nin denetimi dışında kalmasını sağlayarak, anayasal düzen ve ona bağlı hukuk düzeni yanında darbe hukukunu ayrı bir düzen olarak dokunulmaz kılıyordu. Doktrinde ki yazarlar tarafından bu hükmün yürürlükten kaldırılması öneriliyordu.

Anayasa'nın geçici 15. maddesinin bu yasağı koyan fıkrası, ancak 2001 yılında 4709 sayılı Kanun ile yürürlükten kaldırılabilmiştir. Çok tartışılan bu denetim yasağının kaldırılması ve Sıkıyönetim Kanununun Ek 3'üncü maddesinin (Sıkıyönetim Komutanının yaptığı işlemlerin) Anayasaya aykırılığı iddiasıyla itiraz yoluyla Anayasaya Mahkemesine götürülmesinin mümkün olması, hukuk devleti ilkesinin uygulanmasında önemli bir ilerlemedir.

Olağanüstü Hal ve Sıkıyönetimde çıkarılan KHK'ların Anayasa Yargısı denetiminden bağışık tutulması ise hem bu KHK'ların hem de bunları uygulayan idare makamlarının işlemlerinin hukuka uygunluğu konusunda tereddüt oluşturmaktadır.

Yine Anayasaya göre Sıkıyönetim Komutanının işlemlerinin ve OHAL KHK'ları ile OHAL Valisinin kimi işlemlerinin denetlenmesinin yasaklanması Hukuk devleti açısından bir diğer engeldir.

Anayasa Mahkemesi 1991 den bugüne dek Anayasadaki denetim yasağını mutlak biçimde yorumlamayarak bu işlemleri diğer Anayasal ilkeler doğrultusunda denetleme eğilimi göstermekteyse de, en demokratik çözüm yargı denetimine yönelik yasakların tümüyle kaldırılmasıdır.

Yüksek Seçim Kurulunun görevleri Anayasanın 79'uncu maddesinde sayılmıştır ve yine Anayasamızın 79 ncu maddesine göre Yüksek Seçim Kurulunun kararları kesindir. Bu kararlar aleyhine başka bir mercie başvurulamaz. Ayrıca 298 sayılı Seçimlerin Temel Hükümleri ve Seçmen Kütükleri Hakkında Kanunun 111-131 ve 132 nci maddelerinde, Yüksek Seçim Kurulu'nun Kendiliğinden ya da itiraz üzerine verdiği kararların kesin olduğu ve bu kararlara karşı hiçbir yargı merciine yada karar organına başvurulamayacağı belirtilmiştir. Yasa koyucu tarafından Anayasanın 79 ncu ve 298 sayılı Seçimlerin Temel Hükümleri ve Seçmen Kütükleri Hakkında Kanunun 111-131 ve 132 nci maddelerinde gerekli yasal düzenlemeler yapılarak yargı yolu açılmalıdır.

2822 sayılı Toplu İş Sözleşmesi ve Grev Lokavt Kanununun 55 nci maddesinde geçen Yüksek Hakem Kurulu kararlarının kesin olması ve bunun aleyhine yargı yoluna gidilememesi hukuk devleti ilkesiyle bağdaşmamaktadır. Hak arama özgürlüğünün hukuk devletinin ayrılmaz bir parçası olduğu hükmünden hareketle anılan kanundaki uygulamanın da yasa koyucu tarafından süratle düzenlenmesi gerekmektedir.

1982 Anayasasının 125'inci maddesi (f.5 ve 6) 1961 Anayasasında yer almamış olan "yürütmenin durdurulması" konusunu düzenlemektedir. Beşinci fıkraya göre, "İdari işlemin uygulanması halinde telâfisi güç veya imkânsız zararların doğması ve idari işlemin açıkça hukuka aykırı olması şartlarının birlikte gerçekleşmesi durumunda gerekçe gösterilerek yürütmenin durdurulmasına karar verilebilir." Buna karşılık, 6'ncı fıkradan, olağanüstü hallerde, sıkıyönetim, seferberlik ve savaş halinde, ayrıca millî güvenlik, kamu düzeni, genel sağlık nedenleri ile kanunun, yürütmenin durdurulması kararı verilmesini sınırlandırabileceği

anlaşılmaktadır. Şu halde, fıkrada sözü edilen durumlarda, idari işlemin uygulanması halinde telâfisi güç veya imkânsız zararlar doğacak olsa ve idari işlem açıkça hukuka aykırı bulunsa bile, idarî yargının yürütmeyi durdurma kararı verme yetkisi kanunla sınırlanabilecektir ki, bunu hukuk devleti ilkesiyle bağdaştırmak güçtür.

Son olarak diyebiliriz ki; Ülkemizin gelişmiş ülkeler arasında yerini alması için, sağlıklı işleyen ve yönetebilen bir demokratik düzen kurmaya ihtiyaç duyduğu açıkça görülmektedir. Günümüz dünyasında saygın bir ülke olmanın önkoşulu, ülke içinde vatandaşlarına hak ve özgürlüklerle örülü siyasal ve sosyal bir ortam sunmaktır. Türkiye'nin çağdaş demokratik standartları yakalaması halkımızın hakkıdır ve bu amaç ülkemiz için bir onur meselesi haline getirilmelidir.

## KAYNAKÇA

- Ahmed Cevdet Paşa, **Tarih-i Cevdet**, İstanbul, Üçdal Neşriyat, 1994, Cilt 4-6
- Akgüner, Tayfun, **Kamu Personel Yönetimi**, Der Yayınları, İzmir, 2001.  
(Akgüner 2001)
- Aliefendioğlu, Yılmaz, "Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Anayasal Acıdan Adil Yargılanma Hakkı", **Anayasa Yargısı-10**, Ankara, 1993.
- Akıllıoğlu, Tekin, **Yönetim Önünde Savunma Hakları**, Ankara 1983
- Akıllıoğlu Tekin, **İnsan Kaynakları (I: Kavram, Kaynaklar ve Koruma Sistemleri)**, AÜSBF İnsan Hakları Merkezi Yay., Ankara 1995. (Akıllıoğlu 1995)
- Akıllıoğlu, Tekin, **İnsan Hakları ve Yönetim Hukuku**, Erişim Tarihi; 25.10.2007  
<http://www.idare.gen.tr/akillioglu-insan.htm>.
- Akyıldız, Ali, "Disiplin Hukukumuzda Anayasal Bakış", **Türk Hukuk Dünyası**, Yıl 2, Sayı: 3, Mayıs 2002.( Akyıldız 2002)
- Akyılmaz, Bahtiyar, "Anayasal Esaslar Çerçevesinde Kamu Personeli Disiplin Hukuku Ve Uygulamadaki Sorunlar" **Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, c. 6, sayı 1-2, Haziran-Aralık, 2002, (Akyılmaz 2002)
- Aldıkaçtı, Orhan, **Anayasa Hukukumuzun Gelişmesi ve 1961 Anayasası**, İstanbul, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 1982  
(Aldıkaçtı 1982)
- Altıparmak, Kerem – Karahanogulları, Onur, "Bölge İdare Mahkemesi Kararıyla Anayasanın Zimnen iptali". **İnsan Hakları Yıllığı**, Cilt: 19-20, 1997-1998. (Altıparmak- Karahanoğulları 1997-1998)
- Anayasa Mahkemesi Kararlar Dergisi**, E. 1990/25, K. 1991/1, Sayı 27, Cilt:1, s.65–130,1991 (AMKD 1991)
- Aral, Rüştü, **Yargı Yönünden Danıştay'ın Gelişimi'nin Yüzyıl Boyunca Danıştay** 1968-1968, Ankara, 1968.
- Aral, Rüştü, **Temyiz Davaları, Yüzyıl Boyunca Danıştay**, Ankara 1986.
- Armağan, Servet, **Türk Esas Teşkilat Hukuku**, İstanbul, 1979.
- Arsel, İlhan, **Anayasa Hukuku: Demokrasi**, Ankara, Doğu Matbaacılık, 1964.
- Arsel, İlhan, **Türk Anayasa Hukukunun Umumî Esasları**, Ankara, Mars Matbaası, 1965.
- Arslan, Zühtü, **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinde Din Özgürlüğü**, Ankara 2005.

- Atar, Yavuz, "Anayasanın bağlayıcılığı ve üstünlüğü ilkesi ve bu ilkenin Anayasada yer almasının hukuki sonuçları (Anayasa md.11)", **Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, c. 2, sayı 2, Ocak-Haziran 1989
- Atar, Yavuz, **Türk Anayasa Hukuku**, Mimoza Yayınları, Konya 2005. (Atar 2005)
- Atay, Ender Ethem, "Uluslararası Antlaşmaların İç Hukuktaki Yeri ve İdareyi Bağlayıcılığı" **Ankara Barosu Hukuk Kurultayı 2000**. I- Kitap, Ankara, 12-10 Ocak 2000.
- Aybay, Rona, " Türk Hukukuna Göre Uluslararası Antlaşmalarla Kanunlar Arasındaki Aitlik-Üstlük ilişkisi" . **idari Yargının Dünyada Bugünkü Yeri, 2 Ulusal İdare Hukuku**, Ankara, 10-14 Mayıs. 1993.
- Azrak, Ali Ülkü, **Avrupa Topluluklarında idari Yargının Genel Esasları**, İ.Ü.S.B.F. Yayınları No: 8, İstanbul, 1982.
- Azrak, Ali Ülkü, "Tanzimattan Sonra Resepsiyon" **Tanzimat'tan Cumhuriyete Ansiklopedisi**,1983.
- Azrak, Ali Ülkü, "İptal Davalarının Objektif Niteliği", **Ankara Barosu Hukuk Kurultayı**, I. Kitap, Ankara, 12-16 Ocak, 2000. (Azrak 2000)
- Azrak, Ali Ülkü, "idarenin Yargısal Denetimine İlişkin Sorunlar", **Uluslararası Anayasa Hukuku Kurultayı**, Ankara 2002 (Azrak 2002)
- Balta, Tahsin Bekir, **İdare Hukuku I: Genel Konular**, AÜSBF Yayınları, Ankara, 1970-1972.
- Batum, Süheyl, **İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Türk Anayasal Sistemine Etkileri**, İstanbul Üniversitesi Basımevi, İstanbul, 1993.
- Batum Süheyl, "Türkiye'de Hukuk Devleti Anlayışı ve Sorunları", **Görüş Dergisi**, Kasım 1997.
- Bereket, Zuhale, **Hukukun Genel İlkeleri ve Danıştay**, Yetkin Yayınları, Ankara 1996.
- Bilen, Ali, "Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İçtihatları Çerçevesinde Düşünceleri Açıklama Özgürlüğü," **Düşünce Dergisi**, s. 106, 2003.
- Bilge, Necip - Önen, Ergin, **Medeni Yargılama Hukuku Dersleri**, 3. Bası A.Ü.H.F. Yayınları, No:422, Ankara, 1978.
- Bilgen, Pertev, **1961 Anayasasına Göre Sıkıyönetim**, İ.Ü.H.F. Yayını, İstanbul, 1976. (Bilgen 1976)
- Bilgen Pertev, **İdare Hukuku Ders Notları**, İstanbul, 1995. (Bilgen 1995)

- Bilgen, Pertev, “**İdare Hukuku Dersleri**”, **İdare Hukukuna Giriş**, İstanbul, 1996.(Bilgen 1996)
- Çağlar, Bakır, **Anayasa Bilimi**, BSF Yayınları, İstanbul, 1989.
- Çağlayan, Ramazan, **İdarî Yargı Kararlarının Sonuçları ve Uygulanması**, Seçkin Yayınları, Ankara 2000.
- Çavuşoğlu, Naz, **İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Avrupa Topluluk Hukukunda Temel Hak ve Hürriyetler Üzerine**, A.Ü.S.B.F. İnsan Hakları Merkezi Yayınları, Ankara,1994.
- Çelen, Orhan, **En Son İçtihatlı, Notlu, Açıklamalı, Örnekli Türk Silahlı Kuvvetleri İç Hizmet Kanunu ve Yönetmeliği, Askeri Ceza Kanunu, Disiplin Mahkemeleri Kanunu, Türk Silahlı Kuvvetleri Personel Kanunu**, Ankara, 1997.( Çelen 1997)
- Çelik, Edip. "Avrupa insan Hakları Sözleşmesinin Türk Hukukundaki Veri ve Uygulanması", **Lütfi DURAN'a Armağan, İdare Hukuku ve İlimler Dergisi**, 1988.
- Çetinkaya, B. Emrah, **ÖDER Sunuşu: 23–25 Ekim 2001**, Stockholm, The Sweedish Institute of International Affairs, Conf. Turkey: The Road Ahead.
- Çiftçi, Erhan, A. İ. H. M Kararları Işığında Adil Yargılama İlkesi ve İdari Yargı, **Danıştay Dergisi**, Sayı: 106, Ankara, 2003, s.77-97. (Çiftçi 2003)
- Çifter, Alğun “Yasal Grev ve Unsurları” **İstanbul Ticaret Üniversitesi Dergisi**, Nisan, 2004,S.5, s.165-201. (Çifter 2004)
- Danışmend, İsmail Hami, **İzahlı Osmanlı Tarihî Kronolojisi**, Cilt IV, Türkiye Yayınevi, İstanbul, 1972.
- Demir, Fevzi, **Anayasa Hukukuna Giriş**, Barış Yayınları - Fakülteler Kitabevi, Beşinci Baskı, İzmir, 1998. (Demir 1998)
- Demirel, Ahmet, “1920-1923 Arasında Türkiye Dünyanın En İleri Temsili Demokrasilerinden Birine Sahipti”, **Türkiye Günlüğü**, Mart-Nisan 2000, Sayı 60.
- Derdiman, R. Cengiz, **Türkiye İdaresinin Hukuksal Yönü ve Yapısı**, Alfa Yayınları, Bursa, 2003.
- Dönmezer, Sulhi, ve Erman, Sahir, **Nazarî ve Tatbikî Ceza Hukuku**, Filiz Kitabevi, Dokuzuncu Baskı, c.l., İstanbul,1985.
- Duran, Lütfi, “Türkiye’nin Siyasi Rejimi”, **Yeni Gündem**, 1986, Ek.1

- Duran, Lütfi, **Türkiye Yönetiminde Karmaşa**, Çağdaş Yayınları, İstanbul. 1988.  
(Duran 1988)
- Duran, Lütfi, "Anayasa Mahkemelerine Bir Öğretim Üyesi", **Mali Hukuk**, Mart-Nisan 1993, sayı:44.
- Duran, Lütfi Bunalım Kararnameleri, **AÜSBFD**, Ankara,1997.
- Erdemir Nevzat, "Hukuk Devleti ve Savunma Hakkı", **Türkiye Bar. Bir. Der.** Sayı:1988/1, Ankara 1988. (Erdemir 1988)
- Erdoğan, Mustafa, **Anayasal Demokrasi**, Siyasal Kitabevi Yayınları, Ankara 2001.  
(Erdoğan 2001)
- Erdoğan, Mustafa, "Anayasa değişiklikleri ne getiriyor?", **İdea-Politika**, sayı 13,2001–2002.
- Erem, Faruk, "insan Hakları ve Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu Değişikliği". **İHY**–1992.
- Erem, Faruk – Danışman, Ahmet – Artuk, Mehmet Emin, **Ceza Hukuku**, 14. Baskı, Ankara, 1997.
- Erkut, Celal, **İptal Davasının Konusunu Oluşturma Bakımından İdari İşlemin Kimliği**, Danıştay Yayını, No: 51 Ankara 1990.
- Erkut, Celâl, **Hukuka Uygunluk Bloku (İdare Hukukunda Hukukun Genel Prensipleri Teorisi)**, Kavram Yayınları, İstanbul, 1996.
- Erkut, Celal - İnceoğlu, Sibel, **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Adil Yargılanma İlkesi Işığında Hukuk Devleti ve Yargı Reformu**, TUSİAD Yayını, Ankara, 2005. (Erkut- İnceoğlu 2005)
- Erman, Sahir, **Askeri Ceza Hukuku**, 6. Bası, İstanbul 1974. (Erman 1974)
- Erol, Muhammed Akif, "Adil Yargılanma Hakkı Ekseninde Yüksek Askeri Şura Kararları", **Yeni Türkiye Dergisi**, S.22, C.I., Temmuz-Ağustos 1998.
- Eroğul, Cem, "Anayasası Mahkemesi Kararları Işığında Olağanüstü Yasa Gücünde Kararnamelerin TBMM'ce Onaylanması", **AÜSBFD**, Cilt: 54 Sayı: 4, 1999.
- Eroğul, Cem, **Anatüzeeye Giriş "Anayasa Hukukuna Giriş"**, İmaj Yayıncılık, Altıncı Baskı, Ankara 2000. (Eroğul 2000)
- Gemalmaz, M. Semih, **Ulusalüstü İnsan Hakları Hukukunda ve Türk Hukukunda Olağanüstü Rejim Standartları**, 2. Bası., Beta Basım-Yayımları, İstanbul, Kasım 1994. (Gemalmaz 1994)
- Gemalmaz, Mehmet Semih, **Anayasada Olağanüstü Rejim Demokratikleşmede Sivil Toplum**, Kavram Yayınları, 1. Baskı, İstanbul, 1995.

- Giritli, İsmet, "2001 Anayasa Değişiklerinin Temel Hak ve Özgürlüklere Yansıması",  
Erişim Tarihi: 28.07.2007, [www.anayasa.gov.tr/makaleler.pdf](http://www.anayasa.gov.tr/makaleler.pdf).
- Giritli, İsmet-Bilgen, Pertev-Akgüner, Tayfun, **İdare Hukuku**, Gözden Geçirilmiş İkinci Basım, Der Yayınları, İstanbul, 2006. (Giritli-Bilgen-Akgüner 2006)
- Gölcüklü, Feyyaz, "İdari Ceza Hukuku ve Anlamı, İdarenin Cezai Müeyyide tatbiki",  
**AÜSBFD**, C. 18, 1963.
- Gölcüklü Feyyaz, "**Kişi Özgürlüğü ve Kişi Güvenliği**", **insan Hakları Kurallarının İç Hukukta Uygulanması**, AÜSBFİHM yay. Ankara, 1992. (Gölcüklü 1992)
- Gölcüklü, Feyyaz, Dernek, **Toplantı ve Gösteri Yürüyüşü Hakları ve Kamu Görevlileri, İnsan Hakları ve Kamu Görevlileri İçinde**, Ankara 1992. (Gölcüklü 1992a)
- Gölcüklü, Feyyaz, **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesine Göre Doğru Yargılama**, A.Ü.S.B.F. İnsan Hakları Merkezi Yayınları, Ankara, 1995. (Gölcüklü 1995)
- Gölcüklü, A. Feyyaz ve Gözübüyük, A. Şeref, **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması**, Turhan Kitabevi, 2'nci Baskı, Ankara, 1996. (Gölcüklü-Gözübüyük 1996)
- Gölcüklü, A. Feyyaz ve Gözübüyük, A. Şeref, **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması**, Turhan Kitabevi, 3 ncü Baskı, Ankara, 2002. (Gölcüklü-Gözübüyük 2002)
- Göze, Ayferi, **Sosyal Devlet Sistemi**, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayını, İstanbul, 1976.
- Gözler, Kemal, "Realist Yorum Teorisi ve Mekanist Anayasa Anlayışı", **Anayasa Yargısı**, Anayasa Mahkemesi Yayınları, , Cilt 15, Ankara, 1998.
- Gözler, Kemal, "Askeri Yargı Organlarının Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesine Uygunluğu Sorunu", **İnsan Hakları Yıllığı**, Cilt 21-22, 1999-2000 (Gözler 1999-2000)
- Gözler, Kemal, **Türk Anayasa Hukuku Dersleri**, Ekin Yayınları, Bursa 2000. (Gözler 2000a)
- Gözler, Kemal, **Kanun Hükmündeki Kararnamelerin Hukuki Rejimi**, Ekin Kitabevi Yayınları, Bursa, 2000 (Gözler 2000b)
- Gözler, Kemal, **Cumhurbaşkanı-Hükümet Çatışması: Cumhurbaşkanı Kararnameleri İmzalamayı Reddedebilir mi?**, Ekin Kitabevi Yayınları, Bursa 2000. (Gözler 2000)

- Gözler, Kemal, **Devlet Başkanları: Bir Karşılaştırmalı Anayasa Hukuku İncelemesi**, Ekin Kitabevi Yayınları, Bursa, 2001.
- Gözler, Kemal, **idare Hukuku Dersleri**, Ekin Kitabevi Yayınları, Bursa 2002.  
(Gözler 2002)
- Gözler, Kemal, **İdare Hukukuna Giriş**, Ekin Kitabevi Yayınları, Dördüncü, Bursa 2006.
- Gözler, Kemal, **Türk Anayasa Hukuku Dersleri**, Bursa, Ekin Kitabevi Yayınları, 4. Baskı, 2007. (Gözler 2007)
- Gözübüyük, A. Şeref, **Anayasa Hukuku**, Turhan Kitabevi, Ankara,1993.  
(Gözübüyük 1993)
- Gözübüyük, A. Şeref, **Açıklamalı Türk Anayasaları**, Turhan Kitabevi, Ankara,1995.  
(Gözübüyük 1995)
- Gözübüyük, Şeref, **Yönetmelik Yargısı**, 10. Bası, Ankara, 1996. (Gözübüyük 1996)
- Gözübüyük, A. Şeref, **Yönetmelik Yargısı**, Güncelleştirilmiş 14. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara, 2001.
- Gözübüyük, A. Şeref – Tan, Turgut, **idare Hukuku**, Cilt I. Genel Esaslar. Güncelleştirilmiş 2. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara, 2001  
(Gözübüyük-Tan 2001)
- Gözübüyük, Şeref – Tan, Turgut, **İdare Hukuku,Cilt:II, İdari Yargılama Hukuku**, Mevzuattaki Son Değişiklikler İşlenerek Güncelleştirilmiş Bası, Ankara, 2003 (Gözübüyük-Tan 2003)
- Gözübüyük, A. Şeref, **Yönetmelik Yargısı**, Güncelleştirilmiş 22. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara, 2005. (Gözübüyük 2005)
- Gülmez, Mesut, **Sendika Hakkı ve Kamu Görevlileri, İnsan Hakları ve Kamu Görevlileri İçinde**, Ankara 1992.
- Gülmez, Mesut, **İnsan Hakları Sözleşmelerinin İç Hukukta Doğrudan Uygulanması (Anayasa 90/son)**,TBB Yayınları, Ankara, 2004
- Günday, Metin, "Metin Günday'ın Yorumu", **Anayasa Yargısı**, Ankara, 1984.
- Günday, Metin, "1982 Anayasasına Göre idari Yargı Denetiminin Kapsamı ve Sınırları", **I- Ulusal İdare Hukuku Kongresi, Birinci Kitap İdari Yargı**, 1-4 Mayıs 1990, Ankara. (Günday 1990)
- Günday Metin, **İdare Hukuku**, İmaj Yayınları, Ankara 2003. (Günday 2003)
- Güran, Sait, Yargı denetiminin kapsamı, İstanbul Hukuk Fakültesi Mecmuası ; (S. Dönmezer'e Armağan), c. LII, sayı: 1–4, 1986–1987 (Güran 1986-1987)

- Gürbüz, Yaşar, **Anayasalar**, Filiz Kitabevi, İstanbul, 1981 (Gürbüz 1981)
- Güriz, Adnan, **Hukuk Başlangıcı**, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları No:495, A.Ü. Basımevi, Ankara, 1992.
- Hafızoğulları, Zeki, "Genel Çizgileriyle Savunma Hakkı", **ABD**, S.1-4, 1994.
- Heper, Vahit Rüştü, "Fransa'da ki "Acil Hal Rejimi" ile ülkemizdeki Şiddet Olayları Nedeniyle Olağanüstü Hal Rejimi Arasındaki Mevcut İlişkiler", **İdarecinin Sesi Dergisi**, C:IV, S:5, Eylül 1990.
- Işıklı, Alparslan, "Sendikal Haklar Açısından iki Farklı Dönem, iki Farklı Anayasa: 1961 ve 1982", **Osmanlı'dan Cumhuriyet'e Problemler, Araştırmalar, Tartışmalar**, Tarih Vakfı Yurt Yayınları, İstanbul, 1998.
- İnalçık, Halil, "Sened-i İttifak ve Gülhane Hatt-ı Hümayunu", **Bellekten**, Cilt XXXVIII, 1962, Sayı 112.
- İnceoğlu, Sibel, **İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararlarında Adil Yargılanma Hakkı: Kamu ve Özel Hukuk Alanlarında Ortak Yargısal Hak ve İlkeler**, s. 45, Beta Yay, İstanbul, Mayıs 2002. (İnceoğlu 2002)
- Kaboğlu, İbrahim Ö., "Hukuk Devleti Üzerine", **Mülkiyeliler Birliği Dergisi**, Mayıs, 1989.
- Kaboğlu, İbrahim Ö., **Kolektif Özgürlükler**, Diyarbakır, Dicle Ü. Hukuk Fak. Yay, 1989 (Kaboğlu 1989)
- Kaboğlu, İbrahim Ö., "Türkiye'de Hukuk Devletinin Gelişimi" **İnsan Hakları Yıllığı**, Cilt 12, Ankara, 1990. (Kaboğlu 1990)
- Kaboğlu, İbrahim Ö., **Özgürlükler Hukuku**, Gözden Geçirilmiş ve Genişletilmiş 6. Baskı, İmge Kitabevi, Ankara, 2002. (Kaboğlu 2002)
- Kapani, Münci, **Kamu Hürriyetleri**, AÜHF Yayınları, Altıncı Baskı, Ankara, 1981. (Kapani 1981)
- Kaplan, Gürsel, **Hukuk Devleti Açısından idari Yargıda Hak Arama Özgürlüğü ve Sınırları**, (Yayımlanmamış Doktora Tezi). Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul, 1999.
- Kaplan, Gürsel, " Uyarma ve Kınama Cezalarına Karşı Yargı Yoluna Başvurmayı Engelleyen Düzenlemelerin Hukuk Devleti Prensibi Açısından Değerlendirilmesi" **Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cumhuriyetin 80 inci kuruluş yılına armağan, cilt VII, sayı: 3-4, 2003 (Kaplan 2003)

- Karaman, Mehmet, **Anayasa Mahkemesi Kararları Işığında Hukuk Devleti**, Ankara Üniv. Sosyal Bil. Ens. Kamu Hukuku Anabilim Dalı, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara 2001.
- Karal, Enver Ziya, **Osmanlı Tarihî**, Türk Tarih Kurumu Yayınları, Cilt 5-9, Ankara 1994. (Karal 1994)
- Karahanoğulları, Özlem Erdem, **A. İ. H. S. nin 6 Maddesi İdari Davalar Memur Uyuşmazlıkları**, Erişim Tarihi; 25.10.2007, <http://www.inhak-b.adalet.gov.tr/aihs/madde6.htm>.
- Keser, Ozan, **“Olağanüstü Yönetim Kanun Hükmünde Kararnemelerinin Yargısal Denetimi”**, Erişim Tarihi: 28.08.2007, [http://www.hukukcu.com/bilimsel/kitaplar/ozan\\_keser.htm](http://www.hukukcu.com/bilimsel/kitaplar/ozan_keser.htm).
- Kili, Suna ve Gözübüyük, A. Şeref, **Türk Anayasa Metinleri**, Ankara, Türkiye İş Bankası Yayınları, 1985. (Kili -Gözübüyük 1985)
- Kocabay, Hamit, **Hukuk Devleti İlkesi ve 1982 Anayasası Açısından Y.A.Ş Kararlarının Yargı Denetimini Dışında Tutulması**, Gazi Üniv.Sosyal Bilimler Ens, Kamu Hukuku Anabilim dalı, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara 1992.
- Köse, Ahmet, (Derleyen), **1961 Anayasa’sına Göre Gereççeli-Notlu- Askeri Yargı Mevzuatı**, C.II, Ankara, 1965.
- Kunter, Nurullah, **Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku**, Kazancı Yayınları, 8’nci Baskı, İstanbul, 1986.
- Kunter, Nurullah, **Ceza Muhakemeleri Hukuku**, 9. Bası Beta Yayınları, İstanbul, 1989.
- Kuru, Baki, **Hâkim ve Savcılarının Bağımsızlığı ve Teminatı**, A.Ü.H.F. yayını, Ankara, 1966. (Kuru 1966)
- Kuru, Baki - Arslan, Ramazan - Yılmaz, Ejder, **Medeni Usul Hukuku**, 8. Bası Yetkin Yayınları, Ankara, 1996.
- Kuzu, Burhan, **1982 Anayasasının Temel Nitelikleri ve Getirdiği Yenilikler**, Filiz Kitabevi, İstanbul, 1990. (Kuzu 1990)
- Kuzu Burhan, “Hukuk Devleti ve Hukuk Zihniyeti”, **Akademik Araştırmalar Der.** Sayı:11, Ankara 2001-2002.
- Kuzu, Burhan, **Olağanüstü Hal Kavramı ve Türk Anayasa Hukukunda Olağanüstü Hal Rejimi**, Kazancı Yayınları, İstanbul,1993. (Kuzu 1993)
- Livanelioğlu, Ömer Asim, **Memur Disiplin Hukuku**, 2.B, Ankara 2003.

- Mumcuoğlu Maksut, "Hukuk Devletinde Bağımsız Yargının Yeri ve Bağımsız Yargının Türkiye'de Gelişimi", **Ankara Barosu Der. Sayı:1989/2**, Ankara1989.
- Okandan, Recai Galip, **Amme Hukukumuzun Anahatları, Türkiye'nin Siyasi Gelişimi**, Birinci Kitap, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, İstanbul,1971. (Okandan 1971)
- Onar, Sıddık Sami, **İdare Hukukunun Umumî Esasları**, İstanbul, Hak Kitabevi Yayınları, Üçüncü Baskı, 1966. Onar (1966)
- Oğurlu, Yücel, **İdari Yaptırımlar Karşısında Yargısal Korunma**, Gözden Geçirilmiş 2. Baskı. Seçkin Kitabevi, Ankara, 2001. (Oğurlu 2001)
- Öden Merih, **Eşitlik**, Yetkin Yayınları, Ankara, 2003.
- Önder, Kazım, **Disiplin Mevzuatı**, Ankara 1992.
- Örücü, Esin, "Disiplin Cezaları, 657 Sayılı Devlet Memurları Kanunu Sistemi", **İÜHFD**, C. 32, S. 2-4.
- Özay, İl Han, **İdari Yaptırımlar**, İstanbul, 1982. (Özay 1982)
- Özay, İl Han, Devlet, **İdari Rejim ve Yargısal Korunma**, III, İstanbul, 1990. (Özay 1990)
- Özay, İl Han, Kendine özgü bir "hukuk Devleti", **1. Ulusal idare Hukuku Kongresi, 1. Kitap, idari Yargı**, Ankara, 1990.
- Özay, il Han, **Güneşinde Yönetim**, Alfa Yayınları, İstanbul, 1996.
- Özbakan, Hulusi, **İçtihatlı, Gerekçeli, Notlu, Açılmalı, Önekli, Disiplin Mahkemeleri Kanunu**, Ankara, 1980.
- Özbudun, Ergun, **1921 Anayasası**, Ankara, Atatürk Araştırma Merkezi Yayınları, 1992. (Özbudun 1992)
- Özbudun, Ergun, **Türk Anayasa Hukuku**, Yetkin Yayınları, Ankara 2005. (Özbudun 2005)
- Özçelik, Selçuk, "Sened-i İttifak", **İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası**, Cilt, XXIV, 1958, No 1-4, S.1
- Özdek, Yasemin, **Avrupa İnsan Hakları Hukuku ve Türkiye, AİHS Sistemi AİHM Kararlarında Türkiye**, TODAİE, İnsan Hakları Araştırma ve Derleme Merkezi yayınları, Ankara, 2004. (Özdek 2004)
- Özdeş, Orhan, **Danıştayın Tarihçesi, Yüzyıl Boyunca Danıştay 1868-1968**, TTK Yayını, Ankara, 1968.
- Özdeş, Orhan, "İdari Yargı ve Yargılama Usulünün Özellikleri", **Danıştay Dergisi**, Sayı: 12-13, s.9-14, Ankara, 1974.

- Özdoğan, Onur, Vergi Yargısında Yürütmenin Durdurulması, Erişim Tarihi; 31.08.2007. [http://www.turkhukusitesi.com/makale\\_456.htm](http://www.turkhukusitesi.com/makale_456.htm).
- Öztürk, Bahri, **Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku**, 3. Bası Ankara, 1995.
- Özgüldür Serdar, "Adil Yargılanma Hakkı Merceğinde Ele Alınması Gereken Bir Kod Kanun Hazırlık Çalışması Örneği: Askeri Yüksek İdare Mahkemesi Kanun Tasarısı Taslağı" **Ayim 18 Numaralı Dergi** Erişim Tarihi: 25.10.2007, [http://www.msb.gov.tr/ayim/Ayim\\_makale\\_detay.asp?IDNO=53](http://www.msb.gov.tr/ayim/Ayim_makale_detay.asp?IDNO=53).
- Pazarıcı, Hüseyin, **Uluslararası Hukuk Dersleri**, I. Kitap, Gözden Geçirilmiş 6, Baskı, Turhan Kitabevi. Ankara, 1997.
- Pazarıcı, Hüseyin, **Uluslararası Hukuk**, Turhan Kitabevi, Ankara, 2006.  
(Pazarıcı 2006)
- Prof.Dr. Bülent Tanör'ün Anısına "Türkiye'de Demokratikleşme Perspektifleri" 10. Yıl Güncellemesi, **TÜRK DEMOKRASİSİ'NDE 130 YIL (1876-2006)**, Yayın No: TÜSİAD-T/2006-12/426, 2006. (Pr.Dr. Bülent Tanör'ün Anısına...2006)
- Prof. Dr. Ergun ÖZBUDUN Başkanlığındaki komisyon tarafından 2007 Yılında hazırlanan Yeni Anayasa Önerisi.
- Reisoğlu, Seza, **2822 sayılı Toplu İş Sözleşmesi Grev ve Lokavt Kanunu Şerhi**, Ayyıldız Matbaası A.S. Ankara 1986.
- Sabuncu, Yavuz, **Anayasaya Giriş**, İmaj Yayıncılık, 9. Baskı, Ankara, 2003.
- Sağlam, Fazıl, **Temel Hakların Sınırlanması ve Özü**, Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi yayını, Ankara, 1982.
- Sağlam, Mehmet, **Türk Personel Hukukunda Disiplin Suç ve Cezalarına İlişkin Esaslar ve Uygulaması**, Ankara 2003. (Sağlam 2003)
- Sancakdar, Oğuz, **Disiplin Yaptırımı Olarak Devlet Memuriyetinden Çıkarma ve Yargısal Denetimi**, Yetkin Yayınlan, Ankara, 2001.
- Savcı, Bahri, **İnsan Hakları, (Kanunilik Yolu ile Korunması)**, AÜSBF Yayını, Ankara, 1953.
- Selçuk, Sami, **Zorba Devletten Hukukun Üstünlüğüne**, Yeni Türkiye Yayınları, Ankara 1999.
- Selçuk, Sami, **Özlenen Hukuk/Yaşanan Hukuk**, Yeni Türkiye Yayınları, Ankara, 2002. (Selçuk 2002)

- Sevinç, Murat, "Güncel Gelişmeler Işığında 1982 Anayasasına Göre Cumhurbaşkanı", **Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi**, Cilt 57, Sayı 2, Nisan-Haziran 2002.(Sevinç 2002)
- Sezer, Ahmet Necdet, **Anayasa Mahkemesi 36. Yıl Kuruluş Günü Konuşması**, 27.04.1998, Erişim Tarihi: 28.08.2007, <http://www.anayasa.gov.tr/ydonum/k36.htm>.
- Soyaslan, Doğan, **Yürütme Organının Suç ve Ceza Koyma Yetkisi**, Kazancı Yayınları, İstanbul, 1990.
- Soysal, Mümtaz, **Anayasaya Uygunluk Denetimi ve Uluslararası Sözleşmeler**, AYM Yayınları, Ankara, 1986. (Soysal 1986)
- Soysal, Mümtaz, **100 Soruda Anayasanın Anlamı**, Gerçek Yayınevi, Onbirinci Baskı, İstanbul 1997. (Soysal 1997)
- Sunay, Reyhan, "Avrupa insan Hakları Sözleşmesi Çerçevesinde Oluşan 'Avrupa Kamu Düzeni' Kavramının Kapsamı ve Fonksiyonel Değeri" , **Türk Hukuk Dünyası**, Yıl: I, Sayı: I, Mayıs 2000. (Sunay 2000)
- Şenlen, Süheyla, "Türkiye'de İdari Yargının Doğuşu ve Gelişimi Tarihi", **Prof. Dr. Y. Günal'a Armağan, Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi**, c. 49, sayı; 3-4, 1994.
- Tan, Turgut, "1982 Anayasası'nın geçici 15. Maddesi üzerine" **Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi**, c. 49, sayı: 1-2, 1994.
- Tan, Turgut, "İdarenin kesin işlemleri ve 5917 sayılı Yasa uygulaması", **Amme idaresi Dergisi**, c.2, sayı: 4, 1969.
- Tanilli, Server, **Devlet ve Demokrasi: Anayasa Hukukuna Giriş**, İstanbul, Say Kitap Pazarlama, 1984. (Tanilli 1984)
- Tanilli, Server, **Anayasalar ve Siyasal Belgeler**, İstanbul, Cem Yayınevi, 1976.
- Tanör, Bülent, **Osmanlı İmparatorluğu'nda Anayasal Gelişmeler(Ders Notları)**, İstanbul 1982. (Tanör 1982)
- Tanör, Bülent, **İki Anayasa 1961-1982**, Beta Yayını, 1986. (Tanör 1986)
- Tanör, Bülent, **Türkiye'de İnsan Hakları Sorunu:2 (Hukuk Ötesi Boyutlar)**, BDS Yayınları, İstanbul, Ekim 1991.
- Tanör, Bülent, **Türkiye'de Demokratikleşme Perspektifleri**. TÜSİAD Yayını, 1997.
- Tanör, Bülent, **Osmanlı-Türk Anayasal Gelişmeleri: 1789-1980**, İstanbul, Der Yayınları, İkinci Baskı, 1995. (Tanör 1995)
- Tanör, Bülent-Yüzbaşıoğlu, Nemci, **1982 Anayasasına Göre Türk Anayasa Hukuku**, Beta Yayınları, İstanbul, 2005. (Tanör-Yüzbaşıoğlu 2005)

- Tanör, Bülent, **Osmanlı Türk Anayasal Gelişmeleri (1789-1980)**, Yapı Kredi Yayınları, İstanbul, 2006.
- Tezcan Durmuş, **Türk İdari Yargı Sisteminin Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Açısından Değerlendirilmesi**, 2000 İdari Yargı Sempozyumu, Erişim Tarihi: 23.12.2007. [www.danistay.gov.tr](http://www.danistay.gov.tr).
- Tezcan, Durmuş – Erdem, Mustafa Ruhan – Sancakdar, Oğuz, **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Işığında Türkiye'nin İnsan Hakları Sorunu**, Seçkin Kitabevi, Ankara, 2002.
- Tezcan, Durmuş, Adil (Dürüst) Yargılanma Hakkının Uygulama Alanı Açısından İdari Uyuşmazlıkların Konumu, **Yıldızhan YAYLA'ya Armağan**, Galatasaray Üniv. yay, İstanbul, 2003.
- Teziç, Erdoğan, **Türkiye'de 1961 Anayasasına göre Kanun Kavramı**, İÜHF Y, İstanbul, 1972.
- Teziç, Erdoğan, **Anayasa Hukuku**, Beta Yayınları, Beşinci Baskı, İstanbul, 1998. (Teziç 1998)
- Topal, Aylin "Küreselleşme Sürecindeki Türkiye'yi Anlamaya Yarayan Bir Anahtar: Yeni Sağ" **Praksis Dergisi**, Sayı 7, 2002. (Topal 2002)
- Toroslu, Nevzat, "Ceza Muhakemesinde Yapılan Son Değişiklikler", **IHY**–1992, c. 14. (Toroslu 1992)
- Tunaya, Tarık Zafer, **Siyasal Kurumlar ve Anayasa Hukuku**, İstanbul, Araştırma, Eğitim, Ekin Yayınları, Beşinci Baskı, 1982.
- Turhan, Mehmet, "Anayasaya Aykırı Anayasa Değişiklikleri", **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt XXXIII, S.1-4, 1976,.
- Turhan, Mehmet, **Hükümet Sistemleri**, Gündoğan Yayınları, 2. Baskı, Ankara, 1993. (Turhan 1993)
- Tutum, Cahit, **Personel Yönetimi**, Ankara 1976.
- Tülen, Hikmet, "Olağanüstü Kanun Hükmünde Kararnamelerin Yargısal Denetimi Sorunu ve Anayasa Mahkemesinin Bu Sorunla İlgili Kararları" **AÜEHFD**, C. VIII, S. 3-4, 2004.
- Türmen, Rıza, **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin iç Hukukumuzda Etkileri**, AYM Yayınları, Ankara, 2000.
- Uler, Yıldırım, **İptal Kararlarının Sonuçları**, AÜHFY, Ankara, 1970.
- Umar, Bilge, "Türk Medeni Hukukunda İadei Muhakeme", **I.Ü.H.F.M.**, C. XXIX, S.1,2.

- Üçok, Coşkun- Mumcu, Ahmet, **Türk Hukuk Tarihi**, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Üçüncü Baskı, 1982.
- Ünal, Şeref: **Anayasa Hukuku Açısından Mahkemelerin Bağımsızlığı ve Hâkimlik Teminatı**, TBMM Kültür ve Sanat Kurulu Yayınları Ankara, 1994. (Ünal 1994)
- Üskül,Zafer, "Terör Kararnemelerinin Yoklukla Malul Hükümleri", **Ekonomi ve Politikada Görüş**, Mayıs 1990.
- Yayla, Yıldızhan, "Anayasa Mahkemesine Göre Cumhuriyetin Özü" **İ.Ü. Hukuk Fakültesi Milletlerarası Münasebetler Enstitüsü Hıfzı Timur' un Anısına Armağan 1979'dan Ayırbasım**, İstanbul, 1979.
- Yokuş, Sevtap, **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin Türkiye'de Olağanüstü Hal Rejimine Etkisi**, Beta Yayınları, 1. Bası, İstanbul, 1996. (Yokuş 1996)
- Yüzbaşıoğlu, Necmi, "Mayıs 2004'te Anayasanın 90'ıncı Maddesine Eklenen Hükümün Türk Anayasallık Blokuna Etkileri Üzerine Bir Değerlendirme", **Bülent TANÖR Armağanı**, İstanbul, 2004.
- Yüzbeş ve Yüzaltıncı Yıllarında Danıştay**, Ankara, 1975; Danıştay Başkanı İ.H.Ülgen'in 1979 "Danıştay Günü" Açış Konuşması, Ankara, 1979.
- Yüzyıl Boyunca Danıştay**, 2. Baskı, Danıştay Yayınları, Ankara, 1986.
- Yıldırım, Turan, **Kamu Yararı ve Disiplin Cezalarının Affı, Anayasa Yargısı 18**, Ankara 2001.
- Yıldırım, Ramazan, **Türk idare Hukuku Açısından idari Başvurular**, AKADER Yayınları, Diyarbakır, 2003.
- Yıldırım, Ramazan, "Türk Askeri Disiplin Hukukuna Kısa Bir Bakış" **14 No'lu Dergi**, Erişim Tarihi: 24.06.2007, [http://www.msb.gov.tr/ayim/Ayim\\_makale\\_detay.asp?IDNO=31](http://www.msb.gov.tr/ayim/Ayim_makale_detay.asp?IDNO=31).