

Disiplin Soruşturmasında Hukuka Aykırı Deliller

Disiplin Soruşturmasında Hukuka Aykırı Deliller

Gül FİŞ ÜSTÜN*

ÖZ

Kamu görevlilerinin çalıştıkları kurumun düzenini bozan veya kurumun sunduğu hizmetin düzgün yürütülmesini engelleyen faaliyetleri disiplin hukukunun konusunu oluşturmaktadır. Disiplin hukuku söz konusu ihlalleri gerçekleştiren kamu görevlisinin daha dikkatli ve özenli davranmasını sağlayacak, mali haklarına ve mesleki statüsüne etki yapmaya yönelik disiplin cezalarını ve bu cezalara ilişkin başvurulabilecek yolları ve disiplin cezasının tesisi için gereken disiplin soruşturma sürecini konu almaktadır.

Disiplin soruşturmasını yürüten soruşturmacı; soruşturma konusuyla sınırlı olmak üzere her nevi evrakı incelemeye, ilgili kurumlardan ve kişilerden bilgi ve belge almaya, tanık dinlemeye, mahallinde keşif yapmaya, hakkında soruşturma yapılan memurun savunmasını almaya, soruşturma raporu düzenlemeye yetkilidir. Ancak, soruşturmacıya tanınan bu yetkilerin kullanımı sırasında veya soruşturma raporunun tesisi sırasında yapılan değerlendirmelerde bazı hatalar, hukuka aykırılıklar meydana geldiği de görülmektedir.

Danıştay'ın bir kısım kararlarında, disiplin hukukunun bağımsız olduğu, ceza soruşturmalarından disiplin soruşturmasını bağlamadığı ilkeleri zikredilerek, hukuka aykırı delillerin disiplin soruşturmasında kullanılmasına engel olmadığı yönünde hükümler tesis edilmiştir. Ancak, Danıştay yakın dönemlerde kararlarını değiştirmiş, Anayasamızın 38. maddesinde öngörülen hukuka aykırı elde edilen bulguların delil olarak kullanılmamasını yönündeki ilkenin disiplin soruşturmasında uygulanması mümkün hale gelmiştir.

Anahtar Kelimeler: Disiplin soruşturması, Hukuka aykırı delil, Ceza yargılaması, Disiplin hukuku, Hakların korunması

ABSTRACT

Disciplinary action is the activity of public officials whose activities disrupt the order of the institution or prevent the smooth execution of the service provided by the institution.

Disciplinary law refers to the disciplinary penalties for affecting financial rights and professional status, the disciplinary proceedings process required for the establishment of disciplinary punishment, and the ways in which the public officer who performs the violations is more careful and attentive,

* Doç. Dr., Marmara Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, İdare Hukuku Anabilim Dalı.

KAYA Cemil, "Memur Disiplin Suç ve Cezalarına ve Disiplin Soruşturmasına Hakim Olan İlkeler", **Amme İdaresi Dergisi**, Cilt 38, Sayı 2, Haziran 2005, s.61.

Investigator conducting the disciplinary proceedings; to investigate all types of documents, to obtain information and documents from the related institutions and persons, to listen to witnesses, to make explorations on the spot, to take the defense of the investigated officer, to arrange an investigation report. However, it is also seen that some mistakes in the evaluations made during the use of these authorities known to the investigator or during the establishment of the investigation report have been contrary to the law.

Some of the decisions of the Council of State have established provisions that disciplinary law is independent and that criminal investigations do not link disciplinary investigations with provisions that do not prevent the use of illegal evidence in disciplinary investigations. However, it is possible that the Council of State has recently changed it and applied it in the disciplinary proceedings of the original, which is not to be used as evidence for unlawful findings provided for in Article 38 of our Constitution.

Keywords: Disciplinary proceedings, Illegal evidence, Criminal procedure, Disciplinary law, Protection of rights.

GİRİŞ

Kamu görevlilerinin çalıştıkları kurumun düzenini bozan veya kurumun sunduğu hizmetin düzgün yürütülmesini engelleyen faaliyetleri disiplin hukukunun konusunu oluşturmaktadır. Disiplin hukuku söz konusu ihlalleri gerçekleştiren kamu görevlisinin daha dikkatli ve özenli davranmasını sağlayacak, mali haklarına ve mesleki statüsüne etki yapmaya yönelik disiplin cezalarını ve bu cezalara ilişkin başvurulabilecek yolları ve disiplin cezasının tesisi için gereken disiplin soruşturma sürecini konu almaktadır.

Soruşturmayı yürüten amir veya görevlendirilen soruşturmacı¹; soruşturma konusuyla sınırlı olmak üzere her nevi evrakı incelemeye, ilgili kurumlardan ve kişilerden bilgi ve belge almaya, tanık dinlemeye, mahallinde keşif yapmaya, hakkında soruşturma yapılan memurun savunmasını almaya, soruşturma raporu düzenlemeye yetkilidir. Ancak, soruşturmacıya tanınan bu yetkilerin kullanımı sırasında veya soruşturma raporunun tesisi sırasında yapılan değerlendirmelerde bazı hatalar, hukuka aykırılıklar meydana geldiği de görülmektedir.

Bu kapsamda değerlendirilebilecek durumlardan biri de delillerin hukuka aykırı elde edilmesi halinde ve bunların soruşturma sonucunda tesis edilecek kararlarda değerlendirilip değerlendirilemeyeceğidir.

1. Hukuka Aykırı Delil Kavramı

Hukukun belli şekillerde yapılmasını emrettiği fiillere aykırı olarak vücut bulan bulgular hukuka aykırı olarak nitelik kazanacağından², bu suretle elde edilen deliller de hukuka aykırı delil olarak kabul edilecektir.

1 Çalışmamızda bundan sonra, soruşturmacı aksi belirtilmedikçe; disiplin amiri ve görevlendirilen soruşturmacıyı kapsayacak şekilde kullanılacaktır.

2 YAYLAK Cihan, *İdari Yargılama Usulünde Hukuka Aykırı Delillerin Değerlendirilmesi*, (Yayımlanmış Yüksek

Anayasamızın 38. maddesinin altıncı fıkrasında, kanuna aykırı olarak elde edilmiş bulguların, delil olarak kabul edilemeyeceği hüküm altına alınmıştır. Ceza Muhakemesi Kanununun konuya ilişkin 206. maddesinin ikinci fıkrasında delilin kanuna aykırı elde edilmesi durumunda reddedileceği, 217 maddesinin ikinci fıkrasında, yüklenen suçun hukuka uygun bir şekilde elde edilmiş her türlü delille ispat edilebileceği ifade edilmiştir.

Delillerin hukuka aykırı olarak kabulünde üç kriter kullanılmaktadır; konu bakımından, insan haklarını koruma bakımından ve elde etme yöntemi bakımından³. Doktrinde delil yasakları olarak da adlandırılan bu müessesenin amacı aslında kolluğu disiplin altına almak ve temek hak ve hürriyetleri korumaktır⁴.

Bu kapsamda, sanığın aydınlatılması yükümlülüğünün ihlal edilmesi, aldatma, cebir, tehdit gibi yöntemlerle yasak sorgu ve ifade yöntemlerinin kullanılması, iletişimin (izinsiz veya yargı kararı olmaksızın) dinlenmesi, gizli görüntü ve ses kaydı alınması, bilgisayarlarının ve sanığa ait özel alanın izinsiz ve yargı kararı olmaksızın aranması, kopyalama veya ek koyma suretiyle bilgi ve belge ele geçirilmesi gibi yöntemlerle elde edilen deliller hukuka aykırı delil olarak değerlendirilecektir⁵.

2. Hukuka Aykırı Delil Kullanılmayacağı İlkesinin Disiplin Soruşturmalarda Uygulanıp Uygulanmayacağı

Hukuka aykırı delil kavramı önce ceza yargılamasında benimsenen bir kavram olup, daha sonra hukuk muhakemesinde de benimsenmiştir⁶. Kavramın tüm yargılama hukuku bakımından benimsenmesi gerektiği genel olarak kabul görmekle birlikte⁷, disiplin soruşturmaları bir yargılama usulü olmadığından, ilkenin soruşturmalarda uygulanabilirliğini; ceza yargılaması ilkelerinin disiplin soruşturmalarda dikkate alınıp alınamayacağı göz önünde bulundurarak irdelemek gerekmektedir.

Zira, disiplin soruşturmaları sonucunda yaptırım tesis edilebildiğinden, benzer şekilde ceza tesisini konu alan ceza yargılaması ilkelerinin disiplin soruşturmaları bakımından da geçerli olması durumunda, hukuka aykırı delilin yargılamada kullanılmaması gerekliliği disiplin soruşturmalarda da geçerli bir ilke olacaktır.

Lisans Tezi) İstanbul, 2017, s. 8.

3 CENTEL Nur, ZAFER Hamide, **Ceza Muhakemesi Hukuku**, İstanbul, 2017, s. 235; ÖZTÜRK Bahri, ERDEM Mustafa Ruhan, **Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku**, Ankara, 2008, s. 488.

4 ÖZTÜRK, ERDEM, s.488.

5 Bu konuda detaylı bir çalışma için bkz. GÖKPINAR Mahmut, **Disiplin Hukukunda Yasak Hukuka Aykırı Deliller, Disiplin Suçu Teorisi**, İstanbul, 2011, s.68-200.

6 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanununun 189. Maddesinin ikinci fıkrasında aşağıdaki ifadelere yer verilmiştir: *"Hukuka aykırı olarak elde edilmiş olan deliller, mahkeme tarafından bir vakıanın ispatında dikkate alınmaz"*.

7 YAYLAK, s.92 ve s.92, dn. 22.

Danıştay kararları incelendiğinde, Danıştay'ın genel tutumunun ceza yargılaması ilkelerinin disiplin soruşturmalarında da uygulanması gerektiği yönünde olduğu görülmektedir:

Örneğin, Danıştay 12. Dairesi'nin 30.05.2017 tarih, 2016/7260 E., 2017/2823 K. sayılı kararında⁸, *"...Disiplin hukuku, cezalandırılma ilkeleri açısından ceza hukuku ile benzer özellikler taşımakta olup, kişilerin disiplin cezası ile cezalandırılabilmeleri için suç olarak belirlenmiş olan tutum ya da davranışın ilgilisi tarafından işlenmiş olduğunun kesin ve şüpheye yer bırakmayacak şekilde saptanması ve maddi gerçeğin tüm boyutlarıyla ortaya konması gerekmektedir. Ayrıca evrensel ceza hukuku ile Türk Ceza Kanunu'nda yer alan "şüpheden sanık yararlanır" ilkesi disiplin hukukunda da uygulama alanı bulmaktadır. Buna göre; disiplin yaptırımı uygulanacak kişi tarafından ikrar edilmeyen ve eldeki mevcut deliller ile disiplin normuna aykırı fiilin ispatı mümkün olmayan hallerde "şüpheden sanık yararlanır" ilkesi gereğince ilgilie disiplin cezası verilemeyeceğinin kabulü gerekmektedir..."*

Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulu'nun 26.11.2012 tarih, 2008/3476 E., 2012/2256 K. sayılı kararında⁹, *"...Ceza Hukuku kökenli bir ilke olan lehe olan hükmün uygulanması ilkesi; işlendiği zamanın hukuki normları uyarınca suç sayılan bir fiil sonradan yürürlüğe giren bir düzenleme ile suç olmaktan çıkarılmış bulunuyorsa veya sonradan yürürlüğe giren düzenleme suçun işlendiği zaman mevcut olan düzenlemeye göre suçlunun lehinde ise, sonraki normun daha önce işlenmiş olan fillere uygulanmasını öngörmektedir. Kural olarak idari işlemlerin yargısal denetimi tesis edildiği tarihte yürürlükte bulunan mevzuata göre yapılmaktadır. Bu anlamda idari işlem niteliğindeki disiplin yaptırımının da tesis edildiği tarihte yürürlükte bulunan mevzuata göre yargısal denetiminin yapılması gerekmekte ise de, ilke olarak suç ve cezada lehe olan normun uygulanması kuralının disiplin cezaları yönünden de geçerli olduğunun kabulü gerekmektedir. Dolayısıyla, fiilin işlendiği tarih itibarıyla yürürlükte bulunan mevzuat ile daha sonra yürürlüğe giren mevzuat hükümleri farklı ise disiplin cezası ile cezalandırılacak olan kişilerin lehine olan mevzuat hükmü dikkate alınmalıdır. Ancak lehe hükmün uygulanması amacıyla verilecek bir iptal kararının başka disiplin cezalarının uygulanmasına engel olmayacağı da tabiidir..."*¹⁰

Danıştay İdari Dava Daireleri Genel Kurulu'nun 20.04.2017 tarih, 2015/4973 E., 2017/1715 K. sayılı kararında¹¹, *"...Ceza Hukuku kökenli bir ilke olan lehe olan hükmün uygulanması ilkesi; işlendiği zamanın hukuki normları uyarınca suç sayılan bir fiil sonradan yürürlüğe giren bir düzenleme ile suç olmaktan çıkarılmış bulunuyorsa veya sonradan yürürlüğe giren düzenleme suçun işlendiği zaman mevcut olan düzenlemeye göre suçlunun lehinde ise, sonraki normun daha önce işlenmiş olan fillere uygulanmasını öngörmektedir. Kural olarak idari işlemlerin yargısal denetimi, tesis edildiği tarihte yürürlükte bulunan mevzuata göre yapılmaktadır. Bu anlamda idari işlem niteliğindeki disiplin yaptırımının da tesis edildiği tarihte yürürlükte bulunan mevzuata göre yargısal denetiminin yapılması gerekmekte ise de, ilke olarak suç ve cezada lehe olan normun*

8 www.kazanci.com

9 www.kazanci.com

10 Aynı yönde Danıştay 12. Dairesi'nin 25.05.2011 tarih, 2008/5948 E., 2011/2591 K. sayılı kararı, www.kazanci.com

11 www.kazanci.com

uygulanması kuralının disiplin cezaları yönünden de geçerli olduğunun kabulü gerekmektedir. Dolayısıyla, fiilin işlendiği tarih itibarıyla yürürlükte bulunan mevzuat ile daha sonra yürürlüğe giren mevzuat hükümleri farklı ise disiplin cezası ile cezalandırılacak olan kişilerin lehine olan mevzuat hükmü dikkate alınmalıdır. Ancak lehe hükmün uygulanması amacıyla verilecek bir iptal kararının, davacının eylemine uyan başka bir disiplin cezasının uygulanmasına engel olmayacağı da açıktır...”

Danıştay 12. Dairesi’ nin 10.03.2015 tarih, 2011/710 E., 2015/861 K. sayılı kararında¹², “... kamu görevlilerine disiplin cezası verilmeden önce ceza hukukunun genel ilkelerine riayet edilmesi, tek eyleme iki disiplin cezası verilmesi gibi uygulamalardan kaçınılması önem taşımaktadır...” ifadelerine yer verilmiştir.

Keza, Anayasa Mahkemesinin 04.04.1991 tarih, 1990/12 E., 1991/7 K. sayılı kararında¹³, “... Burada öncelikle çözümlenmesi gereken konu disiplin suç ve cezalarının Anayasa’nın 38. maddesinde yer alan suç ve cezalar kapsamında olup olmadığıdır. Genel olarak disiplin cezaları kamu görevi ile ilgili bir ceza türü olarak benimsenmektedir. Anayasa’nın 38. maddesinde idari ve adli cezalar arasında bir ayırım yapılmamış, ayrıca ceza yerine geçen güvenlik önlemleri de madde kapsamına alınmıştır. Buna göre, disiplin cezaları Anayasa’nın 38. maddesi kapsamındadır...”

20.10.2011 tarih, 2010/28 E., 2011/139 K. sayılı kararında¹⁴, “...Anayasa’nın 38. maddesinin ilk fıkrasında, “Kimse, ... kanununun suç saymadığı bir fiilden dolayı cezalandırılmaz” denilerek “suçun yasallığı”, üçüncü fıkrasında da “ceza ve ceza yerine geçen güvenlik tedbirleri ancak kanunla konular” denilerek, “cezanın yasallığı” ilkesi getirilmiştir. Anayasa’da öngörülen suçta ve cezada yasallık ilkesi, insan hak ve özgürlüklerini esas alan bir anlayışın öne çıktığı günümüzde, ceza hukukunun da temel ilkelerinden birini oluşturmaktadır. Anayasa’nın 38. maddesine paralel olarak Türk Ceza Kanunu’nun 2. maddesinde yer alan “suçta ve cezada kanunilik” ilkesi uyarınca, hangi eylemlerin yasaklandığı ve bu yasak eylemlere verilecek cezaların hiçbir kuşkuyla yer bırakmayacak biçimde yasada gösterilmesi, kuralın açık, anlaşılır ve sınırlarının belli olması gerekmektedir. Kişilerin yasak eylemleri önceden bilmeleri düşüncesine dayanan bu ilkeyle temel hak ve özgürlüklerin güvence altına alınması amaçlanmaktadır. Anayasa’nın 38. maddesinde idari ve adli cezalar arasında bir ayırım yapılmadığından disiplin cezaları da bu maddede öngörülen ilkelere tâbidir...”

ifadelerine yer verilmiştir.

Hukuka aykırı delil ilkesinin disiplin soruşturmalarda uygulanıp uygulanmayacağı ise Anayasa Mahkemesinin 13.07.2016 tarih, 2014/7738 Başvuru Numaralı kararına¹⁵ konu edilmiş olup, Mahkeme kararında şu hususlara yer vermiştir:

12 www.danistay.gov.tr

13 RG. 13.08.1991, S.20959.

14 RG. 07.02.2012, S.28197. Aynı yönde 14.6.2017 tarih, 2016/182 E., 2017/111 K. sayılı kararı için bkz. RG. 29.06.2017, S.30109.

15 R.G. 02.11.2016, S.29876.

“...T.C. Anayasasının 38’inci maddesine 03/10/2001 tarih ve 4709 Sayılı Kanununun 15’inci maddesiyle eklenen 7’inci fıkrası; “kanuna aykırı olarak elde edilmiş bulgular delil olarak kabul edilemez.” hükmünü amirdir. Davalı idarece Yargıtay ve Danıştay içtihatlarından örnekler verilerek, hukuka aykırı olarak elde edilen bulguların disiplin hukukunda delil olarak kabul edilebileceği beyan edilmiş ise de; Anayasanın “Temel haklar ve ödevler” başlıklı ikinci kısmında düzenlenen bu hüküm sadece ceza yargısında değil, hukuk yargısı ve idari yargıdadı da geçerlidir. Yani sadece ceza yargıcı değil, disiplin hukuku yönünden yargı denetimi yapan idare hukuku yargıcı da yapacağı yargılamada bu hükmü esas almak zorundadır. Anayasayı yorumlama konusunda tek yetkili mercii olan Anayasa Mahkemesi 04.04.1991 tarih ve 1990/12 E, 1991/7 K sayılı kararında özetle; Anayasanın 38’inci maddesinde idari ve adli cezalar arasında bir ayırım yapılmadığı belirtilerek disiplin cezalarının Anayasanın 38’inci maddesi kapsamında olduğu yönünde hüküm vermiştir. Tüm bu nedenlerle hukuka ve kanuna aykırı olarak elde edilmiş bulguların delil olarak kabul edilerek tek başına davacının ilişkisinin kesilmesine esas kabul edilmesi mümkün değildir...”.

Ancak, ceza hukuku/ceza yargılaması hukuku ilkelerinin disiplin hukukunda uygulanabileceğine dair söz konusu kararların yanı sıra Anayasa’ nın 38. maddesinde düzenlenen kanuna aykırı elde edilen bulguların delil olarak kullanılmayacağına ilişkin düzenleme “Hakların Korunmasına İlişkin Hükümler” başlığı altında yer aldığından doğrudan disiplin soruşturmalarında da dikkate alınabilecektir.

3. Disiplin Soruşturmasında Hukuka Aykırı Elde Edilmiş Bulgular

Disiplin soruşturması sırasında, disiplin hukukuna/hukuka aykırı olarak bulgu elde edilmesi de gerçekleşmiş olabileceği gibi, elde edilen bulguların değerlendirilmesinde de hukuka aykırılığın gerçekleştiği de görülmektedir.

Bu kapsamda disiplin soruşturmalarında oluşabilecek ihlaller şunlardır:

3.1. Aydınlatma Yükümlülüğünü İhlal

Bu yükümlülüğün alt unsurları arasında; ithamın bildirilmesi, avukatla temsil hakkının bildirilmesi, susma hakkının bildirilmesi, soruşturulanın somut delillerin toplanmasını isteme hakkının sağlanması, ifade ve sorgu işlemlerinin kaydında teknik imkanlardan yararlanılması gibi başlıklar yer almaktadır.

Disiplin soruşturmalarında, ithamın bildirilmesi soruşturmaya başlanmasıyla birlikte doğan bir yükümlülük olup, bir kamu görevlisi aleyhine disiplin soruşturması açılması, soruşturmaya başlanması halinde bu yükümlülüğün yerine getirilmesi gerekmektedir.

Nitekim Danıştay 12. Dairesinin 22.02.2006 tarih, 2005/6353 E., 2006/540 K. sayılı kararında¹⁶

16 “...Anayasanın “Hak Arama Hürriyeti” başlıklı 36. maddesinde; herkesin meşru vasıta ve yollardan faydalanmak suretiyle yargı mercileri önünde davacı ve davalı kimliğiyle sav ve savunma hakkına sahip olduğu belirtilmiştir. Sav ve

eylemin ve hangi disiplin suçunun teşekkül ettiğinin tespit edilmesi gereği, aksi durumun savunma hakkını kısıtlayacağı ve hukuka aykırı olacağı ifade edilmiştir.

Disiplin soruşturmasında, soruşturmacı tarafından; (soruşturulan) kamu görevlisinin savunmaya çağırılması gerekmektedir¹⁷. Anılan Danıştay kararı uyarınca, savunma hakkının kullandırılması amacıyla düzenlenen bu davette disiplin suçuna konu olan eylemin ne olduğunun, zamanının ve yerinin bilgisinin tam ve net olarak bildirilmesi gerekmektedir. Aksi halde, kamu görevlisi başkaca bir eylemin soruşturmaya konu olduğunu düşünerek disiplin suçunun teşekkül etmediği, iddia edilen şekilde gerçekleşmediği gibi savunmaları yapamayacak, yeri ve zamanını bilememesinden ötürü tanık gösteremeyecek veya mekana ilişkin açıklamalar yapamayacak veya en azından yeterli bir izahat da bulunamayacaktır.

Soruşturulan kamu görevlisinin Ceza Muhakemesi Kanunundaki gibi bir müdafiiyle temsil ettirilmesine dair bir zorunluluk bulunmamaktadır. Bu kapsamda avukatla temsil hakkının zorunlu olduğunu dolayısıyla avukatla temsil hakkının bildirilmesine gerek olduğunu ifade etmek güç görünmektedir¹⁸. Ancak, elbette ki, kamu görevlisinin savunma hakkını kullanırken

savunma hakkı birbirini tamamlayan ve birbirinden ayrılması olanaksız niteliğiyle hak arama özgürlüğünün temelini oluşturur. Önemi nedeniyle hak arama özgürlüğü yalnız toplumsal barışı güçlendiren dayanaklardan biri değil aynı zamanda bireyin adaleti bulma, hakkı olanı elde etme, haksızlığı önleme uğraşının da aracıdır. Bu hakkın kullanılması, yerine getirilmesi olabildiğince kolaylaştırılmalı, olumlu yada olumsuz sonuç almayı geciktiren, güçleştiren engeller kaldırılmalıdır.

Kişinin karşılaştığı bir suçlamaya karşı kendisini savunabilmesinin yada maruz kaldığı haksız bir eylem veya işleme karşı haklılığını ileri sürüp kanıtlayabilmesinin en etkili ve güvenceli yolu, yargı mercileri önünde dava hakkını kullanmak ve bu davada kullanılacak kanıtları mahkeme önüne getirebilme olanağına sahip olması gerekmektedir. Disiplin cezası ile cezalandırılan kamu görevlisinin disiplin suçu oluşturan eylemi açık bir şekilde belirlenmeli, disiplin suçu oluşturan bu eyleminin hangi disiplin kurallarını ihlal ettiği ortaya konulmalıdır. Aksi halde, kamu görevlileri isnad edilen eylemleri gerçekleştirmediklerini, dolayısıyla disiplin suçunu işlemediklerini kanıtlayamayacakları gibi, bu uyuşmazlıklara karşı açılan davalarda yapılacak hukuki nitelendirmeler de hakkaniyete uygun olmayacaktır.

...

Davacıya verilen disiplin cezalarının dayanağı olarak gösterilen eylemlerin Emniyet Örgütü Disiplin Tüzüğü'nde yer alan hangi disiplin suçu kapsamında olduğu ve bu maddeler uyarınca cezalandırılmaları gerektiğine yönelik olarak soruşturmacı tarafından bir belirlemede bulunulmadan ceza teklifinde bulunulması ve Emniyet Genel Müdürlüğü Yüksek Disiplin Kurulu'nca da teklif doğrultusunda ceza verilmiş olması nedeniyle, davacının işlediği iddia edilen eylemlerinin karşılığında haklılığını ortaya koyabilecek, disiplin suçunu işlemediğini kanıtlayacak, eylemlerinin karşılığında verilen cezaların eylemle örtüşmediğini ortaya koyacak savunma hakkından yoksun bırakılmış olması ve disiplin cezasının hukuka uygunluk denetimini yerine getirecek yargı yerinin hakkaniyete uygun etkin bir şekilde bu denetimi yerine getirmesi imkanının ortadan kaldırılmış olması hususları birlikte ele alınıp değerlendirildiğinde, davacının işlediği iddia edilen fiillerin Emniyet Örgütü Disiplin Tüzüğü'nün ilgili maddeleri kapsamında disiplin suçu oluşturduğu kanaatine varılarak davanın reddi yolunda verilen İdare Mahkemesi kararında hukuka aykırılık bulunmamaktadır...". Karar için bkz. www.kazanci.com

17 657 sayılı Kanununun 130. maddesindeki hüküm şu şekildedir:

"Devlet memuru hakkında savunması alınmadan disiplin cezası verilemez.

Soruşturmayı yapmanın veya yetkili disiplin kurulunun 7 günden az olmamak üzere verdiği süre içinde veya belirtilen bir tarihte savunmasını yapmayan memur, savunma hakkından vazgeçmiş sayılır".

Savunma alınmadan disiplin cezası verilemeyeceği yönünde Danıştay İdari Dava Daireleri Genel Kurulu' nun 17.02.2011 tarih, 2007/1846 E., 2011/6 K. sayılı kararı, Danıştay 8. Dairesi' nin 17.02.2006 tarih, 2005/3486 E., 2006/624 K. sayılı kararı için bkz. www.kazanci.com

18 Soruşturulan memura avukat atanmasının zorunlu olmadığı, bu durumun delil yasağı olmadığı, ancak kişi bu yardımı alırken de avukatın kişinin yerine geçerek sorulara cevap veremeyeceği, anlaşılmayan noktaları açıklayıp, olayla ilgili hususların müvekkile sorulmasını isteyebileceği hakkında bkz. GÖKPINAR, s.73.

avukatını yanında bulundurması da en doğal hakkı olduğundan bu hakkın kullanılmasına engel olmak bir ihlal teşkil edebilecektir.

Susma hakkının bildirilmesi soruşturulan kamu görevlisinin savunmaya çağırılması aşamasında ve hazırın olan kamu görevlisinin savunması alınmadan önce sağlanmalıdır¹⁹. Bu kapsamda, susma hakkının kullanılması durumunda ortaya çıkabilecek sakıncaların da soruşturulan kamu görevlisine bildirilmesi gerekmektedir. Bu nedenle, soruşturmacı tarafından düzenlenen soruşturmaya davet yazısında, eyleme ilişkin bilgi verildikten sonra savunma yapılacak tarihin ve yerin bilgisi verilmeli istenirse yazılı savunmada verilebileceği ifade edilmelidir. Akabinde susma hakkının bulunduğu hatırlatılmalı ve geçerli bir mazeret olmaksızın öngörülen tarihte yazılı ve/veya sözlü veya bu tarihe kadar yazılı savunma vermezse susma hakkını kullandığının kabul edileceği; bu durumda da dosyadaki diğer bilgi ve belgelere göre karar verileceği belirtilmelidir.

Soruşturulan kamu görevlisi, savunmasında kendi iddialarını destekleyecek bilgi ve belgelerin araştırılmasını, gösterdiği tanıkların dinlenilmesini isteyebilecek olup, bu talebinin değerlendirilmemesi halinde eksik bir incelemeyle bir disiplin soruşturması raporu tesis edilmiş olacaktır. Ayrıca, soruşturmacıya tanınan ilgili kurum ve kuruluşlardan gerekli bilgi ve belgeyi isteme, tanık dinleme, keşif ve bilirkişi incelemesi yapma gibi yetkiler, aslında kanımızca bir görev dahilinde düşünülmelidir. Zira, bu yetki aslında hukuka ve usule uygun bir işlemi tesis etme görevine bağlı olarak verilmiştir. Kaldı ki, soruşturulan kamu görevlisinin bu talebinin değerlendirilmemesinin nitelik olarak ithamın bildirilmemesi veya susma hakkının hatırlatılmamasından bir farkı da bulunmamaktadır. Zira, her durumda hukuka aykırı bir şekilde savunma hakkı kısıtlanmış olmaktadır.

Sadece soruşturulan kamu görevlisi değil aynı zamanda disiplin soruşturmalarında ifadelerine başvuru tanıklar bakımından da dikkat edilmesi gereken bir yükümlülük de ifade ve sorgu işlemlerinin kaydında teknik imkanlardan yararlanılmasında rızanın alınması gerekliliğidir. Zira, tanık veya soruşturulan memurun temel hak ve hürriyetlerine yapılan bir müdahale mevcut olup, bu müdahalenin meşru olabilmesi için kişinin rızasının alınması bir gerekliliktir. Diğer bir yandan rızası olmasa da kaydın sürdürülmesi ve tanığın/soruşturulanın bu durumu bilmesi halinde verilen ifadelerin sıhhati de tartışmalı olacaktır. Ayrıca, kaydın rıza alınmadan gizli yapılması veya rıza verilmemesine rağmen kaydın devam ettirilmesi ifade /sorgu sırasında yapılan bir aldatma olarak da nitelendirilebilecektir²⁰.

İfadesine başvuru tanıklar için de tanıklıktan çekinme hakkının kullanıp kullanılmayacağına ilişkin olarak da, tanıklıktan çekinme hakkının hatırlatılması gerektiği ifade edilmektedir. YAYLAK, bu hususa gerekçe olarak, Anayasa Mahkemesinin önüne gelen davalara bakıldığında disiplin yargılamasını ceza yargılamasına benzetmek suretiyle ceza hukukunun temel ilkelerinin

19 İfade alınmadan kişiye haklarının ve soruşturma konusunun bildirilmesi gerektiği bu hususun hukuki güvenlik ilkesinin gereği olduğu hakkında Danıştay 12. Dairesi' nin 28.01.2016 tarih, 2012/6421 E., 2016/324 K. sayılı kararı, www.kazanci.com

20 Bkz. GÖKPINAR, s.76.

disiplin yargılamasında da geçerli olduğunu ifade ettiği kararlara rastlanmakta olduğunu gerekçe göstermektedir²¹.

Disiplin soruşturmasında söz konusu aydınlatma veya bilgi verme yükümlülüklerinin yerine getirilmemesi veya usulüne uygun yapılmaması halinde alınan ifadelerin ve savunmaların sıhhati gölgeye düşeceğinden bu şekilde düzenlenen savunma/ifade tutanaklarının hukuka aykırı delil kapsamında değerlendirilmesi gerekmektedir. Bu şekilde düzenlenen tutanaklara dayanarak disiplin soruşturması yürütülmesi ve sonucunda ceza tesis edilmesi halinde, soruşturmanın ve tesis edilen cezanın hukuka aykırı olacağı da muhakkaktır.

3.2. Yasak Sorgu-İfade Yöntemlerinin Kullanılması

5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanununun 148. maddesinde, ifade alma ve sorguda yasaklanan usuller konu edilmiş olup, madde hükmü şu şekildedir:

“(1) Şüphelinin ve sanığın beyanı özgür iradesine dayanmalıdır. Bunu engelleyici nitelikte kötü davranma, işkence, ilâç verme, yorma, aldatma, cebir veya tehditte bulunma, bazı araçları kullanma gibi bedensel veya ruhsal müdahaleler yapılamaz.

(2) Kanuna aykırı bir yarar vaat edilemez.

(3) Yasak usullerle elde edilen ifadeler rıza ile verilmiş olsa da delil olarak değerlendirilemez.

(4) Müdafî hazır bulunmaksızın kollukça alınan ifade, hâkim veya mahkeme huzurunda şüpheli veya sanık tarafından doğrulanmadıkça hükme esas alınmaz.

(5) Şüphelinin aynı olayla ilgili olarak yeniden ifadesinin alınması ihtiyacı ortaya çıktığında, bu işlem ancak Cumhuriyet savcısı tarafından yapılabilir”.

Söz konusu yasaklamalar ceza soruşturmalarına ilişkin olsa da, maddenin ilk üç fıkrasının disiplin soruşturmalarına ilişkin olarak dikkate alınmasında herhangi bir sakınca bulunmamaktadır²².

Bu kapsam disiplin soruşturmasında, soruşturulan kamu görevlisinin veya ifade veren tanıkların, ifadelerinin alınması sırasında, soruşturmacı tarafından aldatıcı beyanlarda bulunulması, kötü davranışlar sergilenmesi, cebir ve tehdit teşkil edecek eylemlerde bulunulması veya sözler sarf edilmesi, ifadesi alınanlara ilaç verilmesi gibi hallerde alınan ifadeler hukuka aykırı delil haline gelecektir. Nitekim, söz konusu yasak usullerin uygulanması halinde vücut bütünlüğüne yönelik ihlaller oluşacağından Anayasada teminat altına alınan temel hak ve hürriyetlere de müdahale edilmiş ve Anayasaya aykırı bir şekilde bulgular elde edilmiş olacaktır. Bu durum ise, yapılan

21 YAYLAK, s.22.

22 Ceza hukuku ilkelerinin disiplin hukukunda da uygulanması gerektiğine dair yargı kararları gereği aslında bu durumun bir gereklilik olduğunu söylemek de mümkündür. Diğer fıkralar ise, müdafî ve savcılığa ilişkin ceza muhakemesini ilgilendiren düzenlemeler olduğundan esas alınmasına gerek bulunmamaktadır.

sorguda veya ifade alımında elde edilen bulguların hukuka aykırı bir delil olduğunu ortaya koymaktadır.

Nitekim, Anayasa Mahkemesinin 22.6.2001 günlü, E:1999/2, SPK: 2001/2 sayılı kararında da, Anayasaya hatta hukukun genel ilkelerine aykırı bir şekilde elde edilen bulguların hukuka aykırı delil oldukları ve kullanılamayacakları vurgulanmıştır:

“..Türk hukukunda “hukuka aykırılık”tan ne kastedildiği ise gerek hukuk uygulamasında gerekse doktrinde üzerinde tartışma olmayan bir konudur. Türk hukuk sisteminde hukuka aykırılık, gerek yazılı pozitif hukuk metinlerine gerekse hukukun evrensel uygulamaya kavuşmuş ilkelerine aykırılık anlamına gelir.

Hukuka aykırılık en başta milli hukuk sistemimiz içinde yürürlükteki tüm hukuk kurallarına aykırılık anlamına gelir. Bu çerçevede içinde, anayasaya, usulüne uygun olarak kabul edilmiş uluslararası sözleşmelere, kanunlara, kanun hükmünde kararnamelere, tüzüklere, yönetmeliklere, içtihadı birleştirme kararlarına ve teamül hukukuna aykırı uygulamaların tümü hukuka aykırılık kavramı içinde yer alır.

Bunun dışında, hukuk sistemimiz, hukukun genel ilkeleri adı verilen ve uygar dünyanın tüm medeni ülkelerinde uygulanan kuralları da hukuk kuralı olarak kabul etmektedir. Hukukun genel ilkelerinin neler olduğu konusunda bir belirsizlik olsa da, hukukun genel ilkelerinin hukuki bağlayıcılığı bulunduğu gerek uygulamada gerekse doktrinde tartışmasız olarak kabul edilmektedir. Anayasa Mahkememiz de birçok kararında, hukukun genel ilkelerinin varlığını kabul etmenin hukuk devletinin gereklerinden biri olduğunu ve bu ilkelerin yasakoyucu tarafından dahi yok edilemeyeceğini hükme bağlamıştır (örneğin bkz. E. 1985/31. K. 1986/1, KT. 17.3.1986, Anayasa Mahkemesi Kararlar Dergisi, S. 22. s. 115). Anayasa Mahkemesi'nin bu görüşleri çerçevesinde hukukun genel ilkeleri, yasalardan, hatta Anayasa'nın değiştirilebilir hükümlerinden de üstün bir konuma getirilmiştir. Gerçekten de, bir anayasa hükmünü ve yasayı değiştirme gücüne sahip yasakoyucu hukukun genel ilkelerini yok etmeye yönelik bir yasama tasarrufunda bulunamaz.

Özet olarak, Türk hukuk sisteminde “hukuka aykırı şekilde” elde edilen deliller hiçbir şekilde kullanılamaz. Hukuka aykırılıktan kasıt ise tüm pozitif hukuk kuralları ile birlikte hukukun kabul edilmiş evrensel ilkelerine aykırılıktır...”.

Diğer bir yandan, soruşturmada yasak usullerin uygulanması halinde kişinin bunlara bir son vermek amacıyla veya yanılması yoluyla gerçek iradesini yansıtmaması da ihtimal dahilinde olup, somut gerçekliğe ulaşmak da mümkün olmayabilecektir.

3.3. Delillerin Elde Edilmelerinde Hukuka Aykırı Yöntemlerin Kullanılması

İletişimin izinsiz dinlenmesi, gizli ses ve görüntü alınması, bilgisayarların izinsiz incelenmesi, gizli soruşturmacı görevlendirilerek disiplin soruşturmasının yürütülmesi gibi hallerde hukuka aykırı yöntemlerle delil elde edilmiş olacaktır.

Söz konusu ihlallerin ceza yargılamasında yasak delil veya hukuka aykırı delil teşkil ettirdiği gerekçesiyle, bu ihlallerle elde edilen bulguların hiçbir aşamada kullanılmamasını gerektirmekte ise de, Danıştay kararlarına bakıldığında hukuka aykırı delilin ortaya koyduğu bulgulara dayanılarak tesis edilen disiplin cezalarının bir kısmının hukuka uygun görüldüğü fark edilmektedir.

4. Danıştay'ın Disiplin Soruşturmasında Hukuka Aykırı Delillere İlişkin Kararları

Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulu'nun 21.04.2010 tarih, 2010/1391 E., 2010/273 K. sayılı kararında²³, İzmir Gümrük ve Muhafaza Başmüdürlüğünde gümrük muhafaza memur olarak görev yapan davacının 11.5.1999 günü Arena programında yayınlanan, personelin iş sahipleri ile para alışverişi ve rüşvet olaylarına ilişkin görüntülerde yer aldığı saptanması üzerine disiplin soruşturması başlatıldığı, soruşturma sonucu düzenlenen raporda, davacı ile bir miktar para aldığı iş takipçisi tarafından, görüntülerdeki kişilerin kendileri olduğunun kabul edildiği, bu hale göre, davacının kayıt işlemleri sırasında iş takipçisi olan kişi ve başka bir şahıs tarafından çekmecesine bırakılan parayı aldığı açıkça görülmesi karşısında, davacı ile iş takipçisi ve başka bir şahıs arasındaki para alışverişinin sabit olduğu, bu fiilin davacı açısından memuriyet sıfatı ile bağdaşmayacak nitelik ve derecede yüz kızartıcı ve utanç verici harekette bulunmak niteliğinde olduğu sonucuna varıldığı; bu durumda, disiplin soruşturması neticesi davacının sübuta eren bu eylemi nedeniyle Devlet memurluğundan çıkarma cezası ile cezalandırılmasına ilişkin dava konusu işlemde hukuka aykırılık bulunmadığı yönündeki yerel mahkeme kararı onanmıştır. Böylelikle, kişilerin özel hayatına müdahale niteliğinde olan gizli kamera çekimlerinin – hukuka aykırı delil olduğu göz ardı edilerek disiplin soruşturması kapsamında delil olarak kabul edilmiştir.

Danıştay 12. Dairesi'nin 04.02.2011 tarih, 2010/64 E., 2011/474 K. sayılı kararında²⁴, bir kamu görevlisi aleyhine yürütülen adli tahkikatta, telefon dinleme tutanaklarına göre uyuşturucu madde nakletme işinde diğer şüpheliler ile birlikte hareket ettiğinin belirtilmesi ve mahkumiyetine karar verilmesi gerekçe gösterilerek kaçakçılık yapmak veya kaçakçılarla ilişki kurmak suçunu işlediğinden bahisle Emniyet Örgütü Disiplin Tüzüğü'nün 8/22. maddesi uyarınca meslekten çıkarma cezası ile cezalandırılmasına ilişkin işlemin iptali dava konusu edilmiştir. Kararda, *“disiplin soruşturması ve yargılaması, ceza soruşturma ve kovuşturmasından bağımsız ve ayrıdır. Bu nedenle, ceza soruşturması ve kovuşturması sırasında kullanılmayan veya kullanılmayan bir kısım delillerin disiplin soruşturması ve yargılaması sırasında kullanılmasında hukuka aykırı bir durum olmadığı gibi, disiplin hukukunda kimi durumlarda kanaatin yeterli olması nedeniyle, bunu yasaklayan bir düzenlemeye de yer verilmemiştir”* denilmek suretiyle, kamu görevlisinin kabul etmediği, üçüncü kişilerin teknik takip ve yasal dinlenmesi neticesinde elde edilen bilgiler doğrultusunda kamu görevlisinin şahıslarla görev ilişkisini aşacak derecede samimi, şifreli ve şüphe uyandırıcı derecede konuşmalarının olması karşısında, Emniyet Örgütü Disiplin Tüzüğü'nün 8.maddesinin 22.bendinde yer alan “kaçakçılarla ilişki kurmak” fiilini işlediği yönünde hüküm tesis edilmiştir.

23 <http://www.kararara.com/forum/viewtopic.php?f=198&t=183342>

24 www.kazanci.com

Aynı Dairenin 2001/774 E., 2002/976 K. sayılı kararında²⁵, davacı tarafından, başka delillerle desteklenmedikçe sırf kaset görüntülerine dayalı olarak suçun sabit olduğunu kabul etmenin genel hukuk ilkelerine aykırı olduğu, kaldı ki görüntülerin yayımlandığı televizyon kanalınca orjinal kasetlerin silindiği ve aleyhinde verilmiş herhangi bir mahkumiyetinin de bulunmadığını ileri sürülmekte iken, televizyon programında kullanılan kaset kayıtlarının delil olarak değerlendirildiği disiplin soruşturmasında tesis edilen cezanın hukuka uygun olduğu kabul edilmiştir.

12.Dairenin 27.11.2007 tarih, 2007/3065 E. 9534 K. sayılı kararında üzerinde ses kaydı yapan cihaz takılı görevli vasıtasıyla tutulan ses kayıtları delil kabul edilerek kamu görevlisinin ihraç gerektiğine karar vermiştir²⁶.

30.09.2002 tarih, 2001/3558 E., 2002/2902 K. sayılı kararında da; muhakkik olarak atanan bir personelin davacının TEM Şubesindeki odasında bulunan dolabında yaptığı araştırmada çeşitli porno dergileri, porno gazete kupürleri, çeşitli illerden gönderilmiş kadın ve erkek fotoğrafları ile mektupların bulunması ile başlayan ve davacının memurluk sıfatı ile bağdaşmayacak nitelikte yüz kızartıcı ve utanç verici hareketlerde bulunduğuunun saptanması üzerine meslekten ihracına giden süreçte idarenin işleminin hukuka uygun olduğuna karar vermiştir.

Söz konusu kararlar eleştiriye açık olmakla birlikte, bu kararların ortak noktaları disiplin hukukunun bağımsız olduğu, ceza soruşturmalarının disiplin soruşturmalarını bağlamadığı ilkeleri üzerine kuruludur.

Ancak, bu ilkenin disiplin soruşturmalarında uygulanması da bir gereklilik olup, Danıştay'ın da son kararları bu ilkenin disiplin soruşturmalarında da uygulanacağı yönündedir:

Danıştay 12. Dairesi' nin 30.05.2017 tarih, 2016/7260 E., 2017/2823 K. sayılı kararında²⁷, Türk Ceza Kanunu'nda yer alan "şüpheden sanık yararlanır" ilkesi disiplin hukukunda da uygulama alanı bulduğu, disiplin yaptırımını uygulanacak kişi tarafından ikrar edilmeyen ve eldeki mevcut deliller ile disiplin normuna aykırı fiilin ispatı mümkün olmayan hallerde "şüpheden sanık yararlanır" ilkesi gereğince ilgiliye disiplin cezası verilemeyeceğinin kabulü gerekmekte olduğu ifade edilmiştir²⁸.

Danıştay 16. Dairesi' nin 11.11.2015 tarih, 2015/3643 E., 2015/6993 K. sayılı kararında²⁹, dava konusu meslekten çıkarma cezasına esas alınan davacıya isnat edilen fiillerin, büyük oranda davacı dışındaki üçüncü kişilerin telefon görüşmelerinin usulüne uygun olarak dinlenilmesi sonucu elde edilen tapelerden tespit edildiği görüldüğünden, öncelikle bu tapelerin davacıya

25 <https://legalbank.net/belge/d-12-d-e-2001-774-k-2002-976-t-14-03-2002-danistay-12-daire-karari/618493/>

26 <http://www.haberturk.com/gundem/haber/596750-hukuka-aykiri-delil-ve-disiplin-sorusturmasi>

27 www.kazanci.com

28 Aynı yönde Danıştay 12. Dairesinin 18.05.2016 tarih, 2012/13063 E., 2016/3103 K. sayılı kararı.

29 www.kazanci.com

verilen meslekten çıkarma cezası açısından delil olarak kullanılıp kullanılamayacağı konusunun irdelenmesi gerekmekte olduğuna hükmedilerek aşağıdaki ifadelere yer verilmiştir:

“...5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nun “Tesadüfen elde edilen deliller” başlıklı 138. maddesinin 2. fıkrasında “Telekomünikasyon yoluyla yapılan iletişimin denetlenmesi sırasında, yapılmakta olan soruşturma veya kovuşturmayla ilgisi olmayan ve ancak 135; inci maddenin altıncı fıkrasında sayılan suçlardan birinin işlendiği şüphesini uyandırabilecek bir delil elde edilirse; bu delil muhafaza altına alınır ve durum Cumhuriyet Savcılığına derhâl bildirilir.” hükmüne yer verilmek ve Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nun E:2013/483, K2013/599 sayılı kararında “Maddi gerçeğin araştırılması aşamasında kişisel ya da toplumsal değerlerin korunması zorunludur. Bu değerlerin korunması amacıyla kanun koyucu delillerin serbestliği ilkesine delil yasakları olarak adlandırılan birtakım sınırlamalar getirmiştir. Delil yasakları delil elde etme ve delil değerlendirme yasağı olarak iki gruba ayrılmaktadır. Delillerin elde edilme şekline ilişkin yasaklara delil elde etme yasakları, hukuka uygun elde edilmiş olsa bile o delilin yargılamada ortaya konulup değerlendirilmesine ilişkin yasaklara ise delil değerlendirme yasakları denilmektedir. CMK'nın telekomünikasyon yoluyla yapılan iletişimin denetlenmesi sırasında elde edilen delillerin aynı Kanun'un 135. maddesinin altıncı fıkrasında sayılanlar dışında bir suçun soruşturma ve kovuşturulmasında kullanılmaması ise delil değerlendirilmesi yasaklarına örnek olarak gösterilebilir. 5271 sayılı CMK'nın [217. maddesinin](#) ikinci fıkrasında yer alan; “Yüklenen suç, hukuka uygun bir şekilde elde edilmiş her türlü delille ispat edilebilir” şeklindeki düzenleme ile ayrıca ceza muhakemesinde kullanılacak delillerin hukuka uygun şekilde elde edilmesi gerektiği belirtilmiştir. Ancak, 135. maddenin altıncı fıkrasında sayılan suçlarla sınırlı olmak kaydıyla aynı soruşturma veya kovuşturmayla ilgili suçlar yönüyle evliyyetle kullanılabilceğinin kabulü gerekir” denilmekle, 135. maddede sayılan suçlar için başlatılmış bir soruşturma veya kovuşturmada elde edilen delillerin 135. madde kapsamında olmayan suçlar için kullanılamayacağı kabul edilmiş olmaktadır.

Yukarıda yer verilen kanun hükümleri ve yargı kararlarının değerlendirilmesinden, telekomünikasyon yoluyla yapılan iletişimin denetlenmesi sırasında elde edilen ses kayıtlarının, bu soruşturma veya kovuşturmayla ilgisi olmayan üçüncü kişiler hakkında yürütülecek disiplin soruşturmasında delil olarak kullanılamayacağı ve sadece bu delillere dayanılarak disiplin cezası verilemeyeceği sonucuna ulaşılmaktadır.

Bu durumda, dava konusu disiplin cezasının verilmesinde, davacının özel hayatı kapsamındaki davranış ve ilişkilerinin belirleyici olduğu anlaşıldığından, davacıya verilen meslekten çıkarma cezasının, Anayasanın 20. maddesi ve AİHS'nin 8. maddesinde tanımlanan özel hayatın gizliliği hakkına orantısız bir müdahale oluşturduğu ve bu yönüyle hukuka uygun olmadığı sonucuna varılmasının yanısıra; “soruşturmada adı geçen suç örgütü lideri ve üyesi kişilerin bir kısım adli işlerini takip etmek” ve “bahsi geçenlerin kendi işlerinde mesleki sıfat ve konumunu kullanmalarına müsaade etmek” gibi davacının mesleki hayatına ilişkin olan suçlamaların ise davacı aleyhine delil olarak kullanılamayacak olan tapeler dışında, her türlü şüpheden uzak, kesin ve somut delillerle kanıtlanmadığından, davacıya verilen meslekten çıkarma cezasında hukuka uyarlık bulunmamaktadır...”.

5. Anayasa Mahkemesinin Hukuka Aykırı Delillere İlişkin Kararları

Anayasa Mahkemesi, 04.04.1991 tarih, 1990/12 E., 1991/7 K. sayılı kararında³⁰, disiplin suç ve cezalarının Anayasa'nın 38. maddesinde yer alan suç ve cezalar kapsamında olup olmadığını irdelemiş; Anayasa'nın 38. maddesinde idari ve adli cezalar arasında bir ayırım yapılmadığını, ayrıca ceza yerine geçen güvenlik önlemleri de madde kapsamına alındığını; buna göre, disiplin cezaları Anayasa'nın 38. maddesi kapsamında olduğuna hükmetmiştir³¹.

Anayasa Mahkemesi' nin 13.07.2016 tarih, 2014/7738 Başvuru Numaralı kararına³² TSK emrinde sivil memur olarak görev yapan başvurucu hakkında tesis edilen disiplin cezası konu edilmiştir. Söz konusu disiplin cezasının, ...@hotmail.com isimli kim tarafından idare edildiği belli olmayan bir internet portalında yayınlanan ve başvurucuya ait olduğu iddia edilen cinsel içerikli ses kayıtlarına dayanılarak yapılan soruşturma sonucunda tesis edildiği görülmektedir. Başvurucu tarafından söz konusu kayıtlar hukuka aykırı delil teşkil etmesi sebebiyle bu kayıtlara istinaden ceza tesis edilemeyeceği iddiasıyla Askeri Yüksek İdare Mahkemesinde iptal davası açılmışsa da mahkeme tarafından iptal talebi reddedilmiştir. Gerekçe olarak ise, disiplin hukukunun kendine özgü nitelikleri göz önünde bulundurularak söz konusu delillere istinaden ceza tesisinde hukuka aykırılık bulunmadığı belirtilmiştir. Karar, oy çokluğuyla alınmış ve karara katılmayan üye, karşı oy yazısında hukuka aykırı delil değerlendirmesi yaparak cezai işlemin iptali gerektiğini vurgulamıştır. AYİM'in ret kararı üzerine dosya önüne gelen Anayasa Mahkemesi, detaylı bir incelemeyle söz konusu ses kayıtlarına göre verilen disiplin cezasını değerlendirmiş; disiplin hukukunun ve bilhassa da askeri disiplin düzeninin münhasır niteliklerini ifade ettikten sonra, Anayasamızın 20. maddesinde hüküm bulan özel hayatın gizliliği hakkı çerçevesinde incelemesini yapmıştır. Bu kapsamda, Mahkeme, kamu görevlilerinin tabi olduğu düzenlemeleri ve sınırlamaları da ele almıştır:

“...Devlet memuru olarak belirli bir sorumluluk taşıyan başvurucu, bu görevi kabul etmek suretiyle kamu görevlisi olmaktan kaynaklanan disiplin ve tutum istemine kendi iradesiyle dâhil olmuştur. Yukarıda belirtilen temellere dayanan bu sistem doğası gereği kişinin hak ve özgürlüklerine herhangi bir vatandaşa uygulanamayacak sınırlamalar getirmektedir. Zira kamu yararı, kamu görevlilerinden uymaları gereken meslekî ve etik kurallar açısından tam bir uyum beklemektedir. Özellikle mesleki yaşamı ile bağlantısı olabilecek bazı özel hayat unsurları açısından başvurucunun mesleki ve etik kurallara aykırı davranışlarının kamu görevlilerinin ve bu bağlamda kamu hizmetinin saygınlığı üzerinde belirli bir etkiye sahip olabileceği açıktır. Ancak her ne kadar AYİM kararında bir İnternet sitesinde yayımlanan ses kayıtlarından haberdar olan idare tarafından disiplin hukuku açısından bir değerlendirme yapılabileceği belirtilerek ilgili disiplin kurulu kararının ve yargı kararlarının gerekçelerinde başvurucunun taşıdığı kamu görevlisi sıfatına vurgu yapılmış ise de somut başvuruya konu eylem ve davranışların başvurucunun mahremiyet alanında cereyan eden

30 R.G. 13.08.1991, S.20959

31 Aynı yönde, 14.01.2015 tarih, 2014/100 E., 2015/6 K. sayılı kararı, R.G. 07.04.2015, S.29319.

32 R.G. 02.11.2016, S.29786.

ve rızası ile alenileştirdiğinc dair bir bulgu bulunmayan özel yaşam eylemlerine ilişkin olduğu, ayrıca başvurucuya ait olduğu hususunda kesin olarak bir tespitin de bulunmadığı anlaşılmaktadır.

...

Özellikle kamu görevlilerinin mesleki yaşamlarıyla da bütünleşen baz özel hayat unsurları açısından sınırlamalara tabi tutulabilecekleri açıktır. Bununla birlikte 657 sayılı Kanun'un 125. maddesinde yer verilen disiplin cezasını gerektiren fiil ve hâller kapsamında, devlet memuru vakarına yakışmayan tutum ve davranışta bulunmanın uyarma cezasını, hizmet dışında devlet memurunun itibar ve güven duygusunu sarsacak nitelikte davranışlarda bulunmanın kınama cezasını, memurluk sıfatı ile bağdaşmayacak nitelik ve derecede yüz kızartıcı ve utanç verici hareketlerde bulunmanın ise devlet memurluğundan çıkarma cezasını gerektirdiği yönündeki düzenlemede, aralarındaki ağırlık ve önem düzeyi idarece takdir edilmek suretiyle öngörülecek disiplin cezasının belirlenebileceği benzer mahiyette eylem biçimlerine ye verilmiş olması ve benzer düzenlemelerin ilgili Yönetmelik hükümlerinde de yer alması karşısında, hakkındaki disiplin süreci sonucunda başvurunun devlet memurluğundan çıkarma cezası almış olmasının, mesleki hayatı üzerinde olduğu kadar, temel geçim kaynağından yoksun kalması nedeniyle ekonomik geleceği üzerinde de önemli bir etki oluşturmakla daha Önemli hâle geldiği anlaşılmaktadır ...

Başvurucunun söz konusu özel yaşamına ilişkin gerek disiplin kararında gerekse yargı kararlarında isnat edilen eylemlerinin mesleki hayatı üzerindeki etkilerine dair karar gerekçelerinde yeterli ve ikna edici gerekçeler ortaya konulmadığı gibi anılan eylemlerin TSK'nın işleyişi Üzerindeki etkisi ve risklerinin de açıklanmadığı, soruşturmaya konu ses kayıtlarının hukuka aykırı şekilde dinlenerek kayda alındığı ve manipülasyon yapılarak elde edildiği konusunda ileri sürülen iddialara ilişkin olarak bir araştırma yapılmadığı, hukuka aykırı delillerin yürütülen disiplin soruşturmasında geçerli delil olarak kabul edilemeyeceği ve hukuka aykırı delillere dayanılarak işlen tesis edilemeyeceği hususunun gözetilmediği, soruşturma usulünün hukuka aykırı yöntemler içerdiğine yönelik iddianın incelenmediği, ayrıca anılan hususlar öncelikle değerlendirildikten sonra isnat edilen disiplin suçuna konu eylemler ile soruşturma neticesinde verilen devlet memurluğundan çıkarma cezası dikkate alınarak hizmet geçmişi olumlu olan, ödül ve başarı belgeleri bulunan başvuru hakkında Anayasa'nın 20. maddesi çerçevesindeki bireysel yararı ile kamunun yararı arasında adil ve ölçülü bir dengenin gözetilmesi hususunda bir değerlendirme yapılmadığı, başvurunun öze hayatının gizliliği hakkı üzerindeki sınırlamanın zorunlu ya da istisnai tedbirle) niteliğinde olduğu veya başvurulabilecek son çare ya da alınabilecek en son önlem niteliğinde olduğu hususunda bir inceleme yapılmadığı ve bu hususta gerekli özenin gösterilmediği sonucuna ulaşılmıştır.

... Yukarıda belirtilen disiplin süreci ile idari ve yargısal makamların karar gerekçeleri göz önünde bulundurulduğunda başvurucuya verilen disiplin cezası kapsamında sınırlandırma ile ulaşılabilecek genel yarar ile temel hak ve özgürlüğü sınırlandırılan bireyin kaybı arasında adil bir dengenin sağlanmadığı anlaşıldığından başvurunun Anayasa'nın 20. maddesinde güvence altına alınan özel hayatın gizliliği hakkının ihlal edildiğine karar verilmesi gerekir..."

Kısaca, Mahkeme özel hayatın gizliliği ve özel hayata saygı hakkını ve Anayasamızın 13. maddesinde düzenlenen temel hak ve özgürlüklerin sınırlama ölçütlerini dikkate alarak, ses kayıtlarının Anayasada yer alan hakların sınırlandırma ölçütlerini aşacak derecede ihlali vasıtasıyla ele geçirilmesinden ötürü hukuka aykırı delil olarak değerlendirmiş³³ ve özel hayatın gizliliği hakkının ihlal edildiğine karar vermiştir.

6. Sonuç ve Değerlendirme

İdarenin kamusal kudretinden kaynaklı olarak kamu kişilerin hak ve hürriyetini ihlal edici şekilde elde edilen delillerin hukuka aykırı delil olarak kabul edilmektedir. Bu kapsamda aynı sorunun kamu görevlileri hakkında yürütülen soruşturmalar kapsamında da gündeme geldiği görülmektedir. Yargı kararlarına bakıldığında bazı kararlarda; kamu görevlisinin tabi olduğu hukuki rejimin niteliği gereği ve disiplin hukukunun bağımsız olduğu gerekçeleriyle bu delillerin kullanılmasında sakınca görülmediği fark edilmektedir. Söz konusu kararların gerekçelerinde, ceza hukuku ilkelerinin disiplin hukukunda uygulanması gerektiği diğer bir ifadeyle disiplin soruşturması ve yargılaması, ceza soruşturma ve kovuşturmasından bağımsız ve ayrı olduğundan ceza soruşturması ve kovuşturması sırasında kullanılmayan veya kullanılmayan bir kısım delillerin disiplin soruşturması ve yargılaması sırasında kullanılmasında hukuka aykırı bir durum olmadığı ifadelerine rastlanmakta ve hukuka aykırı bir şekilde elde edilen delillere geçerlilik tanındığı görülmektedir.

Ancak, Danıştay'ın daha yeni tarihli kararlarında ve Anayasa Mahkemesi kararlarında tam aksi kanaate, hukuka aykırı delille disiplin cezası teşekkül ettirilmesinin hukuka aykırı olduğuna hükmedilmektedir. Söz konusu kararlar, Anayasamızın 38. maddesi hükmü göz önünde bulundurularak tesis edilmiş olup, madde hükmü hukuka aykırı delil yasağının tüm yargılama türlerini ve hatta disiplin soruşturmalarını da içtimal edecek şekilde geniş bir çerçevede değerlendirilmesini gerektirmektedir. Kaldı ki maddenin aksine yorumlanması, bir hukuk düzeninde hukuka aykırı olan delili diğer bir hukuk düzeninde hukuka uygun kabul ederek yargılamanın yapılması, hukuk devletine olan güveni zayıflatacaktır³⁴.

Diğer bir yandan, kuralın mutlak uygulanmasının da bazı sakıncaları ihtiva ettiği de ifade edilmektedir. YASİN, hukuka aykırı olarak elde edilmiş olsa dahi, özellikle kamu düzeni ve kamu yararı bakımından müdahaleyi gerekli kılan durumlarda idarenin hukuka aykırı delillere göre işlem tesis etmesinin mümkün olması gerektiğini ifade etmektedir³⁵.

Başka bir husus da, idare ile bireyin statü farklılığı, idarenin var oluş amacı, ispat yükünün taraflarca eşit bir yükümlülük olmayışıdır. Bu durum kamu görevlisiyle ajanı olduğu idare

33 YAYLAK, s.91.

34 YAYLAK, s.93.

35 Yazar verdiği örnekte, "Bir öğrencisini taciz ettiği hukuka aykırı delil ile ispatlanan öğretmenin, öğretmenlik mesleğine devam etmesine müsaade etmek kamu düzeni bakımından kabul edilemez." şeklinde tespitite bulunmaktadır. YASİN Melikşah, **İdari Yargılama Usulünde İspat**, İstanbul, 2015, s.63.

arasında da geçerli olup, disiplin soruşturmasında kuralın mutlak uygulanması durumunda da zaten sağlanamayan silahların eşitliği ilkesinin daha fazla zarar görmesine neden olunacaktır. Şöyle ki; personel disiplin soruşturmasındaki savunmasına esas olan belgeyi, iddiasını ispat için amirinin çekmecesinden gizlice alarak soruşturmacıya sunması durumunda, normal şartlarda meşru olan bir delil hukuka aykırı hale gelmiş olacaktır. Kural mutlak olarak uygulandığında da, personelin sunduğu belgeye göre karar verilemeyeceğinden personelin haksız yere ceza alması gündeme gelecektir.

Anılan nedenle, idare hukukun özelliği gereği söz konusu ilkenin belirli ölçütler dahilinde esnetilebilmesi mümkün olmalıdır.

Nitekim, KUNTER, hukuka aykırı delil yasağının, sanığın temel haklarına aykırılık olarak okunması gerektiğini, hukuka uygun veya aykırı olarak elde edilen deliller kullanılarak verilen hükmün, Anayasa'nın 36. maddesinde³⁶ gösterildiği biçimde adil ise, delilin hukuka aykırı bile olsa kullanılabilmesi gerektiğini ifade etmektedir³⁷. Bu nedenle, disiplin soruşturmasında da hukuka aykırı delil konusunda olayın şartlarını göz önünde bulundurarak disiplin cezası verip vermemekle ihlal olunan temel hak ve hürriyetin niteliği ve ağırlığı değerlendirilmelidir.

Diğer bir yandan, hukuka aykırı yollardan elde edilmiş deliller, soruşturmaya konu fiilin işlendiğini tereddüde mahal bırakmayacak şekilde ortaya koyabilmektedir. Bu tür delilleri soruşturmanın dışında bırakarak hiç değerlendirmemek, adalet duygusu bakımından yıpratıcı neticeler doğurabilecektir. Bu nedenle, hak ve hürriyet bakımından gerekli değerlendirmenin yapılması veya en azından söz konusu bulgulara tek başına delil değeri tanınmadan, onu destekleyen ve üzerindeki şüpheyi bertaraf eden diğer bir takım delil unsurlarıyla soruşturmanın yürütülmesi daha yerinde olacaktır³⁸.

Danıştay 16. Dairesi' nin 01.07.2015 tarih, 2015/14258 E., 2015/4219 K. sayılı "Gizli kamera yerleştirmek suretiyle yasaya aykırı şekilde elde edilmiş kayıtların tek başına delil niteliğinin olmadığı hakkında" denilerek verilen bozma kararında, söz konusu hukuka aykırı delillerin destekleyici diğer delillerle geçerlilik kazanabileceğine işaret edilmiştir. Dava, İzmir 8. İş Mahkemesinde yazı işleri müdürü olarak çalışan davacının, ara kararların yerine getirilmesi için taraflardan alınan pulları zimmetine geçirdiği gerekçesiyle verilen devlet memurluğundan çıkarma cezasının iptali hakkında açılmıştır. Söz konusu pulların sürekli olarak azalması üzerine mahkeme çalışanları tarafından gizli kamera yerleştirilmiş ve pulları davacının "aşırıldığı" açık olarak kayda alınmıştır. Aynı tarihlerde davacı hakkında zimmet suçlamasıyla açılan ceza davasında mahkumiyet kararı verilmesine binaen İdare Mahkemesi, iptal talebini reddetmiştir. Temyiz incelemesi yapan Danıştay 12. Daire de benzer gerekçeyle ilk derece mahkemesinin kararını onamıştır. Davacının son olarak karar düzeltme talebiyle müracaat ettiği

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

37 KUNTER, Nurullah / YENİSEY, Feridun / NUHOĞLU, Ayşe, **Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku**, İstanbul, 2006,s.1030.

38 YAYLAK bu tür bir yorumu idari yargılamadaki hukuka aykırı deliller için yapmıştır. Bkz. YAYLAK, s. 106.

Danıştay 16. Daire, dava sürecinde davacının hakkında açılan ceza davasında verilen beraat hükmünün de etkisiyle, gizli kamera kayıtları hakkında “tek başına delil değerinin olmadığı” değerlendirmesinde bulunmuştur. 16. Daire'nin söz konusu değerlendirmesinden hareketle, görüntü kayıtlarını destekleyici mahiyette başka unsurlar olması halinde hukuka aykırı delillere geçerlilik tanınabileceği görülmektedir³⁹.

39 Karar ve yorumu için bkz. YAYLAK, s. 107,108 ve dn55).

KAYNAKÇA

CENTEL Nur, ZAFER Hamide, **Ceza Muhakemesi Hukuku**, İstanbul, 2017.

GÖKPINAR Mahmut, **Disiplin Hukukunda Yasak Hukuka Aykırı Deliller, Disiplin Suçu Teorisi**, İstanbul, 2011.

KAYA Cemil, “Memur Disiplin Suç ve Cezalarına ve Disiplin Soruşturmasına Hakim Olan İlkeler”, **Amme İdaresi Dergisi, Cilt 38, Sayı 2, Haziran 2005**.

KUNTER, Nurullah / YENİSEY, Feridun / NUHOĞLU, Ayşe, **Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku**, İstanbul, 2006.

ÖZTÜRK Bahri, ERDEM Mustafa Ruhan, **Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku**, Ankara, 2008, s. 488.

YAŞİN Melikşah, **İdari Yargılama Usulünde İspat**, İstanbul, 2015,

YAYLAK Cihan, **İdari Yargılama Usulünde Hukuka Aykırı Delillerin Değerlendirilmesi**, (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi) İstanbul, 2017.

<http://www.haberturk.com/gundem/haber/596750-hukuka-aykiri-delil-ve-disiplin-sorusturmasi>

<https://legalbank.net>

www.danistay.gov.tr

www.kazanci.com

www.kararara.com