

ULUSLARARASI BELGE VE RAPORLAR IŞIĞINDA YARGI MENSUPLARININ DİSİPLİN SORUŞTIRMALARINDA HUKUKİ DİNLENİLME VE SAVUNMA HAKKI

(THE RIGHT TO LEGAL HEARING AND DEFENSE OF JUDICIAL MEMBERS IN
DISCIPLINARY INVESTIGATIONS IN THE LIGHT OF INTERNATIONAL DOCUMENTS AND
REPORTS)

Dr. Bahattin ARAS**

ÖZ

Bütün kamu görevlileri bakımından geçerli olduğu gibi hakim ve savcılar bakımından yürütülen disiplin soruşturmalarında da hukuki dinlenilme ve savunma hakkının bir gereği olarak hakim ve savcıların savunması alınmadan disiplin cezası verilmesi mümkün değildir. Savunma hakkının etkin olarak kullanılabilmesi bakımından ise disiplin soruşturmasının konusu olan eylemin ve bu eylemin ispatına yönelik bütün bilgi, belge ve delillerin bildirilmesi gerekir. Ayrıca ilgilinin hakkındaki itham ve iddialar konusunda tam ve zamanında haberdar edilmesi, savunmasını hazırlamak için yeterli süre ve imkâna sahip olması, dosyaya erişim hakkının kısıtlanmamış olması, çelişmeli bir yargılamanın gereklerine uygun hareket edilmesi de hukuki dinlenilme hakkı ve savunma hakkı kapsamındadır. Bu gereklere uyulmaması halinde adil yargılanma hakkı ihlal edilmiş olacaktır.

Anahtar Kelimeler: Hukuki Dinlenilme Hakkı, Savunma, Disiplin Soruşturması, Hakim, Savcı

ABSTRACT

Disciplinary punishment without taking the defense is not possible as a requirement of the right to legal hearing and defense in disciplinary investigations carried out for judges and prosecutors as well as for all public officials. In order to use the right of defense effectively, the action that is the subject of the disciplinary investigation and all the information, documents and evidence regarding the proof of this action should be reported. In addition to this, to be informed about the accusations and allegations in full and on time, to have sufficient time and opportunity to prepare his defense, not to be restricted from the right to access the file and to act in accordance with the requirements of a contradictory trial are within the scope of the right to legal hearing and the right to defense. If these requirements are not followed, it means that the right to a fair trial is violated.

^H Eserin Dergimize geliş tarihi: 11.03.2021. İlk hakem raporu tarihi: 29.03.2021. İkinci hakem raporu tarihi: 17.05.2021. Onaylanma Tarihi: 17.05.2021.

* Dr., Freelance Editör/Danışman

** Yazarın ORCID belirleyicisi: 0000-0002-3551-7363

Esere Atıf Şekli: Bahattin Aras, "Uluslararası Belge ve Raporlar Işığında Yargı Mensuplarının Disiplin Soruşturmalarında Hukuki Dinlenilme ve Savunma Hakkı", YÜHFD, C.XVIII, 2021/2, s. 1499-1524.

Keywords: *The Right to Legal Hearing, Defense, Disciplinary Investigations, Judge, Prosecutor*

I-) GİRİŞ

Yargının bağımsızlığının ve hakimlik teminatının etkin olarak korunabilmesi bakımından hakim ve savcılar hakkındaki disiplin soruşturmaları ve yargılama esaslarının da Anayasa, yasalar ve uluslararası belgelerde belirtilen esaslara uygun olarak yürütülmesi gerekir. Aynı şekilde yargı mensuplarının keyfi uygulama ve kararlar vermesinin önüne geçilmesi, yargı mensubu olmanın gerektirdiği etik değer ve ilkelere uygun davranmasının temini ve kendi kişisel eylemlerinden dolayı hesap verebilmesinin sağlanması bakımından da bu kurallar önem arz etmektedir.

Hakim ve savcı disiplin soruşturmalarının, yargının bağımsızlığına ve hakimlik teminatına zarar vermeden yürütülebilmesi bakımından bu esaslar üzerine kurulmuş olan Hakimler ve Savcılar Kurulunun bağımsız ve tarafsız hareket etmesi ve adil bir soruşturma süreci yürütmesi gerekmektedir. Adil bir soruşturma sürecinin temel gereklerinden biri de disiplin soruşturmasına tabi tutulan hakim ve savcının hukuki dinlenme ve savunma hakkına ve bu hakkın gerektirdiği güvencelere uygun hareket edilmesidir.

AİHM kararlarında hakim ve savcılara ilişkin disiplin soruşturmaları, yargı bağımsızlığı, hakimlik teminatı ve hukukun üstünlüğü ilkeleri kapsamında ele alınmaktadır. Bu ilkeler çerçevesinde disiplin sürecinde Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 6. maddesinde düzenlenen adil yargılanma hakkının gerektirdiği tüm usuli hak ve güvencelerin sağlanması, AİHM'nin disiplin soruşturmaları bakımından aradığı temel koşullardır. Bu bağlamda silahların eşitliği, çelişmeli yargılama, gerekçeli karar, susma ve kendisini suçlamama hakkı, duruşmada hazır bulunma ve sözlü savunma, masumiyet karinesinden yararlanma gibi haklar da, AİHM tarafından adil yargılanma hakkının bir parçası kabul edilmektedir².

AİHM, hakkında bir disiplin yaptırımı uygulanan yargı mensuplarınca yapılan başvuru dosyalarında hukuki dinlenme ve savunma hakkı kapsamında; yargı mensubunun; hakkındaki itham ve iddialar konusunda tam ve zamanında haberdar edilip edilmediği; savunmasını hazırlamak için yeterli süre ve imkâna sahip olup olmadığı; çelişmeli bir yargılanmanın gerektirdiği; tanık dinletme, iddia makamının tanıklarının sorguya çekme, bilirkişi incelemesi talep etme gibi hakların tanınıp tanınmadığı gibi adil yargılanma hakkından kaynaklı kriterleri dikkate alarak inceleme ve değerlendirmelerde bulunmaktadır.

Mevcut çalışmada hakim ve savcı disiplin soruşturmaları bakımından önem arz eden hukuki dinlenme ve savunma hakkı ile hakkın kullanılması için gereken temel güvenceler uluslararası belge ve raporlar ile anayasal ve yasal düzenlemeler çerçevesinde ele alınacaktır. Ayrıca hukuki dinlenme ve savunma hakkı konusunda yaşanan sorunlar ve oluşan hak ihlalleri Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ve Anayasa Mahkemesi kararları³ ile Danıştay uygulamaları ışığında değerlendirilecektir.

² INCEOĞLU, Sibel: Adil Yargılanma Hakkı, İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Anayasa, 3. Baskı, Beta Yayınları, İstanbul 2013, s.210.

³ Çalışmamızda atf yapılan AİHM kararlarının orijinal metnine “[https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/](https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22documentcollectionid%22:[%22GRANDCHAMBER%22,%22CHAMBER%22]}”; Anayasa Mahkemesi kararlarının orijinal metnine “<a href=)” adresinden dosya adını yazmak suretiyle ulaşabilirsiniz. Bu nedenle atf yapılan her bir karar bakımından bu sayfalara tekraren atf yapılmamıştır.

II-) HUKUKİ DİNLENİLME ve SAVUNMA HAKKI

A-) Genel Olarak Hukuki Dinlenilme ve Savunma Hakkı

Hukukî dinlenilme hakkı, Anayasa'nın 36. ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 6. maddelerinde düzenlenen adil yargılanma hakkının en önemli unsurudur. Bilgi alma ve görüş bildirme hakkı olmak üzere iki unsuru bünyesinde barındıran⁴ bu hak yargılama ile ilgili olarak bilgi sahibi olunmasını, açıklama ve ispat hakkını, mahkemenin açıklamaları dikkate alarak değerlendirmesini ve kararların somut ve açık olarak gerekçelendirilmesini içermektedir. Davanın tarafları, müdahiller ve yargılamanın diğer ilgilileri, kendi hakları ile bağlantılı olarak hukuki dinlenilme hakkına sahiptir⁵.

Tarafın hakime meramını anlatma hakkı ya da iddia ve savunma hakkı olarak da nitelendirilen hukukî dinlenilme hakkı çerçevesinde, tarafların gerek yargı organlarıncı gerekse karşı tarafca yapılan işlemler konusunda bilgilendirilmeleri gerekli olduğundan kural olarak kişinin kendisinden habersiz yargılama yapılarak karar verilmesi mümkün değildir. Dolayısıyla hukuki dinlenilme hakkı, bilgilendirme/bilgilendirme, açıklama yapma, yargı organlarıncı dikkate alınma ve kararların gerekçeli olması gibi hususları da bünyesinde barındırmaktadır. Adil yargılanma hakkının bünyesinde yer alan hukukî dinlenilme hakkı, yargılama başladıktan sonra, yargılamaya katılanların dinlenilmesini, yargılamada eşit şekilde işlem görmelerini, iddia ve savunmada bulunma olanağının verilmesini hedefler⁶.

B-) Disiplin Soruşturmasında Hukuki Dinlenilme ve Savunma Hakkı

1-) Ulusal Mevzuat Hükümleri

Anayasa'nın 36. maddesi uyarınca herkes *iddia, savunma ve adil yargılanma* hakkına sahiptir. Anayasa'nın 36. maddesinde ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 6. maddesinde düzenlenen adil yargılanma hakkının en önemli unsuru olan hukukî dinlenilme hakkı, ceza ve hukuk yargılamalarında geçerli olduğu gibi disiplin yargılamaları bakımından da geçerlidir. Adil bir yargılama ve soruşturmanın gereği olarak hukuki dinlenilme hakkı ve etkin savunma imkanı disiplin soruşturmaları bakımından da varlığı zorunlu güvence ve haklardandır. Anayasa'nın 36. maddesinde savunma hakkına adil yargılanma hakkı haricinde ayrıca vurgu yapılmasının sebeplerinden biri de temel güvence niteliğinde olmasından kaynaklanmaktadır. Anayasa Mahkemesi'ne göre Anayasa'nın anılan madde-

⁴ AKILLIOĞLU, Tekin: Yönetim Önünde Savunma Hakları”, TODAİE Yayınları, Ankara 1983, s.17; KURT, Hayrettin: İdari Yaptırımlara Karşı Güvenceler, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi Cilt: XVIII, Sayı:1, Yıl: 2014, s.138.

⁵ “...1.10.2011 tarihinde yürürlüğe giren 6100 Sayılı HMK'un 27. Maddesinde hukuki dinlenilme hakkı kurala bağlanmıştır. Hukukî dinlenilme hakkı, Anayasanın 36. maddesinde ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 6. maddesinde düzenlenen adil yargılanma hakkının en önemli unsurudur. Hukuki Dinlenilme Hakkı” gereğince davanın tarafları, müdahiller ve yargılamanın diğer ilgilileri, kendi hakları ile bağlantılı olarak hukuki dinlenilme hakkına sahip olup, bu hakkın yargılama ile ilgili olarak bilgi sahibi olunmasını, açıklama ve ispat hakkını, mahkemenin, açıklamaları dikkate alarak değerlendirmesini ve kararların somut ve açık olarak gerekçelendirilmesini içermektedir. Somut uyumsuzlukta davalı tanık listesinde 8 tanık bildirmiştir. Mahkemece davalı iki tanık sınırlandırılmıştır. Her tanık aynı bilgiye sahip değildir. Bir tanık işinin çalışma şekli bilirken diğer tanık sadece feshe konu olayı bilebilir. Tutanak tanıkları ise tanık oldukları olay hakkında aydınlatıcı bilgi verebilir. Bu noktadan bakıldığında mahkemece tanık sayısının sınırlandırılması adil yargılanma, bu çerçevede hukuki dinlenilme hakkının ihlali olup, kararın bozulması gerekmektedir... (Yargıtay 9. HD., E. 2014/29711, K. 2016/4407, T. 1.3.2016)”

⁶ TANRIVER, Suha: Hukuk Yargısı (Medenî Yargı) Bağlamında Adil Yargılanma Hakkı, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Sayı: 53, Yıl: 2004, s.192.

sinde adil yargılanma hakkından ayrı olarak “*iddia ve savunma*” hakkına birlikte yer verilmesi, taraflara iddia ve savunmalarını mahkeme önünde dile getirme fırsatı tanınması gerektiği anlamını da içermektedir⁷.

Anayasa'nın bu emredici hükmüne paralel olarak savunma hakkına vurgu yapan başka hükümlere de kanun koyucu yer vermiştir. Bu kapsamda Anayasa'nın “**Görev ve sorumlulukları, disiplin kovuşturulmasında güvence**” kenar başlıklı 129. maddesinde memurlar ve diğer kamu görevlileri ile kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşları ve bunların üst kuruluşları mensuplarına savunma hakkı tanınmadıkça disiplin cezası verilemeyeceği açıkça düzenlenmiştir. Ayrıca Devlet Memurları Kanunu'nun ‘Savunma Hakkı’ başlıklı 130. maddesi, memur ve kamu görevlilerine savunma hakkı tanınmadıkça disiplin cezası verilemeyeceği düzenlenmiştir⁸. Hukuki dinlenme ve savunma hakkı 2802 sayılı Hakimler ve Savcılar Kanunu'nda da güvence altına alınmıştır.

2-) Uluslararası Rapor ve Belgelerde Hukuki Dinlenme ve Savunma Hakkı

Hukuki dinlenme ve savunma hakkının güvence altına alındığı en temel belgelerden biri Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesidir. Sözleşmenin adil yargılanma hakkını ele aldığı 6. maddesi uyarınca kendisine bir suç isnat edilen herkes “*savunmasını hazırlamak için gerekli zaman ve kolaylıklara sahip olmak*” ve “*kendisini bizzat savunmak veya seçeceği bir müdafinin yardımından yararlanmak*” haklarına sahiptir. Sözleşmenin adil yargılanma hakkına ilişkin ilke ve esaslarının disiplin yargılamaları bakımından da aynen geçerli olduğu dikkate alındığında⁹ sözleşme kapsamında disiplin yargılamasında savunma hakkı adil yargılanma hakkının bir gereğidir. Nitekim AIHM disiplin soruşturmalarında hukuki dinlenme ve savunma hakkına aykırılıkları 6. madde kapsamında değerlendirmektedir¹⁰.

Hukuki dinlenme hakkına ilişkin olarak Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi tarafından alınmış olan önemli kararlar bulunmaktadır. Bu bağlamda Komite tarafından 28 Eylül 1977 tarihinde kabul edilen (77) 31 sayılı “**İdari Makamların Eylemleriyle İlgili Olarak Bireyin Korunması Hakkında Kararın**” “Dinlenme Hakkı” başlıklı 1. maddesi kişilerin hak, özgürlük ve menfaatlerini olumsuz yönde etkileyen her idari işleme karşı ilgilinin olay ve delilleri öne sürme ve gerektiğinde delil sunma hakkına sahip olduğunu ve bunların idare tarafından göz önünde bulundurulacağını öngörmektedir. Bakanlar Komitesinin 13 Şubat 1991 tarihinde aldığı başka bir tavsiye kararının 6. Maddesi uyarınca kişiler idari yaptırım kararlarının alınmasından önce dinlenme hakkına sahip olmalı ve bunun için kişilere uygun bir süre verilmelidir. Aynı şekilde Bakanlar Komitesi tarafından 20 Haziran 2007 tarihinde kabul edilen tavsiye kararının “Katılım İlkesi” başlıklı 8. maddesinde acil durumlar dışında kişilerin hak ve menfaatlerini etkileyen idari kararların hazırlanması ve icrası sürecine bu kişilerin katılımının sağlanması gerektiğine vurgu yapılmıştır¹¹.

Diğer taraftan Avrupa Birliğinin önemli belgelerinden biri olan **Avrupa Birliği Temel Haklar Bildirgesi**'nde savunma hakkına birlik hukukunun temel ilkeleri arasında yer

⁷ AYM Mehmet Fidan Kararı, Başvuru No: 2014/14673, K.T:20/9/2017, Prg.37.

⁸ ÇEBİ BUĞDAYCI, Melike Özge: İdari Usul ve Dinlenme Hakkı, Yıldırım Beyazıt Hukuk Fakültesi Dergisi, Sayı: 1, Yıl:2016, s.36.

⁹ İNCEOĞLU, s.2.

¹⁰ AIHM McGinley ve Egan/Birleşik Krallık Kararı, Başvuru No: 21825/93-23414/94, K.T: 09/06/1998, Prg. 85.

¹¹ MURATOĞLU, Tahir: Yargısal Faaliyetler Bağlamında Tesis Edilen Disiplin Yaptırımları ve Bu Yaptırımların Hukuka Uygunluğu, Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 19, Sayı: 30-31, Yıl: 2014, s.99-100.

verilmiştir. Bildirgenin “İyi İdare Hakkı” başlıklı 41. maddesinde herkes kendisini olumsuz yönde etkileyecek bir işlemin tesisinden önce dinlenilmesini talep etme hakkına sahip olduğu, kişilerin belli şartlar altında kendileri ile ilgili işlem dosyasını inceleyebilecekleri ve idarenin kararlarını gerekçelendirme yükümlülüğü altında olduğu belirtilmiştir. Bildirgeye göre kişi aleyhine sonuç doğuracak tüm işlemlerden önce idare tarafından kişinin savunmasının alınması zorunludur¹².

C-) Savunma Alınmadan Disiplin Cezası Verme Yasağına Uygun Hareket Edilmesi

1-) Doğrudan Disiplin Cezası Verme Yasağı

Doğrudan disiplin cezası verme yasağı olarak da ifade edilen¹³ bu ilke kapsamında disiplin soruşturmasında savunma alınmadan disiplin cezası verilemez. Savunma alınmadan ceza verilmemesi evrensel düzeyde kabul gören ve temel hak ve hürriyetler açısından güvence niteliğinde olan “hukukun genel bir ilkesi”dir¹⁴.

Savunma hakkı anayasal güvenceye sahip bir haktır. Anayasa’nın 129. maddesinin 2. fıkrasında “Memurlar ve diğer kamu görevlileri ile kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşları ve bunların üst kuruluşları mensuplarına savunma hakkı tanınmadıkça disiplin cezası verilemez” hükmü bulunmaktadır. Anılan Anayasa hükmünün gerekçesinde, “yapılacak disiplin kovuşturmalarında ve disiplin cezası uygulamasında ilgiliye isnat olunan hususun bildirilmesi, dinlenilmesi, savunmasını yapma imkanı tanınması bu madde ile güvence altına alınmaktadır” ifadelerine yer verilerek, disiplin cezaları ile ilgili olarak anayasal güvenceye bağlanan savunma hakkının içeriği belirtilmiştir.

AİHS’nin 6. maddesi ile bu maddenin uygulanmasına ilişkin AİHM’in içtihat ve uygulamaları ile Anayasa’nın 36 ve 129. maddelerindeki hükümler bir bütün olarak değerlendirildiğinde disiplin soruşturmasında kişinin beyanı alınmadan disiplin cezasının verilmesi mümkün değildir. Savunma alınmadan disiplin cezası verme yasağı olarak nitelendirileceğimiz bu temel güvencenin ihlali doğrudan AİHS’nin 6. maddesinin ihlali anlamına gelecektir. Bu noktada disiplin dosyasında ilgili disiplin amir veya kurulunu haklı çıkaracak nitelikte somut deliller bulunmuş olması hak ihlalini ortadan kaldırmayacaktır.

Kişinin işlediği iddia edilen eylemlerinin karşılığında haklılığını ortaya koyabilecek, disiplin suçunu işlemediğini kanıtlayacak, eylemlerinin karşılığında verilen cezaların eylemle örtüşmediğini ispatlayacak savunma hakkından yoksun bırakılmış olması adil yargılanma hakkının ihlali olacaktır¹⁵. Dolayısıyla disiplin cezaları ile ilgili olarak savunma hakkı kullandırılmadan disiplin cezası verilmesi hukuken olanaklı olmadığı gibi; savunma hakkının hukuka uygun şekilde kullanılabilmesi için de, ilgili kamu görevlisinin hakkındaki iddiaları, bu iddiaların dayandığı delilleri, üzerine atılı fillerin hukuki nitelendirmesini ve

¹² MURATOĞLU, s.100-101.

¹³ KAYA, Cemil: Memur Disiplin Suç ve Cezalarına ve Disiplin Soruşturmasına Hakim Olan Temel İlkeler, Amme İdaresi Dergisi, Cilt: 38, Sayı: 2, Yıl: 2005, s.80; GÖZLER, Kemal/KAPLAN, Gürsel: İdare Hukuku Dersleri, 19. Baskı, Ekin Yayıncılık, Bursa 2017, s.664; BOZ, Selman Sacit: Memur Disiplin Hukukuna Hâkim Olan Temel İlkeler, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 25, Sayı: 2, Yıl: 2017, s.25.

¹⁴ ULUSOY, Ali D.: İdari Yaptırımlar, 1. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2013, s.50; ÇEBİ BUĞDAYCI, s.37; AKYILMAZ, s.239.

¹⁵ Danıştay 12. D., 2005/6353 E., 2006/540 K. www.mevzuatinyeri.com <https://www.mevzuatinyeri.com/disiplin-sorusturmasi/disiplin-sorusturmasinda-savunma-hakki-ornek-kararlar-h18413.html>, İET:20/07/2020.

önerilen disiplin cezasını bilmesi gerekmektedir¹⁶. Bu zorunlu yükümlülükler yerine getirilmeden alınan bir savunma da hukuka aykırı olacağı gibi adil yargılanma hakkının da ihlaline neden olacaktır.

Bu nedenle Danıştay genel olarak yasal zorunluluğa rağmen, ilgiliye “savunma hakkı” tanınmadan verilen disiplin cezalarını, hukuka aykırı bulmakta ve “usul” bakımından iptal etmektedir¹⁷. Bu noktada savunma hakkının 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 bağlı olduğu da unutulmamalıdır¹⁸.

Savunma hakkının vazgeçilmezliğinin bir gereği olarak Danıştay, savunma hakkı tanınmadan verilen uyarı ve kınama cezalarında, belirtilen tarihte bu cezalara karşı yargı

¹⁶ Danıştay İDDK., 2007/1846 E., 2011/66 K., 17.2.2011 T., <http://emsal.danistay.uyap.gov.tr/BilgiBankasiIstemciWeb/>, İET: 15/06/2020

¹⁷ “...Anayasa'nın 129. maddesinin 2. fıkrasında, memurlar ve diğer kamu görevlileri ile kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşları ve bunların üst kuruluşları mensuplarına savunma hakkı tanınmadıkça disiplin cezası verilemeyeceği hükmüne bağlanmıştır.

Anılan Anayasa hükmünün gerekçesinde, "yapılacak disiplin kovuşturmalarında ve disiplin cezası uygulamasında ilgiliye isnad olunan hususun bildirilmesi, dinlenilmesi, savunmasını yapma imkanı tanınması bu madde ile güvence altına alınmaktadır" ifadelerine yer verilerek, disiplin cezaları ile ilgili olarak Anayasal güvenceye bağlanan savunma hakkının içeriği belirtilmiştir.

657 sayılı Devlet Memurları Kanunu'nun 129. maddesinde, "Yüksek disiplin kurulları kendilerine itikâl eden dosyaların incelenmesinde, gerekli gördükleri takdirde, ilgilinin sicil dosyasını ve her nevi evrakı incelemeye, ilgili kurumlardan bilgi almaya, yeminli tanık ve bilirkişi dinlemeye veya niyabete dinletmeye, mahallen keşif yapmaya veya yaptırma yetkilidirler. Hakkında memurluktan çıkarma cezası istenen memur, sicil dosyası hariç, soruşturma evrakını incelemeye, tanık dinletmeye, disiplin kurulunda sözlü veya yazılı olarak kendisi veya vekili vasıtasıyla savunma yapma hakkına sahiptir." hükmüne, 130. maddesinde, "Devlet memuru hakkında savunması alınmadan disiplin cezası verilemez. Soruşturmayı yapanın veya yetkili disiplin kurulunun 7 günden az olmamak üzere verdiği süre içinde veya belirtilen bir tarihte savunmasını yapmayan memur, savunma hakkından vazgeçmiş sayılır." hükmüne yer verilmiştir. 130. maddede diğer cezalar bakımından memura sadece 7 günden az olmamak üzere savunma hakkı tanınmışken 129. maddeyle memuriyetten çıkarma cezası açısından, soruşturma ile ilgili evrakın incelenmesinden veya vekili vasıtasıyla sözlü savunma yapılmasına kadar, 130. maddeden farklı olarak geniş bir savunma hakkı tanınmış bulunmaktadır. Yasa koyucu disiplin cezası bakımından ilgili açısından en ağır sonuçları doğuran Devlet memurluğundan çıkarma cezasının verilmesinde, bu şekilde bir savunma hakkının tanınmasını memur statüsü açısından önemli bir güvence olarak öngörmüştür

Anayasa ve 657 sayılı Kanun'un yukarıda alıntısı yapılan maddelerinin birlikte değerlendirilmesinden; Devlet memurunun veya diğer kamu görevlilerinin görevine son verilmesi sonucunu doğuran disiplin cezalarının verilebilmesi için, söz konusu disiplin cezalarını vermeye yetkili merciler tarafından, ilgili kamu görevlisinin hakkındaki iddiaları, bu iddiaların dayandığı delilleri, üzerine atılı fillerin hukuki nitelendirmesini ve önerilen disiplin cezasını öğrenmesi sağlanarak, savunma yapmasına imkan tanınmasının hukuken zorunlu olduğu anlaşılmaktadır... (Danıştay 12. D., 2016/8889 E., 2017/127 K., 02/02/2017 T.), <http://emsal.danistay.uyap.gov.tr/BilgiBankasiIstemciWeb/>, İET: 15/06/2020

¹⁸ Akyılmaz, Bahtiyar: “Anayasal Esaslar Çerçevesinde Kamu Personeli Disiplin Hukuku ve Uygulamadaki Sorunlar”, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Y. 2002, C. 6, S. 1-2, s.239.

yolunu kapayan yasal hükümler bulunmasına rağmen, savunma hakkının kullanılışı bakımından bu işlemlerin yargı denetimine tâbi olabileceğine karar vermiştir¹⁹.

Öte yandan kamu görevlisinin savunmaya mazeret bildirmeden katılmaması veya verilen sürede yazılı savunmasını ibraz etmemiş olması işlediği fiili kabul ettiği anlamına gelmez. Zira "suçluluğu hükmen sabit oluncaya kadar, kimse suçlu sayılamaz" ilkesi gereğince kamu görevlisinin savunmaya gelmediği durumlarda bile soruşturmacı elde ettiği diğer bilgi ve belgeler ışığında kamu görevlisine ceza verilmesine gerek olmadığı kanaatine varabilir. Ayrıca savunma vermeyen kamu görevlisi daha sonra idari itiraz veya iptal davası yoluyla disiplin cezasının ortadan kaldırılmasını talep edebilir²⁰.

Savunma alınmadan disiplin cezası verilmesi, savunma süresinin kısıtlanması suretiyle savunma alınması, tanık, bilirkişi, keşif gibi soruşturmaya esas olan işlemlerin hukuka aykırı hale gelmiş olması nedeniyle verilen disiplin cezasının idari yargı yoluyla iptal edilmesi halinde yeniden soruşturma açılması suretiyle tekrardan disiplin cezası tesis edilmesi halinde hukuki güvenlik ve hukuki kesinlik ilkelerinin de ihlali gündeme gelecektir²¹. Bu noktada yargı kararıyla bir disiplin cezası iptal edilmesi halinde, yeniden ceza verilip verilemeyeceğinin tayini iptal kararının gerekçesinde yeni bir disiplin cezası verilmesine imkan verilip verilmediğine ve "zamanaşımı süresine" göre belirlenmelidir. Eğer soruşturmaya konu eylemin işlendiği veya soruşturmaya başlandığı tarih ile iptal kararının verildiği tarih arasında geçen süre, soruşturma veya kovuşturma zamanaşımı sürelerini geçmişse artık ceza verilememelidir.

2-) Savunma İstem Yazısının Usulüne Uygun Olması

Disiplin soruşturmasında savunma hakkının etkin kullanılabilmesi bakımından savunması istenen kamu görevlisine suçlama konusunun, hakkındaki isnadın, buna ilişkin delillerin ne olduğunun açıkça bildirilmesi gerekmektedir. Diğer bir ifade ile ilgiliyi savunma vermeye davet eden savunma istem yazısının bu hususları barındırması bir zorunluluktur. Nitekim Danıştay, usulüne uygun olmayan savunma istem yazısına istinaden alınan ifadenin, savunma yerine geçmeyeceği, bunun sorgu tutanağı olduğundan bahisle bu belgeye dayanılarak verilen cezayı iptal etmiştir²².

Görüldüğü üzere Anayasa'nın 129/2. maddesinin de bir gereği olarak ilgisine gönderilen savunma istem yazısının usulüne uygun olarak düzenlenmiş olması, disipline konu fiilin ve fiilin sübutuna dair delillerin nelerden ibaret olduğunun açık ve ayrıntılı belirtilmesi zorunludur. Savunma istem yazısı savunma hakkının etkin olarak kullanılması bakımından bir güvence olmasından dolayı bu güvencenin, amacına uygun şekilde sağlanması için, ilgili hakkındaki iddiaların ve bu iddiaların dayandığı delillerin bildirilmesinin yanı sıra ilgilinin

¹⁹ Danıştay 8.D, 1995/2936 E., 1997/3826 K., 09.12.1997 T., <http://emsal.danistay.uyap.gov.tr/BilgiBankasiIstemciWeb/>, İET: 15/06/2020

²⁰ KAYA, s.82; BOZ, s.27.

²¹ BOZ, s.38.

²² "...Diğer yandan, soruşturmacı Başmüfettiş tarafından, soruşturma devam ederken, davacıya gönderilen yazı, soruşturma konusu olaylarla ilgili olarak davacının ifadesine başvurulması amacıyla hazırlanmış bir yazı niteliğinde olup bu yazıda, davacı hakkındaki iddialar, bu iddiaların dayandığı deliller, üzerine atılı fiillerin hukuki nitelendirmesi ve önerilen disiplin cezası belirtilmemiştir. Belirtilen niteliğiyle, söz konusu yazının bir savunma isteme yazısı ve yazıya verilen cevabın bir savunma olarak da kabulü hukuken mümkün değildir. Bu durumda, savunma alınmadan verildiği anlaşılan disiplin cezasında hukuka uyarlık bulunmamaktadır.(Danıştay İDDK., 2007/1846 E., 2011/66 K., 17/02/2011 T., www.mevzuatinyeri.com <https://www.mevzuatinyeri.com/disiplin-sorusturmasi/disiplin-sorusturmasinda-savunma-hakki-ornek-kararlar-h18413.html>, İET:20/07/2020.

üzerine atılı fiillerin hukuki nitelendirmesinin ve önerilen disiplin cezasının da bu istem yazısında bildirilmesi gerekir.

III-) HAKİM VE SAVCI SORUŞTURMALARINDA SAVUNMA HAKKI

A-) Yargı Mensuplarına İlişkin Temel Uluslararası Belge ve Raporlarda Hukuki Dinlenme Hakkı ve Savunmaya İlişkin İlke ve Esaslar

Hukuki dinlenme ve savunma hakkının cezai, hukuki ve disiplinler yargılamaların vazgeçilmez güvencelerinden biri olması nedeniyle her birey bakımından yapılacak soruşturmalarda önemli olduğu gibi hakim ve savcılar bakımından da vazgeçilmez güvence ve haklardadır. Bu nedenle hakim ve savcıların yargılanma esasları, sahip olması gereken güvenceleri ile temel haklarının ele alındığı birçok uluslararası belge ve raporda hakim ve savcılar hakkında yürütülecek disiplin soruşturmalarında hukuki dinlenme ve savunma hakkına vurgu yapılmıştır.

Hakimlerin disiplin ve yargılama süreçlerine ilişkin hükümler barındıran önemli uluslararası belgelerden biri olan 1983 tarihli **Yargı Bağımsızlığı Evrensel Bildirgesinde (Montreal Bildirgesi)**²³, yer alan esaslardan biri de hukuki dinlenme hakkı kapsamında etkin savunma hakkının kullanılmasıdır. Buna göre disiplin prosedürlerinde, tarafların tam olarak dinlenilmesi ve hakime soruşturmanın başından itibaren soruşturma konusuna ilişkin savunma ve görüşlerini sunma imkanının sağlanması gerektiği belirtilmiştir²⁴.

Hakimlerin disiplin süreçlerine ilişkin önemli hükümler içeren en eski tarihli uluslararası belgelerden biri olan **Adaletin Bağımsızlığı Evrensel Bildirgesinde de (Singhvi Deklarasyonu)**²⁵, hakimlerin disiplin süreçlerinde etkin savunma ve hukuki dinlenme hakkına vurgu yapılmıştır. Buna göre şikâyet üzerine disiplin sürecine tabi olan hakimin güvence altına alınması bakımından disiplin prosedürlerinde, tarafların tam olarak dinlenmesi ve hakkında soruşturma yürütülen hakimin, temsil edilme hakkına sahip olması gerektiği belirtilmiştir. Ayrıca hakime soruşturmanın ilk aşamasından itibaren, şikâyet hakkındaki savunmasını ve taleplerini sunma imkânı da tanınmalıdır. Özellikle disiplin prosedürlerinin, savunma hakkını tam olarak güvence altına alması gerektiği kabul edilmiştir²⁶.

²³ (Montreal Bildirgesi) 10 Haziran 1983 tarihinde Montreal’de (Quebec, Kanada) yapılan Birinci Dünya Yargı Bağımsızlığı Konferansı Genel Kurulunda oybirliği ile kabul edilmiştir. Adaletin, özgürlüğün temel dayanaklarından biri olarak kabul edildiği belgede hukukun üstünlüğünün sağlanması/teminat altına alınması için hakim ve mahkemelerin görevlerinde bağımsız olmaları ve yürütme ya da diğer organ ve kişilerin etkisinden uzak olmaları gerektiği vurgulanmıştır.

²⁴ Yargı Bağımsızlığı Evrensel Bildirgesi (Montreal Bildirgesi), Universal Declaration On The Independence of Justice, (Montreal Declaration), Md. 2.32; <https://www.icj.org/wp-content/uploads/2016/02/Montreal-Declaration.pdf>, İET: 01/11/2019.

²⁵ Birleşmiş Milletler Ekonomik ve Sosyal Konseyininin 1980/124/ sayılı kararına istinaden alt komisyondan yargının bağımsızlığı, tarafsızlığı ile jüri üyeleri, görevli memurlar ile avukatların bağımsızlıkları konusunda rapor hazırlanması istenmiş ve alt komisyonda L.M. Singhvi’yi (Hindistan) görevlendirmiştir. Özel Rapor t6r tarafından hazırlanan ve alt komisyonun yaklaşık 40 toplantısından sonra bildirge nihai şeklini almış ve 1989/32 sayılı kararla kabul edilerek üye devletlerin bu ilkeleri dikkate almaları istenmiştir.

²⁶ Adalet Bağımsızlığı Evrensel Bildirgesi (Singhvi Deklarasyonu-1989) (Draft Universal Declaration on the Independence of Justice (“Singhvi Declaration”), Prg.26/a-28; <https://www.icj.org/wp-content/uploads/2014/03/SR-Independence-of-Judges-and-Lawyers-Draft-universal-declaration-independence-justice-Singhvi-Declaration-instruments-1989-eng.pdf>, İET: 01/11/2019.

Benzer şekilde Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesinin **“Hakimlerin Bağımsızlığı, Etkinliği ve Rolü”** hakkında üye devletlere yönelik R (94) 12 sayılı Tavsiye Kararı’nın²⁷ 6. ilkesinde hakimlerin görevlerini yerine getirmemesi veya disiplin cezasını gerektiren suçların işlenmesi halinde üye devletlerin başvuracağı işlemler ve adli bağımsızlığın muhafazası adına alınacak önlemlere ve savunma hakkına yer verilmiştir. Tavsiye kararına göre hakimlerin hakkındaki davaların makul bir şekilde sonuçlanması ve hakimlere gerekli savunma hakkının tanınması gerektiği belirtilmiştir²⁸.

Diğer taraftan Avrupa Hakimleri Danışma Konseyi (CCJE) yargı bağımsızlığı ve hakimlerin azledilmemesine ilişkin standartları ele aldığı **“Yargı Bağımsızlığı ve Hakimlerin Azledilmemesine İlişkin Standartlar”** konusunda Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesinin dikkatine sunduğu 1 (2001) sayılı Görüş’ünde savunma haklarını tam olarak teminat altına alan bağımsız bir mercinin müdahalesinin, disiplin konularında özel bir öneme sahip olduğu vurgulanmıştır. CCJE, disiplin soruşturmasında hakimlerin de en azından Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nin 6. maddesinin birinci fıkrası kapsamında belirtilenlerin muadili olan güvencelerden yararlanmaları gerektiği yönünde tavsiyede bulunmaktadır. Bu kapsamda CCJE, 1(2001) sayılı Görüş’ünde belirttiği üzere hakimlerin aleyhindeki disiplin süreçlerine ilişkin kararların, yalnızca, tüm savunma haklarına yönelik güvence sağlayan usulleri uygulayan bağımsız bir makam (ya da “kurul”) tarafından verilmesi gerektiği yönündeki görüşünü tekrar etmektedir.

Benzer nitelikte Avrupa Yargı Kurulları Ağı (AYKA/ENCJ) hakimlerin disiplin sorumluluğu ve yargı mensuplarına uygulanan disiplin işlemleri konusunda en az Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 6/1. maddesinde sağlananlara eşdeğer korumalardan yararlanmalarını gerektiğini **“Disiplin Prosedürlerine İlişkin Asgari Standartlar ve Hakimlerin Sorumluluğu”** konulu Rapor’unda²⁹ (2014-2015) vurgulamaktadır. ENCJ’ye göre disiplin cezası, hakim açısından adaleti, tam olarak dinlenilmeyi ve savunma hakkını bütünüyle sağlayan ve önceden belirlenmiş prosedür kurallarına uygun olmalıdır. Disiplin prosedürleri ile bağlantılı olarak, disiplin prosedürlerinde, tarafların tam olarak dinlenilmesine riayet edilmeli ve bu kapsamda hakim, başlangıç/hazırlık aşamasında, şikâyet hakkındaki yorumlarını sunma imkânına da sahip olmalıdır. Prosedürler, savunma hakkını tam olarak güvence altına almalı ve disiplin organı veya komisyonunun kesin ve gerekçeli tasarruflarına tabi olmalıdırlar³⁰.

Hakim ve savcıların disiplin soruşturmasında hukuki dinlenilme ve savunma hakkına vurgu yapan bir diğer uluslararası belge de **“Birleşmiş Milletler Yargı Bağımsızlığı**

²⁷ Hakimlerin Bağımsızlığı, Etkinliği ve Rolü Hakkında Üye Devletlere Yönelik R (94) 12 Sayılı Tavsiye Kararı Bakanlar Komitesince, Bakan Vekillerinin 13 Ekim 1994 tarihli 518. toplantısında kabul edilmiştir.

²⁸ “Hakimlerin Bağımsızlığı, Etkinliği ve Rolü Hakkında Üye Devletlere Yönelik R (94) 12 Sayılı Tavsiye Kararı”, <https://www.hsk.gov.tr/Eklentiler/Dosyalar/563960a7-228e-407c-9894-d90ebd9419b0.pdf>, 11/11/2019.

²⁹ Avrupa Yargı Kurulları Ağı (ENCJ) hakimlerin ve mahkemelerin etkinliğini ve adalet sistemine olan güvenini temin etmek amacıyla, hakimlerin disiplin sorumluluğu ve yargı mensuplarına uygulanan disiplin işlemleri konusunda bir dizi asgari standardı ve ilgili göstergeleri geliştirmek ve ulusal yargı makamları, Yargı Kurulları veya diğer Devlet erklerinin mevcut disiplin sorumluluğu sistemlerini değerlendirirken veya bununla ilgili herhangi bir reformu planlarken kullanabilecekleri bir araç sağlamak amacıyla yürütülen proje kapsamında bu raporu hazırlamıştır.

³⁰ “Disiplin Prosedürlerine İlişkin Asgari Standartlar ve Hâkimlerin Sorumluluğu Konulu Rapor”, <http://www.hsk.gov.tr/Eklentiler/Dosyalar/ed311a9d-4ff3-408e-8399-3ff987def9da.pdf>, İET:26/11/2019.

Temel İlkeleri” isimli belgedir³¹. Birleşmiş Milletler Antlaşması kapsamında yargının bağımsızlığını temin ve teşvik etme görevlerinde üye devletleri desteklemek üzere oluşturulmuş olan bu temel ilkelerin, ulusal mevzuat çalışmaları ve uygulamalarda hükümetlerce dikkate alınması; buradaki esaslara riayet edilmesi ve hakimlerin, avukatların, yürütme ve yasama mensuplarının ve halkın genelinin dikkatine sunulması gerektiği Belge metninde vurgulanmıştır.

Toplam 20 temel ilkenin düzenlendiği Belge’de hakimlerin disiplin, uzaklaştırma, görevden alma ve dokunulmazlıklarına ilişkin hükümler Belgenin 15 ila 20. ilkeleri arasında düzenlenmiştir. Savunma hakkının ele alındığı 17. ilke uyarınca mesleki sıfatları nedeniyle bir hakim hakkında yapılan bir suç isnadı veya bir şikâyet, uygun bir usule göre hızlı ve adil bir biçimde takip edilir. Hakimler adil olarak yargılanma hakkına sahiptir. Hakim tarafından aksi talep edilmedikçe, incelemenin ilk aşaması gizli tutulur³².

Görüldüğü üzere Belge’de yargı bağımsızlığı ve hakimlik teminatının da bir gereği olarak hakim ve savcılar hakkındaki disiplin ve soruşturmalarının onları baskı altına alma ve yönlendirme aracı olmaktan çıkarılması adına bu işlem ve kararların yerleşik uygulamalar çerçevesinde adil yargılama ilkesine uygun olarak alınması gerektiği bu ilkelere açıkça bir defa daha vurgulanmıştır.

Benzer hükümler içeren bir diğer önemli uluslararası belge ise Avrupa Hâkimleri Danışma Konseyinin (CCJE) görüşleri, Avrupa Adaletini Etkinliği Komisyonunun (CEPEJ) çalışmaları ve Avrupa Konseyi ile gerçekleştirilen çok taraflı görüşmeler çerçevesinde hazırlanan **Hakimlerin Statüsüne İlişkin Avrupa Şartı**’dır³³. Hakimlere ilişkin 7 temel ilkenin ele alındığı Belge’nin 5. ilkesinde hakimlerin cezai, hukuki ve disiplinler sorumluluğuna ilişkin ilke ve prensipler belirlenmiştir. Buna göre³⁴; bir hakimın yasadaki açıkça öngörülen görevlerinden birini ihmal etmesi durumunda, en az yarısının seçilmiş hakimlerden oluştuğu bir kurulun, ilgili hakimın kendisini temsil hakkı olduğu ve tüm tarafların dinlendiği bir ortamda, teklifi, önerisi veya uygun görüşünü takiben cezalandırılması mümkündür. Cezai tedbirlerin niteliğinin kanunda öngörülmesi ve hükmolunacak bu tedbirlerin orantılılık prensibine uygun olması gereklidir. Görüldüğü üzere hakimın disiplin soruşturmasını gerektiren bir eylemin varlığı halinde disiplin soruşturmalarının adil yargılanma hakkına uygun olarak taraflara temsil ve dinlenme hakkının kullanılması gerektiği belirtilmiştir.

Avrupa Komisyonu 2018 Türkiye Raporunda ise hakim ve savcıların disiplin ve yargılama süreçlerinde, usuli haklar da dâhil, özellikle masumiyet karinesi, ceza sorumluluğunun şahsiliği, hukuki kesinlik, savunma hakkı, adil yargılanma hakkı, silahların eşitliği ve

³¹ Birleşmiş Milletler Yargı Bağımsızlığı Temel İlkeleri 26 Ağustos - 6 Eylül 1985 tarihleri arasında Milano’da yapılan BM Suçun Önlenmesi ve Suçluların Tedavisi Yedinci Kongresinde kabul edilmiş, 29 Kasım 1985 tarih ve 40/32 sayılı ve 13 Aralık 1985 tarih ve 40/146 sayılı kararlarla BM Genel Kurulu tarafından tasdik edilmiştir.

³² “Birleşmiş Milletler Yargı Bağımsızlığı Temel İlkeleri”, <http://www.hsk.gov.tr/Eklentiler/Dosyalar/51159f30-8d0e-4bb4-becc-1446b51d1a5d.pdf>, İET:09/11/2019.

³³ Hakimlerin Statüsüne İlişkin Avrupa Şartı, Avrupa Konseyi tarafından Avrupa’daki hâkimlerle ilgili mevzuat üzerine 8-10 Temmuz 1998 tarihlerinde düzenlenen çok taraflı toplantı neticesinde kabul edilmiştir.

³⁴ “Hakimlerin Statüsüne İlişkin Avrupa Şartı”, md.5.1, <https://www.hsk.gov.tr/Eklentiler/Dosyalar/6b93439f-7312-4e49-a52d-7e0e2790845a.pdf>, İET: 01/11/2019.

etkili itiraz hakkı gibi temel hakların tam olarak gözetilmesi noktasında gerekli düzenleme ve değişikliklerin yapılması gerektiği belirtilmiştir³⁵.

B-) Savunma Hakkını Düzenleyen Hükümler

1-) Savunma Alınmadan Ceza Verme Yasağına İlişkin Temel Mevzuat Hükümleri

Anayasa'nın 36 ve 129. maddelerindeki emredici hükümlerin bir gereği olarak hakim ve savcıların soruşturma işlemlerinde hukuki dinlenilme hakkına ilişkin 2802 sayılı Hakimler ve Savcılar Kanunu'nda önemli düzenlemelere yer verilmiştir. Bu kapsamda 2802 sayılı Kanun'un "**Savunma hakkı**" kenar başlıklı 71. maddesinde savunma alınmadan disiplin cezası verilemeyeceği açıkça düzenlenmiştir. Ayrıca kişinin savunma yapabilmesi bakımından savunma istemine konu olan hususlara ilişkin bütün soruşturma evrakının ilgilinin talebi halinde tebliği ve soruşturmanın niteliğine göre savunmayı hazırlayabilmesi bakımından makul bir sürenin verilmesi gerekir. Görüldüğü üzere "savunma hakkının" verilmiş olabilmesi bakımından kişiye anayasal ve yasal güvencelerin verilmesi ve temel haklarını kullanabilme imkanının tanınması gerekmektedir. Aynı şekilde 2802 sayılı Kanun'un "**Soruşturmada savunma**" kenar başlıklı 84. maddesi ve HSK'nın 30/04/2014 tarihli "**Hakim ve savcılar hakkındaki araştırma, inceleme ve soruşturma işlemleri**" konulu 2 No'lu Genelgesinin 6. bendindeki açık düzenlemede savunma hakkının kullanılma esasları belirlenmiştir.

Diğer taraftan Anayasa ve 2802 sayılı Kanun'daki savunma hakkına ilişkin temel esaslar 12.07.2017 tarihli Resmî Gazete'de yayımlanan "Hakimler ve Savcılar Kurulu Teftiş Kurulu Yönetmeliği"nde de ele alınmıştır. Teftiş Kurulunun hakim ve savcılar hakkında yapacakları araştırma ve gerektiğinde inceleme ve soruşturma yapılmasına ilişkin esasların yer aldığı Yönetmeliğin 40. maddesine göre hakim ve savcılar hakkındaki "**İnceleme ve soruşturma**" işlemlerinde aşağıdaki usul ve esaslar geçerlidir:

☐ İnceleme ve soruşturma, iddia ve savunma çerçevesinde gerekli görülen leh ve aleyhteki bütün deliller toplanarak sonuçlandırılır.

☐ Soruşturma olurlarına bağlanmış olarak intikal eden veya soruşturma oluru alınan hâllerde delil durumuna göre gerektiğinde ilgililerin savunmalarına başvurulur. Savunma **yedi günden az olmamak üzere** verilen süre içinde yazılı olarak istenir, ilgilinin talebi hâlinde savunması bizzat müfettiş tarafından sözlü olarak alınarak tutanağa geçirilir. Süresi içinde savunmasını yapmadığı takdirde bu hakkından vazgeçmiş sayılacağı hususu da ayrıca bildirilir, ilgilinin yazılı talebi ile savunma süresi makul ölçüde uzatılabilir.

☐ Savunma talebine ilişkin yazılı veya sözlü savunma alınması sırasında, ilgiliye, isnat edilen fiiller ile soruşturma konuları ayrı ayrı ve açık olarak, yer, zaman ve oluş biçimi gibi hususları içerecek şekilde bildirilir. Sadece disiplin cezasını gerektiren soruşturmalar hariç olmak üzere görevlerinden dolayı veya görevleri sırasında işlenen suçlara ilişkin savunmalarda 4/12/2004 tarihli ve 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nda şüpheliye tanınan haklar hatırlatılır.

Görüldüğü üzere Yönetmelikte, 2802 sayılı Kanun'un 71 ve 84. maddelerinde olan savunma için belirlenmiş olan alt süre olan 3 gün esas alınmamış ve lehe olarak 7 günlük bir süre esas alınmıştır.

Esasen Hakimler ve Savcılar Kanunu'nun savunma yapılabilmesi için öngördüğü asgari süre Devlet Memurları Kanunu'ndaki düzenleme ile kıyaslandığında yetersiz olduğu

³⁵ Avrupa Komisyonu 2018 Türkiye Raporu, s.30, https://www.ab.gov.tr/siteimages/pub/komisyon_ulke_raporlari/2018_turkiye_raporu_tr.pdf, İET:21/07/2020

görülmektedir. Adil bir soruşturma sürecinin yürütülebilmesi bakımından savunma yapılacak asgari sürenin yüksek tutulması, hakim ve savcıya daha geniş bir savunma imkanı sağlayacaktır. Burada asgari sürenin müfettiş veya muhakkik ya da Kurulun takdirine bırakmayıp yasayla güvence altına alınması gerekir. Kaldı ki, uyarma cezası için tanınan asgari savunma süresi ile meslekten çıkarma gibi ağır bir disiplin cezası için tanınan asgari savunma süresinin aynı olması kendi içinde ciddi bir oransızlık ortaya çıkarmaktadır. Bu husus göz önüne alındığında yer değiştirme ve meslekten çıkarma gibi ağır disiplin cezası gerektiren eylemlerden dolayı yapılan soruşturmalarda, ilgili hakim ve savcıya diğerlerinden daha uzun bir asgari savunma süresi tanınması yerinde olacaktır³⁶.

Bu esaslar çerçevesinde soruşturmanın başladığı ve bu nedenle 2802 sayılı Kanun gereğince yazılı savunmasını bildirmesi hususu ilgiliye tebliğ edilecektir.

2-) Savunma Hakkının Kullanılma Esasları

a-) Aydınlatma Yükümlülüğüne Uyulması

Aydınlatma yükümlülüğü disiplin soruşturması sırasında, ilgilinin savunmasına esas olabilmesi bakımından disiplin soruşturmasına konu eylem ve bu eyleme dayanak olarak disiplin dosyasında bulunan bilgi, belge ve delillere ilişkin olarak ilgilinin bilgilendirilmesini ifade etmektedir. Bu yükümlülük, ithamın bildirilmesi, avukatla temsil hakkının bildirilmesi, susma hakkının bildirilmesi, soruşturulana somut delillerinin toplanmasını isteme hakkının sağlanması, ifade ve sorgu işlemlerinin kaydında teknik imkanlardan yararlanılması gibi hususları içermektedir. 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 bir zorunluluktur³⁷.

Disiplin soruşturmalarında savunma hakkını düzenleyen anayasal ve yasal hükümler bir bütün olarak değerlendirildiğinde savunma hakkının etkin kullanılması, savunmada belirtilen iddiaların araştırılması ve delillerin toplanmasını da kapsayan bir husustur. Mesele disiplin soruşturmasına tabi ilgilinin, olayla ilgili olduğunu düşündüğü kişinin tanık olarak dinlenmesini de talep edebilmelidir. Kişinin bu tip taleplerde bulunabilmesi için hakkındaki suçlamaları öğrenmesi ve dosyadaki delilleri inceleyebilmesine imkân sağlanması gerekmektedir. Ancak uygulamada soruşturma dosyasının gizli olduğu gerekçe gösterilerek dosyanın örneği istendiği zaman verilmekten kaçınılmakta, hatta kimi zaman dosyanın gösterilmediği durumlarla karşılaşmaktadır. Bütün bu savunma hakkının kısıtlanmasına yönelik müdahaleler adil yargılanma hakkının ihlalidir³⁸. Ayrıca etkin savunma için soruşturma konusunun ve ihlal edilen hükümlerin gerekçeli olarak ilgiliye bildirilmesi gerekmektedir. Savunma yapılabilmesi bakımından kişinin disiplin suçu oluşturan eylemlerinin neler olduğu ve hangi disiplin suçu bakımından savunma talep edildiğinin belirtilmesi gerekmektedir. Dolayısıyla bu esaslara uyulmadan muhakkik aşaması ve daire aşamasında sadece usulen yazılı savunma alınması halinde 2802 sayılı Kanun'un 71 ve 84. maddeleri çerçevesinde savunma hakkı ihlal edilmiş olacaktır.

³⁶ ERCAN, İsmail: Hâkim ve Savcıların Disiplin Sorumluluğu, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Hukuk Anabilim Dalı Kamu Hukuku Bilim Dalı Yüksek Lisans Tezi, İstanbul 2008, s.71-72.

³⁷ FİŞ ÜSTÜN, Gül: Disiplin Soruşturmalarında Hukuka Aykırı Deliller, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, Cilt: 24, Sayı: 1, Yıl: 2018., s.22-23.

³⁸ CANOĞLU, Veyssel Candan: Disiplin Soruşturmasında Delil ve İspat, TBB Dergisi, Sayı: 138, Yıl: 2018, s.246.

Danıştay kararlarında da eylemin ve hangi disiplin suçunun teşekkül ettiğinin tespit edilmesi gereği, aksi durumun savunma hakkını kısıtlayacağı ve hukuka aykırı olacağı ifade edilmiştir. Nitekim **Danıştay 12. Dairesi 2008/7024 Esas, 2011/1314 Karar ve 23.3.2011 Tarihli** kararında “*Disiplin cezasıyla cezalandırılması için hakkında soruşturma açılan kamu görevlisinin savunması alınırken disiplin suçunu oluşturan eylemi açık bir şekilde belirlenmeli, disiplin suçu oluşturan eyleminin hangi disiplin kurallarını ihlal ettiği ortaya konulmalıdır.*”

Bunun için de disiplin soruşturmasıyla ilgili tüm hukuki delillerin toplanması ve soruşturmanın tamamlanması gerekmektedir. Aksi durumda hangi disiplin suçunu, ne zaman ve ne şekilde işlediği tam olarak ortaya konulamayan ilgilinin Anayasa ile güvence altına alınan savunma hakkının kısıtlanacağı açıktır.” demek suretiyle kişinin savunma hakkını kullanabilmesi bakımından öncelikle;

- ☒ Disiplin suçunu oluşturan eylemin açık bir şekilde belirlenmesi,
- ☒ Disiplin suçu oluşturan eyleminin hangi disiplin kurallarını ihlal ettiğinin ortaya konulması,
- ☒ Disiplin soruşturmasıyla ilgili tüm hukuki delillerin toplanması ve soruşturmanın tamamlanması

gerektiği vurgulanmıştır. Dolayısıyla aydınlatma yükümlülüğünün gereklerine aykırı davranılması halinde alınan ifade hukuka aykırı hale gelmiş olacaktır³⁹.

Görüldüğü üzere aydınlatma yükümlülüğü kapsamında savunma hakkının kullanılması amacıyla düzenlenen davet yazısında ilgiliye disiplin suçuna konu olan eylemin ne olduğu, zamanı ve yer bilgisi tam ve net olarak bildirilmelidir⁴⁰. Aynı şekilde kişi hakkındaki disiplin dosyasında muhakkik veya müfettiş tarafından istenen deliller toplanmaya başlamadan önce savunmanın alınması savunma hakkının ihlalidir.

Diğer taraftan Anayasa ve 2802 sayılı Kanun’daki savunma hakkına ilişkin temel esaslar 12.07.2017 tarihli Resmî Gazete’de yayımlanan “Hakimler ve Savcılar Kurulu Teftiş Kurulu Yönetmeliği”nde de ele alınmıştır. Teftiş Kurulunun hakim ve savcılar hakkında yapacakları araştırma ve gerektiğinde inceleme ve soruşturma yapılmasına ilişkin esasların yer aldığı Yönetmeliğin 40. maddesine göre hakim ve savcılar hakkındaki “**İnceleme ve soruşturma**” işlemlerinde aydınlatma yükümlülüğü kapsamında yapılacaklar ve savunmanın alınmasına ilişkin usul ve esaslar açıkça düzenlenmiştir.

b-) Yasak Sorgu ve İfade Yöntemlerinden Kaçınılması

Ceza yargılamasında olduğu gibi disiplin yargılamasında da ilgilinin savunmasının hukuka uygun yöntemlerle alınması gerekmektedir. 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu’nun 148. maddesinde belirtilen ifade alma ve sorguda yasaklanan usuller disiplin yargılaması bakımından da geçerlidir. Dolayısıyla disiplin soruşturmalarında, soruşturulan kamu görevlisinin veya ifade veren tanıkların, ifadelerinin alınması sırasında, soruşturmayı yürüten müfettiş veya muhakkik ya da disiplin konusunda karar verecek Kurul üyeleri⁴¹ tarafın-

³⁹ FİŞ ÜSTÜN, s.23.

⁴⁰ FİŞ ÜSTÜN, s.23.

⁴¹ Bu noktada OHAL döneminde ihraç edilen hakim ve savcılar hakkındaki soruşturmalara ilişkin “*İtirafçılığıyla faydası olan FETÖ’cileri yeniden hâkim ya da savcı yapabiliriz!*” şeklinde açıklama yapan HSK Başkanvekili Mehmet Yılmaz’ın, daha sonra “*Kurulumuz bu konuda kesin karardır. Bu açıklamayı tamamen itirafçılığı teşvik amacıyla yaptım ve çok da başarılı oldum*” açıklaması bu kapsamda hukuka aykırı yöntem niteliğindedir. Açıklama için bkz (HSYK Başkanvekili Yılmaz:

dan aldatıcı beyanlarda bulunulması, hukuka aykırı vaatlerde 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 hale gelecektir. İfade almada olduğu gibi soruşturmaya ilişkin delillerin toplanması sırasında da hukuka aykırı yöntem ve usullere baş vurulmaması gerekir⁴².

3-) Etkin Savunma İçin Dosyaya Erişim Hakkının Önemi

Hakim ve savcılar haklarındaki disiplin soruşturması bakımından etkin bir savunmada bulunabilmeleri bakımından haklarındaki disiplin dosyası ve içeriğine ulaşabilmeleri önemlidir. Hakim ve savcı hakkında bir soruşturma olduğunu ancak soruşturma izni verilmesi ve bu soruşturma iznine istinaden savunmasının istenmesi aşamasında öğrenebilmektedir. 2802 sayılı Kanun'un 71. maddesinde savunma alınmadan disiplin cezası verilemeyeceği ve soruşturmayı yapanın veya Hakimler ve Savcılar Kurulunun üç günden az olmamak üzere, verdiği süre içinde veya belirtilen bir tarihte savunmasını yapmayan ilgili, savunma hakkından vazgeçmiş sayılacağı hüküm altına alınmıştır. Maddede savunma alınmadan disiplin cezası verilemeyeceği açıkça belirtilmesine karşın savunma alınmadan önce disiplin dosyasındaki iddiaların ve buna ilişkin delillerin hakim ve savcıya tebliğ edileceğine ilişkin bir düzenleme bulunmamaktadır.

HSK'nın "**Hakim ve savcılar hakkındaki araştırma, inceleme ve soruşturma işlemleri**" konulu 2 No'lu Genelgesinde "*Hakkında soruşturma izni verilen hakim, savcı veya diğer ilgilinin savunmasını eksiksiz yapabilmesi ve savunma hakkının kısıtlanmaması için soruşturma izin kararında yer alan kendisi ile ilgili iddiaların yazılı olarak aynen bildirilmesi, savunmada gösterilen tanıkların dinlenmesi ve ileri sürülen delillerin toplanması,*" gerektiği belirtilmek suretiyle savunma hakkı kapsamında yapılması gereken işlemler belirtilmiştir.

Hakimler ve Savcılar Kurulu Teftiş Kurulu Yönetmeliği'nin "**İnceleme ve soruşturma**" kenar başlıklı 40. maddesinin birinci fıkrasının (g) bendinde "*Savunma talebine ilişkin yazılı veya sözlü savunma alınması sırasında, ilgiliye, isnat edilen fiiller ile soruşturma konuları ayrı ayrı ve açık olarak, yer, zaman ve oluş biçimi gibi hususları içerecek şekilde bildirilir. Sadece disiplin cezasını gerektiren soruşturmalar hariç olmak üzere görevlerinden dolayı veya görevleri sırasında işlenen suçlara ilişkin savunmalarda 4/12/2004 tarihli ve 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanununda şüpheliye tanınan haklar hatırlatılır.*" hükmüne yer verilmiştir. Yönetmelikte hakim ve savcıya isnat edilen fiiller ile soruşturma konularının ayrı ayrı ve açık olarak, yer, zaman ve oluş biçimi gibi hususları içerecek şekilde bildirileceği açıkça belirtilmesine karşın buna ilişkin evrakların da bildirilmesine ilişkin burada da bir hüküm bulunmamaktadır.

Yukarıda da izah edildiği üzere 2802 sayılı Kanun, Teftiş Kurulu Yönetmeliği ve ilgili Genelgede dosyaya erişim hakkını tam ortaya koyan net düzenlemeler bulunmamaktadır. Ancak adil bir disiplin soruşturmasının yürütülebilmesi, silahların eşitliği ve çelişmeli yargılama ilkesinin gereklerinin yerine getirilebilmesi bakımından savunmaya dayanak yapılan suçlamalar kadar buna ilişkin bütün evrakların da ilgiliye tebliği gerekir. Bu noktada ilgili veya vekilinin talebi halinde bunların herhangi bir gerekçe gösterilmeden verilmesi gerekir.

İtirafçılığı teşvik etmek için o açıklamayı yaptım, <https://tr.sputniknews.com/turkiye/201612281026529306-hsyk-baskanvekili-itiraf-tesvik/>, İET:22/07/2020.

⁴² FİŞ ÜSTÜN, s.25.

Hakim veya savcının savunmasının müfettiş veya muhakkik vasıtasıyla istenmesi ya da Daire tarafından son savunmanın istenmesi aşamasında ilgili suçlamaya dayanak dosya içeriğinin kendisine tebliğini talep etmesi halinde ilgiliye savunması için bildirilen sürenin, bu tebliğ işleminden sonra başlaması gerekir. Savunma hakkının kullanılabilmesi için, hakkındaki suçlamanın öğrenilmesi ve dosyadaki delillerin incelenebilmesine imkân sağlanması gerekmektedir. Bu imkanlar tanınmadan savunma talep edilmesi ve bu kapsamda süre öngörülmesi savunma hakkının kısıtlanmasıdır.

Bu noktada Anayasa Mahkemesi yapılan bir bireysel başvuruda savunma hakkının etkin kullanımı bakımından dosyaya erişim hakkı kapsamında dosyada yer alan bütün bilgi ve belgelerin ilgiliyle paylaşılmasını ihlal nedeni olarak değerlendirmiştir. Mahkeme Kararında⁴³ “...Başvuru konusu olayda başvuru, sözleşmeli subaylık ve muvazzaf astsubay temini sınavlarında başarılı olmasına rağmen güvenlik soruşturmasının olumsuz olduğu gerekçesiyle işlemlerinin sonlandırılmasına ilişkin işlemlerin iptali talebiyle dava açmıştır. Başka bir deyişle dava konusu işlemin temelinde güvenlik soruşturmasının içeriği yer almaktadır. Başvurucunun güvenlik soruşturmasına ilişkin savunmalarını yapabilmek ve iddialarını ileri sürebilmek açısından güvenlik soruşturmasının içeriğinden haberdar olması büyük önem taşımaktadır. Aksi durumda başvurucunun İdarelerin güvenlik soruşturmasının içeriğine dayanarak tesis ettikleri işlem ve dosya içeriğindeki savunmaları karşısında zayıf ve dezavantajlı bir konuma düşeceği açıktır...” demek suretiyle dosyaya erişim hakkının kısıtlanmasının savunma hakkı üzerinde doğuracağı aleyhe duruma vurgu yapmıştır.

Nitekim Danıştay, soruşturma raporuyla, hakkında devlet memurluğundan çıkarılma cezası önerisi getirilen ve bu öneri uyarınca savunması istenen kamu görevlisine ve vekiline yapılacak savunmaya esas olmak üzere, soruşturma raporu ve eklerinden istenen belgelerin bir örneğinin verilmemesinin, savunma hakkının hukuka aykırı olarak kısıtlanması sonucunu doğurduğuna hükmetmiştir⁴⁴.

⁴³ “...Somut olayda Mahkemece davalı İdarelerden işlemlere esas alınan bilgi ve belgelerin gönderilmesinin talep edilmesine karar verilmesi üzerine başvuru hakkında gizli ibareli bilgi ve belgeler İdareler tarafından dava dosyasına sunulmuştur. Mahkeme de gizli ibareli olarak sunulan belgeleri esas almak suretiyle davanın reddine karar vermiştir. Dava dosyalarının Ulusal Yargı Ağı Bilişim Sistemi üzerinden incelenmesi sonucunda davalı İdareler tarafından dava dosyasına sunulan gizli ibareli belgelerin başvurucaya bildirildiğine veya incelettilirime imkânı verildiğine dair herhangi bilgi ya da belgeye rastlanmamıştır. Mahkeme tarafından gizli ibareli bilgi ve belgelerin başka şahıs ve makamların özel bilgileri ile şeref, haysiyet ve güvenliğinin korunması veya idarenin soruşturma metotlarının gizli tutulması ya da benzeri haklı görülebilecek hususlar nedeniyle başvurucaya verilmemesini gösterecek hiçbir argümanın ortaya konulmadığı değerlendirilmiştir. Ayrıca anılan belgelerin başvurucaya incelenmesine açılmayacağına ilişkin herhangi bir karar alınmadığı ve bu belgelerden başvurucaya haberdar edilmediği tespit edilmiştir. Belirtilen nedenlerle davalı İdareler tarafından sunulan ve mahkeme kararlarında hükme esas alınan gizli ibareli belgelere karşı başvurucaya savunma yapma imkânı verilmemesi nedeniyle başvurucaya silahların eşitliği ve çelişmeli yargılama ilkelerinin ihlal edildiği sonucuna ulaşılmıştır... (AYM Binyaman Uçar Kararı, Başvuru No: 2017/32004, K.T: 03/06/2020, Prg.43-45)

⁴⁴ “...Dosyanın incelenmesinden, amirleri hakkında yersiz iddialarda bulunmak ve iftira etmek iddiasıyla Hamza Kaçar hakkında yapılan disiplin soruşturması sonrasında düzenlenen ... günlü raporda, adı geçen hakkında 657 sayılı Devlet Memurları Kanununun 125 inci maddesinin (E-g) bendi uyarınca ve memurluk sıfatıyla bağdaşmayacak nitelik ve derecede yüz kızartıcı ve utanç verici hareketlerde bulunduğundan bahisle Devlet memurluğundan çıkarılma cezası ile cezalandırılmasının önerildiği, bu öneri hakkında karar verilmek üzere dosyanın Yüksek Disiplin Kuruluna sevk edildiği, Kurulun 17.9.2007 günlü, 025374 sayılı yazısıyla adı geçenden savunmasını yedi gün içinde Kurula gönderilmesinin istendiği, bunun üzerine ... vekili Av. ...'nın 25.9.2007 günlü, 28699 sayılı dilekçesiyle savunma yapılabilmesi için yazılı belge ve diğer delillerin incelenmesi, inceleme sonrasında

4-) Çelişmeli Yargılanma İlkesi ve Etkin Savunma Hakkı

“Çelişmeli yargılama ilkesinin ihlal edilmesi”, “savunma hakkı” yönünden davanın tarafları arasındaki dengeyi bozacağından çelişmeli yargılama ilkesi “Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi” kararlarında “silahların eşitliği ilkesi” ile birbirini tamamlar nitelikte değerlendirilmektedir. Bununla birlikte silahların eşitliği ilkesine aykırı bir durum aynı zamanda çelişmeli yargılama ilkesine aykırı olmayabilir. Nitekim Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, Niderost-Huber/İsviçre kararında⁴⁵, ilk derece mahkemesinin federal mahkemeye gönderdiği kendi görüşünü içeren belgeyi davanın her iki tarafının da bilgisine sunmadığını gerekçe göstererek ilk derece mahkemesinin tarafsız olduğu ve taraflardan birinin de karşıtı konumunda olmadığı dikkate alınarak silahların eşitliği ilkesi açısından ihlal olmadığı kanaatine varılırken, çelişmeli yargılama ilkesi bakımından ihlal bulunduğuna karar vermiştir.

AİHM’ne göre, hakkında karar verilecek kişiye suçlamaların dayanağı olan tüm bilgi ve belgelerin, tam ve zamanında verilmesi AİHS’nin 6. maddenin gereklerinden birisidir. İlgilinin suçlandığı olaya ilişkin savunma hazırlayabilmesi için, gerekli olan bilgi ve belgelerin hiç verilmemesi, tam olarak verilmemesi ya da yanlış bilgi verilmesi gibi sebeplerle savunmanın istenildiği gibi hazırlanamaması, adil yargılanma hakkının ihlalidir⁴⁶.

Adil bir yargılamada hakkaniyete uygun bir karar verilebilmesi için, savunma hakkı üzerindeki her türlü kısıtlama ve eşitsizliğin kaldırılması gerekir. Savunmanın etkili bir şekilde yapılabilmesi açısından ulaşılabilecek zorunlu olan bazı bilgi ve belgelerin; gizlilik, devlet sırrı, kurumların iç işleyişine dair belgeler, ekonomik ve ticari sır gibi gerekçelerle

belgeye ihtiyaç duyulması halinde belge örneklerinin kendilerine verilmesinin Kuruldan talep edildiği, Kurulun 26.9.2007 günlü, 026018 sayılı yazısıyla belirlenen tarih ve saatte ibarelerinde olmaları halinde soruşturma evrakının incelenebileceğini şikayetçi vekiline Bildirildiği, belirlenen günde soruşturma raporu ve eklerinin inceleyen şikayetçi vekilinin 28.9.2007 günlü dilekçesiyle soruşturma raporu ve 3500-4000 sayfaya yakın rapor eki belgenin taranmış örneklerinin yüklü olduğu CD’nin incelendiği, ancak belgelerin sayısal çokluğu ve konuların farklılığı nedeniyle anılan soruşturma raporu ve CD’nin örneği olmadan savunma yapılmasının mümkün olmadığından bahisle, 28.8.2007 günlü, 6 sayılı soruşturma raporu ve ekli belgeleri içeren CD ve raporun işleme konulmasına ilişkin 28.8.2007 günlü, 115 sayılı onayın bir örneğinin kendilerine verilmesinin Kuruldan istendiği, bu istem üzerine Personel Genel Müdürlüğünün Teftiş Kurulu Başkanlığı ile Başhukuk Müşavirliği ve Muhakemat Genel Müdürlüğünden görüş istendiği, her iki birim tarafından Personel Genel Müdürlüğüne verilen görüş yazılarında, inceleme dışında belge örneklerinin verilmesinin zorunlu olmadığı hukuki görüşüne yer verildiği, bunun üzerine Yüksek Disiplin Kurulunun 31.10.2007 günlü, 028448 sayılı yazısıyla belgelerin verilmesinin mümkün olmadığını şikayetçi vekiline bildirildiği görülmekte olup, soruşturma raporuyla hakkında haklarında Devlet memurluğundan çıkarılma cezası önerisi getirilen ve bu öneri uyarınca savunması istenen kamu görevlisine ve vekiline yapılacak savunmaya esas olmak üzere soruşturma raporu ve eklerinden istenen belgelerin bir örneğinin verilmemesinin savunma hakkının hukuka aykırı olarak kısıtlanması sonucunu doğurduğu, bu nedenle ilgililere isnat edilen eylemin, haklarında soruşturma yapılmasını gerektirecek nitelikte bulunduğu anlaşıldığından, itirazın kabulüyle, Maliye Bakanının 28.4.2008 günlü, 2170 sayılı soruşturma izni verilmemesine ilişkin kararının kaldırılmasına, dosyanın Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığına, kararın birer Örneğinin Maliye Bakanlığı ile itiraz eden vekiline gönderilmesine 27.6.2008 gününde oybirliğiyle karar verildi... (Danıştay 1. D., 2008/721 E., 2008/800 K., 27/06/2008 T.) <http://emsal.danistay.uyap.gov.tr/BilgiBankasiIstemciWeb/>, İET: 15/06/2020.

⁴⁵ AİHM Niderost-Huber/İsviçre Kararı, Başvuru No: 18990/91, 18/02/1997, Prg-21-24.

⁴⁶ AİHM McGinley ve Egan/Birleşik Krallık Kararı, Başvuru No: 21825/93-23414/94, K.T: 09/06/1998, Prg.85.

verilmediği dosyalara yansıyan bir gerçektir⁴⁷. Nitekim Anayasa Mahkemesi davalı idareler tarafından dava dosyasına sunulan gizli ibareli belgelerin başvuruca bildirilmemesini veya incelettilirmemesini ve gizli ibareli bilgi ve belgelerin başka şahıs ve makamların özel bilgileri ile şeref, haysiyet ve güvenliğinin korunması veya idarenin soruşturma metotlarının gizli tutulması ya da benzeri haklı görülebilecek hususlar nedeniyle başvuruca verilmediğini gösterecek hiçbir argümanın ortaya konulmamasını silahların eşitliği ve çelişmeli yargılama ilkelerinin ihlali olarak değerlendirmiştir⁴⁸.

Adil yargılanma hakkının unsurlarından olan çelişmeli yargılama ilkesi taraflara dava malzemesi hakkında bilgi sahibi olma ve yorum yapma hakkının tanınmasını ve bu nedenle tarafların yargılanmanın bütününe aktif olarak katılmasını gerektirmektedir. Bu anlamda, mahkemece tarafların dinlenilmemesi, delillere karşı çıkma imkânı verilmemesi, yargılama faaliyetinin hakkaniyete aykırı hale gelmesine neden olabilecektir⁴⁹. Bu bağlamda AİHM, bilirkişi raporunun hazırlanma sürecine başvuranların katılmaması ve başvuranlara delillerle ilgili görüş bildirmelerine fırsat verilmemesini çelişmeli yargılanma hakkının ihlali olarak değerlendirmiştir⁵⁰.

Çelişmeli yargılamanın bir gereği olarak, disiplin soruşturma sürecinde dosyaya sunulan delil, mütalaa ve görüşlerin tamamı hakkında bilgi sahibi olma ve bunlar hakkında yorum yapma olanağı tanınmalıdır⁵¹. Diğer bir ifade ile bir uyumsuzlukta tarafların dosya içerisinde bulunan tüm delillere zamanında ulaşmasını, karşı tarafın delillerini inceleyip, gerekirse uzman kurumlarda orijinal olup olmadığını inceletebilmesini, tanıkları sorgulayabilmesini, tüm suçlamalara, delillere, raporlara ve tanık ifadelerine karşı beyanlarda bulunup, karşı tezlerini sunabilmesi ve bütün bunları yapabilmesi için yeterli sürenin verilmesi gerekmektedir⁵². Diğer bir ifade ile AİHM'e göre bilgi ve belgeye daha önce ulaşan tarafın kararı verecek kurulun kararını etkileme açısından diğer tarafa göre avantajlı konuma geçeceğinden, disiplin soruşturmasında soruşturmayı yürüten müfettişin ulaşabildiği bilgi ve belgelere diğer tarafın zamanında ulaşamaması, adil yargılanma hakkının ihlalidir. Dolayısıyla kendisini savunması için yeterli zaman verilmeyen, delillere ulaşması imkânı tanınmayan, hakkındaki itham ve suçlamalar ile bunların dayandığı delil ve ifadeler konusunda bilgilendirilmeyen kişilerin, kendi soruşturmalarını etkili bir şekilde savunmaları mümkün olmadığından, tüm bu hususlar adil yargılanma hakkına aykırıdır⁵³.

AİHM'nin ceza yargılaması bakımından çelişmeli yargılama için belirlemiş olduğu kriterler disiplin yargılamaları için de geçerlidir. Zira çelişmeli yargılama Sözleşmenin 6. maddesi kapsamında kişiye tanınmış bir güvencedir. Disiplin sürecini yürüten kurul veya merciin bu ilke çerçevesinde hareket etmesi gerekmektedir. Bu bağlamda disiplin soruşturmasında savunmayı yapacak olan kişinin elinde olmayan bilgi ve belgeler üzerinden, tahmine dayalı olarak savunmasını yapması mümkün olmayacağından ulaşılabilen belgeler üzerinden savunma yapmak durumunda kalan bir kişinin, etkili ve yeterli bir savunma ile üzerindeki kuşku dağıtması mümkün değildir. İthamlara dayanak alınan, müfettiş tara-

⁴⁷ ŞEN, Mahmut: Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarında Hâkim ve Savcılara İlişkin Disiplin Soruşturmalarının Esasları, TBB Dergisi, Sayı: 121, Yıl: 2015, s.36.

⁴⁸ AYM Bünyamin Uçar Kararı, Başvuru No: 2017/32004, K.T: 03/06/2020, Prg.43-45.

⁴⁹ AİHM Ruiz-Mateos/İspanya Kararı, Başvuru No: 12952/87, KT:23/06/1993, Prg.63; Feldbrugge/Hollanda Kararı, Başvuru No: 8562/79, K.T:29/05/1986, Prg.44.

⁵⁰ AİHM Mantovanelli/Fransa Kararı Başvuru No: 21497/93, K.T: 18/3/1997, Prg. 33.

⁵¹ İNCEOĞLU, s. 243; ŞEN, s.37.

⁵² ŞEN, s.37; AİHM Yvon/Fransa Kararı, Başvuru No: 44962/98, K.T: 24/04/2003, Prg.31-32.

⁵³ ŞEN, s.37-38.

findan ulaşılabilen bazı bilgi ve belgelerin hakkında soruşturma yürütülen kişiye verilmesi hali, savunma hakkı açısından bir eksiklik olarak değerlendirilebilir⁵⁴.

AİHM İncal/Türkiye kararında, kural olarak ceza ve hukuk davalarındaki tarafların, hakimlerin verecekleri kararları etkilemek amacıyla bağımsız bir organ tarafından bile sunulmuş olsa, hakime sunulan tüm kanıt ve görüşleri öğrenmek ve bunları tartışmak olanağına sahip bulunmaları gerektiği belirtilmiştir. Yargıtay'daki davalarda geçerli olan yargılama yöntemleri, Başsavcılık tebliğnamesinin onama ya da bozmaya yönelik etkinliği de göz önünde tutularak, çelişmeli bir yargının varlığından söz edebilmek için, ilgiliye yargılama bitmeden önce yanıtlama hakkının tanınması gerektiği üzerinde durulmuştur. Başvuru konusu olayda, yerel mahkemenin mahkumiyet kararının onanmasını isteyen Başsavcılık tebliğnamesine karşı sanığa savunmalarını sunma fırsatının verilmemesi, Sözleşmenin 6/1. maddesi ile güvence altına alınan ve adil yargılamanın temel öğelerinden olan karşıt komndakilerin eşit koşullarda çekişmesi ilkesine aykırı hareket edildiğine karar verilmiştir⁵⁵.

5-) Hakim ve Savcıların Savunmasının Ancak Soruşturma İzni Kararı Sonrası Alınması

Hakim ve savcı hakkında yapılan ihbar ve şikayetten ancak soruşturma izni verilmesi neticesinde müfettiş veya muhakkik vasıtasıyla savunması alınması mümkün değildir. Hakim ve savcılar hakkında yürütülen disiplin soruşturmalarının araştırma ve inceleme aşamalarında savunma alınması mümkün değildir. Bu bağlamda 2 No'lu Genelgenin sonuç kısmının 10. bendinde yer alan "Araştırma ve inceleme izni verilen hâllerde hakim ve savcının savunmasının alınmaması, soruşturma izni verilen hâllerde ise ilgilinin savunmasının 2802 sayılı Kanunun 84 üncü maddesi uyarınca alınması," düzenleme de dikkate alındığında inceleme ve soruşturma izni kararlarına göre dar kapsamlı bir tahkikatı esas alan araştırma veya inceleme kararı soruşturma kararına dönüşmedikçe ilgilinin savunması alınmaz.

6-) Son Savunmanın Alınması ve Sözlü Savunma Hakkı

Disiplin soruşturmasında verilen soruşturma izni üzerine verilebilecek kararlardan biri de kovuşturma yapılması veya disiplin cezası verilmesi kararıdır. Ancak verilen soruşturma izni neticesinde ilgili hakim ve savcı hakkında suç mahiyetinde görülen hususlardan dolayı "kovuşturma yapılması" ve "disiplin cezası uygulanması" ya da suç mahiyetinde görülmemeyen hususlarda, "disiplin cezası uygulanması" hallerinde Kurul İkinci Dairesi ilgili hakim ve savcı hakkında karar vermeden önce ilgilinin son savunmasını alacaktır. Zira 2802 sayılı Kanun'un "**Savunma hakkı**" kenar başlıklı 71. maddesi uyarınca hakim ve savcılar hakkında, savunmaları alınmadan disiplin cezası verilemez. Bu nedenle hakim ve savcının Dairenin üç günden az olmamak üzere, verdiği süre içinde veya belirtilen bir tarihte savunmasını yapması gerekir. Aksi takdirde savunma hakkından vazgeçmiş sayılır. Ancak savunma süresi dolmaksızın savunma hakkını kullanmaktan feragat ettiğini bildiren hakim ya da savcının feragatini geri almak istemesi halinde, bunun geçerli olması gerekmektedir. Aynı şekilde hakim veya savcının savunma yapmaktan feragat etmesi veya etmiş sayılması iddia edilen fiili işlediğinin ikrarı olarak kabul edilemez. Dolayısıyla savunma yapılmasa da

⁵⁴ ŞEN, s.36.

⁵⁵ AİHM İncal/Türkiye Kararı, Başvuru No: 41/1997/825/1031, K.T: 9/06/1998.

disiplin dosyasında disiplin cezası vermek için yeterli bir delil yoksa dosyanın işleminden kaldırılması kararı verilecektir⁵⁶.

Bu nedenle Daire dosyanın işleminden kaldırılması kararı vermeyeceği dosyalarda öncelikli olarak 2802 sayılı Kanun'un 71. maddesi uyarınca ilgili hakim ve savcıdan yazılı savunmasının istenmesine karar verecektir. Müfettiş veya muhakkike savunma verilmiş olması sonuca etkili değildir. Burada doğrudan daireye verilecek bir son savunma hakkı vardır.

Son savunma verilmesine ilişkin olarak uygulamada, Hakimler ve Savcılar Kurulu tarafından, savunma için 10 günlük süre verilmektedir. Kanun gereği ilgililerin, Dairede sözlü savunma yapma hakkı yoktur. Ancak, ilgili hakkında meslekten çıkarma kararı verilmiş ise Genel kurulda sözlü veya yazılı olarak kendisi veya vekili vasıtasıyla sözlü savunma hakkına sahiptir. Bunun yasal dayanağı ise 2802 sayılı Kanun'un 73. maddesini son fıkrasıdır.

AİHM'göre⁵⁷, silahların eşitliği ilkesi gereğince ilgili yargı mensubunun aleyhine olacak şekilde kısa bir savunma süresi tanınması ve disiplin cezaları bakımından duruşmada hazır bulunma ve hukuki dinlenme hakkı gereğince, sözlü olarak tez ve argümanlarını heyet huzurunda dile getirme yönündeki talebin karşılanması, Sözleşme'ye taraf olan devletin uyması gereken pozitif yükümlülükler arasındadır⁵⁸.

C-) AİHM'in Hukuki Dinlenme Hakkı ve Etkin Savunma İmkânı Tanınmasına İlişkin Bakış Açısı

1-) Genel Olarak Mahkemenin Savunma Hakkına Bakış Açısı

AİHS'nin 6. maddesinde yer alan hukuki dinlenme hakkı, taraflar açıkça feragat etmedikleri sürece, adil yargılanma hakkı kapsamında taraflara tanınması gereken bir haktır. Devletin pozitif yükümlülüklerinden olan duruşmada hazır bulunma ve sözlü olarak dinlenme hakkının bir gereği olarak ilgili tarafından sözlü savunma yapma ve karar oturumuna katılma talep edilmiş ise kararı verecek mercii tarafından bu talebin karşılanması için gerekli her türlü tedbirin alınması gerekmektedir⁵⁹. Sözleşme'nin 6. maddesinin (3) numaralı fıkrasının (a) bendinde hakkında bir suç isnadında bulunulan kişinin "*Kendisine karşı yöneltilen suçlamanın niteliği ve sebebinden ayrıntılı olarak haberdar edilmek*" hakkı, kişinin savunmasını hazırlayabilmesi için getirilmiş bir güvencedir. Ayrıca AİHM, Sözleşme'nin 6. maddesinin (a) bendi ile hakkında bir suç isnadında bulunulan kişinin "*Savunmasını hazırlamak için gerekli zaman ve kolaylıklara sahip olmak*" hakkına yer veren (b) bentlerinin birbiriyle bağlantılı olduğunu; suçlamanın nedeni ve niteliği hakkında bilgilendirilme hakkının, şüphelinin veya sanığın savunmasını hazırlama hakkı ışığında değerlendirilmesi gerektiğini belirtmiştir⁶⁰.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM) "*hakkaniyete uygun yargılama*" kavramından hareket ederek adil yargılamanın zımni gereklerini saptamıştır. Bu gereklerden en önemlisi Anayasa'nın 36. maddesinde de açıkça ifade edilmiş olan "*savunma hakkı*"dır. Ceza yargılamasında savunma haklarının güvence altına alınması demokratik toplumun temel gereklerindedir. Bu sebeple AİHM'e göre hakkaniyete uygun bir yargılamanın ger-

⁵⁶ BAŞ, Eylem: Hâkimlerin ve Savcılarının Disiplin Yönünden Soruşturulmaları ve İşledikleri Suçlar Nedeniyle Yargılanmaları, Ankara Barosu Dergisi, Sayı: 3, Yıl: 2016, s.302-303.

⁵⁷ AİHM Özpınar/Türkiye Kararı, Başvuru No: 20999/04, K.T:19/10/2010.

⁵⁸ ŞEN, s.58.

⁵⁹ İnceoğlu, s.244.

⁶⁰ AİHM Pélissier ve Sassi/Fransa Kararı, Başvuru No: 25444/94, K.T:25/3/1999, Prg. 51-54.

çekleştirilmesi için, yargılamanın yürütülmesi sırasında alınan önlemlerin, savunma hakkının yeterince ve tam olarak kullanılması ile uyumlu olması ve bu hakların teorik ve soyut değil, etkili ve pratik olacak şekilde yorumlanması gerekmektedir⁶¹. Ayrıca sanığın duruşmalarda kendini savunmaktan vazgeçmesi hususu çok açık bir şekilde tutanağa geçirilmelidir. Zira, savunma olgusunun adil yargılanma ilkesi içerisinde önemli dikkate alındığında, vazgeçme tereddüde mahal bırakmayacak açıklıkta kayda geçmelidir⁶².

2-) Disiplin Soruşturmalarında Savunma Hakkına Bakış Açısı

AİHM, hakkında bir disiplin yaptırımı uygulanan yargı mensuplarınınca yapılan başvuru dosyalarının kişinin savunmasını hazırlamak için yeterli süre ve imkâna sahip olup olmadığını denetlemektedir. Bu kapsamda disiplin sürecinde kişinin hazır bulunma ve hukuki dinlenme hakkına ilişkin olarak AİHM **Özpınar/Türkiye Kararında** önemli tespit ve değerlendirmelerde bulunmuştur. Mahkeme, başvuranın müfettişe ve Kurul'a yazılı savunmasını sunabilmesine karşın, görevden alınma kararı verilmeden önce başvuranın savunmasının ne müfettiş, ne de HSYK tarafından bizzat kendisinden dinlenmemiş olmasını ve özellikle bu süreç sırasında gerçekleşen tek duruşma ve sözlü savunmasının, son safhada yani Kurul'un itirazları inceleme kurulunun toplantısı sırasında yapılmasını ciddi manada endişe verici olarak değerlendirmiştir. Mahkeme ilgili kişinin kendi bakış açısını dile getirebileceği nizalı bir yargılamadan yararlanabilmesi ve ilgili yetkililerin iddialarına karşı çıkabilmesinin adil yargılanma hakkının bir gereği olduğunu vurgulamıştır. AİHS'nin 6. maddesinin 3 (a), (b) ve (d) paragraflarına atıfta bulunan başvuran, ayrıca savunmasını hazırlamak için gerekli zaman ve kolaylığa sahip olamadığını, gizli olarak nitelendirilen dosyanın kendisine yasaklandığını ve Kurulun hangi suçlama, delil ya da ifadelere dayanarak karar verdiğini hâlâ bilmediğini, zira gerekçeli kararın kendisine tebliğ edilmediğini savunmakta ve nihayet delillerin toplanması aşamasında kendi lehine olan tanıklıkların dikkate alınıp alınmadığı konusunda şüphelerinin olduğunu beyan etmiştir. Mahkeme 6. madde kapsamındaki bu iddiaları 13. madde kapsamında değerlendirerek hak ihlali vermiştir⁶³.

AİHM, **Barbera, Messeque ve Jabardo/İspanya Kararında** hazırlık soruşturması sırasında toplanmış olan delillerin, sanığın şahsen yer aldığı bir oturumda tartışılmadan kabul edilmesini ihlal gerekçesi yapmıştır. Duruşmada hazır bulunma ve sözlü olarak dinlenme hakkı kapsamında ilgili tarafından sözlü savunma yapma ve karar oturumuna katılma talep edilmiş ise kararı verecek mercii tarafından bu talebin karşılanması için gerekli her türlü tedbirin alınması gerekmektedir⁶⁴.

D-) Hukuki Dinlenme ve Savunma Hakkı Kullanılmadan Verilen İhraç Kararları

1-) OHAL Süreci ve Verilen İhraç Kararları

Kurul özellikle 2010 Anayasa değişikliği sonrasında disiplin soruşturmalarında yukarıda belirtilen esaslara riayet ederek karar vermekteydi. Ancak 15 Temmuz darbe girişimi sonrası OHAL kararnamelerini gerekçe göstererek savunma imkanı tanımadan yaklaşık

⁶¹ AİHM Ludi/İsviçre Kararı Başvuru No: 12433/86, K.T:15/6/1992 Prg. 49-50; Artico/İtalya Kararı Başvuru No: 6694/74, K.T:13/5/1980 Prg. 33.

⁶² AİHM Colozza/İtalya Kararı, Başvuru No: 9024/80, K.T:12/02/1985.

⁶³ AİHM Özpınar/Türkiye Kararı, Başvuru No: 20999/04, K.T:19/10/2010.

⁶⁴ AİHM Barbera, Messeque ve Jabardo/İspanya Kararı, Başvuru No: 10588/83; 10589/83; 10590/83, K.T:13/06/1994, Prg.61 vd.

4000 hakim ve savcının ihracına karar vermiştir. 2935 sayılı Olağanüstü Hal Kanunu'nun 4. maddesi uyarınca Bakanlar Kurulunca 22.7.2016 tarihinde kararlaştırılan 667 sayılı Olağanüstü Hal Kapsamında Alınan Tedbirlere İlişkin Kanun Hükmünde Kararname 23.7.2016 tarihli ve 29779 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe konulmuş, **"Yargı mensupları ile bu meslekten sayılanlara ilişkin tedbirler"** başlıklı 3. maddesinin 1. fıkrasında, **"Terör örgütlerine veya Milli Güvenlik Kurulunca Devletin milli güvenliğine karşı faaliyette bulunduğu karar verilen yapı, oluşum veya gruplara üyeliği, mensubiyeti veya iltisakı yahut bunlarla irtibatı olduğu değerlendirilen Anayasa Mahkemesi üyeleri hakkında Anayasa Mahkemesi Genel Kurulunun salt çoğunluğunca; Yargıtay daire başkanı ve üyeleri hakkında Yargıtay Birinci Başkanlık Kurulunca; Danıştay daire başkanı ve üyeleri hakkında Danıştay Başkanlık Kurulunca; hakim ve savcılar hakkında Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulu Genel Kurulunca ve Sayıştay meslek mensupları hakkında Sayıştay Başkanının başkanlığında, başkan yardımcıları ile Sayıştay Başkanı tarafından belirlenecek bir daire başkanı ve bir üyeden oluşan komisyonca meslekte kalmalarının uygun olmadığına ve meslekten çıkarılmalarına karar verilir."** şeklinde düzenleme yapılmış ve bu Kanun Hükmünde Kararname, 29.10.2016 tarih ve 29872 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan 6749 sayılı Olağanüstü Hal Kapsamında Alınan Tedbirlere İlişkin Kanun Hükmünde Kararnamenin Değiştirilerek Kabul Edilmesine Dair Kanun ile kanunlaşmıştır.

Belirtilen OHAL KHK'sı kapsamında bu süreçte binlerce hakim ve savcının meslekten çıkarılmasına ilişkin karar verme yetkisi kanun yerine bir OHAL KHK'sı ile HSK'nın ilgili dairesinden alınarak HSK Genel Kuruluna verilmiştir. Yine disiplin suç ve cezaların kanuniliği ilkesinin bir gereği olarak ancak kanunla belirlenebilecek bir disiplin suçu OHAL KHK'sı ile getirilmiştir. Ayrıca 667 sayılı KHK'nın 3. maddesinde savunma hakkını kısıtlayan bir içeriğe sahip olmamasına karşın binlerce yargı mensubu OHAL KHK'sı ile oluşturulan bir disiplin suçu kapsamında yine Kanunla belirlenmeyen bir merci tarafından ve savunma alınmadan ihraç edilmiştir. Burada Anayasa'daki hakim savcı teminatı ve azil yasağı ile bunun gereği olarak 2802 sayılı Kanunda öngörülen teminatlar yok sayılarak meslekten çıkarma kararı verilmiştir. Bu şekilde Anayasa'da yer alan hakim ve savcı teminatı ve azil yasağı ihlal edilmiştir.

OHAL döneminde⁶⁵ Anayasa'ya, 2802 sayılı Hakimler ve Savcılar Kanunu'na ve ilgili mevzuata aykırı olarak usule ilişkin işlemlere riayet edilmediği, adil yargılanma hakkının korunmasına yönelik güvencelerin sağlanmadığı, savunma hakkının kullanılmadığı, açığa alma kararlarına yapılan itirazların karara bağlanmadığı, alınan gizlilik kararı ile soruşturma dosyasındaki bilgi ve belgeler paylaşılmadığı gibi disiplin dosyasındaki bilgi ve belgelere de erişime izin verilmediği, bu yöndeki taleplerin karşılıksız bırakıldığı yolundaki iddialar dava dosyalarına yansımıştır.

HSK bu ihraçlarla alakalı açılan davalarda davalı sıfatıyla vermiş olduğu savunmalarda⁶⁶ dava konusu kararların, yargı mensuplarına olağan dönemde uygulanan 2802 sayılı Hakimler ve Savcılar Kanunu ve 6087 sayılı Hakimler ve Savcılar Kurulu Kanunu vb. mevzuat hükümlerine değil Anayasa'nın 120 ve 121. maddeleri ile 2935 sayılı Olağanüstü

⁶⁵ 15.7.2016 günü başlatılan darbe girişimi üzerine; kamu düzeni ve güvenliği açısından Anayasanın 120. maddesi ve 2935 sayılı Olağanüstü Hal Kanunu çerçevesinde; Milli Güvenlik Kurulunun Hükûmete olağanüstü hâl ilan edilmesi yönündeki 20.7.2016 tarihli ve 498 sayılı tavsiye kararına üzerine, toplanan Bakanlar Kurulu'nca ülke genelinde olağanüstü hâl ilan edilmesine karar verilmiş, bu karar Türkiye Büyük Millet Meclisinde onaylanarak 21.7.2016 tarihli ve 29777 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe girmiştir.

⁶⁶ Danıştay 5. D., 2016/58016 E., 2019/4157 K., 17/06/2019 T., <http://emsal.danistay.yap.gov.tr/BilgiBankasiIstemciWeb/>, İET: 15/06/2020.

Hal Kanunu çerçevesinde yürürlüğe konulan 667 sayılı Olağanüstü Hal Kanun Hükmünde Kararnamesi'ne dayanılarak tesis edildiği; bir disiplin cezası değil "göreve son verme" müessesesinin bir örneği olduğu ve bunun adil yargılanma hakkının gereklerine uygun şekilde uygulandığını; davacı hakkında tesis edilen karar ile ilgili olarak kişiselleştirmenin yapılmış olduğunu, hakim ve savcıların ihracı sonrası ihraç kararlarına yönelik yeniden inceleme taleplerinde savunma haklarını kullandıklarını ileri sürmüştür.

Anayasa ve yasalarda adli, idari ve cezai soruşturmalarda öngörülen savunma hakkı, kişinin ceza alamadan önce dosyada kendisine yönelik iddia ve delillere karşı kendi beyanlarını ve delillerini mahkeme veya kurul huzurunda dile getirmesini ifade etmektedir. Dolayısıyla idari veya adli bir karara karşı yapılmış bir itiraz ya da kanun yolu başvurusu savunma olarak kabul edilemez. Nitekim gerek Yargıtay ve gerekse Danıştay tarafından geçmiş uygulamalarında, savunma alınmaması nedeniyle verilen kararların hiç birinde temyiz yoluna yapılan başvurunun savunma yerine geçtiğine ilişkin bir karar verilmemiştir. Görüldüğü üzere "savunma hakkının" verilmiş olabilmesi bakımından kişiye anayasal ve yasal güvencelerin verilmesi ve temel haklarını kullanabilme imkanının tanınması gerekmektedir. Dolayısıyla 2802 sayılı Kanun'un 73 ve 6087 sayılı Kanun'un 33. maddeleri uyarınca yeniden inceleme talebinin savunma olarak kabulü mümkün olmadığı gibi idari işleme karşı kişinin başvurabileceği bir yasa yolunun bu şekilde amacı dışında yorumlanarak hukuksuz işleme gerekçe yapılması hukukun mümkün değildir. Bu noktada Danıştay'ın eski uygulamalarının aksine HSK'nın savunması çerçevesinde bu açık ihlalden dolayı meslekten çıkarma işlemini iptal etmemesi ise ayrı bir hukuki çıkmaz olmuştur.

Anayasa'nın 36 ve AİHS'nin 6. maddelerinde "savunma hakkının kutsallığı" düzenlenmiştir. Aynı hususlar 2802 sayılı Kanun'un disiplin ve soruşturma usulünü düzenleyen hükümlerinde de belirtilmiştir. 2802 sayılı Kanun'un 71. maddesinde belirtilen "**savunma hakkını**" kullandırmadan doğrudan meslekten çıkarma kararı verilemez. Bu noktada, HSK tarafından verilen meslekten çıkarma kararına karşı yapılan "yeni inceleme talebinin", "savunma" olarak değerlendirilmesi mümkün değildir. Aksinin kabulü, savunma hakkı verilmeden ceza verilen sanığın, temyiz talep hakkının bulunmasının ve bu kapsamda verdiği temyiz dilekçesinin savunma hakkını kullanmak olarak kabulü gerekir ki, böyle bir kabulün ne ulusal ne de evrensel hukukta yeri vardır. Ayrıca 667 sayılı OHAL KHK'sinin 3. maddesinde yalnızca meslekten çıkarma kararını verecek mercii belirlenmiş, ancak bu mercinin kararlarını verirken 2802 ve 6087 sayılı kanundaki usul ve esaslardan bağımsız ve keyfi hareket edeceğine dair bir hükme yer verilmemiştir.

Genel kabul ve uygulama bu olmasına karşın Danıştay 667 sayılı KHK kapsamında ihraç edilen bir yargı mensubuna ilişkin vermiş olduğu kararda geçmiş karar ve uygulamalarından vazgeçerek savunma alınmadan verilmiş olan ihraç kararını hukuka uygun kabul etmiştir. Danıştay 5. Dairesi ilgili Kararında "*...Hakimler ve Savcılar Kurulu Genel Kurulu tarafından yargı mensuplarının meslekte kalmasının uygun olmadığına ve meslekten çıkarılmasına ilişkin kararlar tesis edilirken ilgililere haklarındaki tespitler bildirilmek suretiyle karşı beyanda bulunma imkânı tanınmamış ise de AİHS'nin 15. maddesi hükmü uyarınca ulusun varlığını tehdit eden genel bir tehlikeye karşı ivedi şekilde tedbir almak zorunluluğu çerçevesinde durumun gerektirdiği ölçüde kabul edilebilecek nitelikte olan bu hususun, yargılama aşamasında, hakkındaki tespitler bildirilerek ilgililerin bu tespitlere karşı beyanlarının alınması suretiyle giderilmesinin mümkün olduğu değerlendirilmiştir...*"⁶⁷ şeklinde

⁶⁷ Danıştay 5. D., 2016/58016 E., 2019/4157 K., 17/06/2019 T., <http://emsal.danistay.uyap.gov.tr/BilgiBankasiIstemciWeb/>, İET: 15/06/2020.

gerekçeye yer vermiştir. Darbeyle alakası olmayan ve sadece örgüt üyeliği suçlamasıyla yargılanan bir yargı mensubu bakımından “ulusun varlığını tehdit eden genel bir tehlikeye karşı ivedi şekilde tedbir almak zorunluluğu çerçevesinde” denilmek suretiyle adil yargılanma hakkının vazgeçilmez unsuru olan savunma hakkından yoksun bırakılmasının meşru gösterilmesi hukuken kabul edilebilecek bir durum değildir.

Yine ilgili kararda “...Bu kapsamda, davalı idare tarafından dava konusu kararların gerekçesi olarak yargılama safahatında dava dosyasına sunulan tüm bilgi ve belgeler davacıya tebliğ edilmiş ve bu bilgi ve belgelere karşı etkin bir şekilde beyanda bulunma imkânı tanınmıştır...” şeklindeki tespit AİHS’nin 6. maddesi kapsamında hatalıdır. Zira Sözleşmenin 6. maddesi kapsamında bilgi ve belgelere erişim hakkı kişinin etkin bir savunma yapabilmesi bakımından savunmasından önce kullandırılması gereken bir haktır. Ancak HSK dosya içeriğinde tebliğ ettiği belgeleri dava konusu meslekten çıkarma işleminden sonra göndermiş ve davacı bunları ancak dava aşamasında inceleyip beyanda bulunabilmiştir. Dolayısıyla Sözleşme’nin 6. maddesine aykırı olarak savunma hakkı tanınmadığı gibi savunmayı hazırlayacak bilgi ve belgeler de meslekten çıkarma kararına karşı idari dava açıldıktan sonra davacıya verilmiş olması nedeniyle Sözleşmenin 6. maddesinin ihlal edildiği açıktır.

2-) Uluslararası Raporlarda Dile Getirilen Eleştiriler

667 sayılı KHK’nın 3. maddesinde ihraç konusunda HSK Genel Kuruluna yetki verilmiş olmasına ve savunma hakkını kısıtlayan bir içeriğe sahip olmamasına karşın binlerce yargı mensubunun bu hükme istinaden savunma alınmadan ihraç edilmesi nedeniyle HSK, ulusal ve uluslararası düzeyde eleştirilerin hedefi olmuştur.

Nitekim Avrupa Komisyonu 2018 Türkiye Raporunda, yargının işleyişini konu edindiği kısımda yargının işleyişine ilişkin ciddi bir gerileme yaşandığı vurgulanmıştır. Bu kapsamda 2016 darbe girişiminin ardından hakim ve savcıların % 30’unun ihraç edilmesi ve görevden el çektilmesi neticesinde Türk yargısının bağımsızlığının oldukça zarar gördüğü; söz konusu ihraçların, yargı genelinde caydırıcı bir etki yarattığı ve hakim ve savcılar arasında yaygın bir oto sansür riskini de beraberinde getirmiş olduğu; yargının bağımsızlığını temin eden yasal güvencelerin yeniden tesis edilmesine yönelik herhangi bir tedbir alınmamış olduğu belirtilmiştir. Disiplin prosedürlerine yönelik eleştirilerin ağırlık kazandığı Raporda 15 Temmuz darbe girişimi sonrası verilen ihraç kararlarında hakim ve savcılarının savunmalarının alınmamış olması eleştiri ve endişe sebebi olarak belirtilmiştir. Bu noktada söz konusu süreçlerde, usuli haklar da dâhil, özellikle masumiyet karinesi, ceza sorumluluğunun şahsiliği, hukuki kesinlik, savunma hakkı, adil yargılanma hakkı, silahların eşitliği ve etkili itiraz hakkı gibi temel hakların tam olarak gözetilmesi noktasında gerekli düzenleme ve değişikliklerin yapılması gerektiği belirtilmiştir⁶⁸.

Venedik Komisyonu’ da “ 15 Temmuz 2016 Başarısız Darbe Girişimi Sonrasında Çıkarılan 667 ilâ 676 Sayılı Olağanüstü Hal Kanun Hükmünde Kararnameleri Hakkında Görüş” yazısında OHAL sürecinde 667 Sayılı Kanun Hükmünde Kararname’nin 3. maddesi kapsamında Anayasa Mahkemesi, Yargıtay, Danıştay üyeleri ile ilk derece hakim ve savcılarının görevden alınması ve ihraç süreçlerinde işletilen yöntemi eleştiri ve endişe nedeni olarak belirtmiştir. Komisyona göre, bir hakimin görevden alınmasını emreden her bir kararın, bireye özgü alınması ve gerekçelendirilmesi, gerçekliği kanıtlanabilir delillere dayalı olması ve HSK nezdindeki prosedürde en azından asgari kanuni usullere uyulması gerekti-

⁶⁸ Avrupa Komisyonu 2018 Türkiye Raporu, s.30

ğine vurgu yapmak suretiyle savunma alınmadan yapılan ihraçlara yönelik ağır eleştiriler getirmiştir⁶⁹.

IV-) SONUÇ

Hakim ve savcı disiplin soruşturmalarının, yargının bağımsızlığına ve hakimlik teminatına zarar vermeden yürütülebilmesi bakımından bu esaslar üzerine kurulmuş olan Hakimler ve Savcılar Kurulunun bağımsız ve tarafsız hareket etmesi ve adil bir soruşturma süreci yürütmesi gerekmektedir. Adil bir soruşturma sürecinin temel gereklerinden biri de disiplin soruşturmasına tabi tutulan hakim ve savcının hukuki dinlenme ve savunma hakkına ve bu hakkın gerektirdiği güvencelere uygun hareket edilmesidir. Zaten disiplin sürecinde Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 6. maddesinde düzenlenen adil yargılanma hakkının gerektirdiği tüm usuli hak ve güvencelerin sağlanması gerektiğinden hukuki dinlenme ve savunma hakkının kullanılmış olması da AİHM'in disiplin soruşturmaları bakımından aradığı temel koşullardandır.

AİHM, hakkında bir disiplin yaptırımı uygulanan yargı mensuplarının yapılan başvuru dosyalarında hukuki dinlenme ve savunma hakkı kapsamında; yargı mensubunun; hakkındaki itham ve iddialar konusunda tam ve zamanında haberdar edilip edilmediği; savunmasını hazırlamak için yeterli süre ve imkânâna sahip olup olmadığı; dosyaya erişim hakkının kısıtlanıp kısıtlanmadığı; çelişmeli bir yargılamanın gerektirdiği; tanık dinletme, iddia makamının tanıklarını sorguya çekme, bilirkişi incelemesi talep etme gibi hakların tanınıp tanınmadığı gibi adil yargılanma hakkından kaynaklı kriterleri dikkate alarak inceleme ve değerlendirmelerde bulunmaktadır.

Kişinin işlediği iddia edilen eylemlerinin karşılığında haklılığını ortaya koyabilecek, disiplin suçunu işlemediğini kanıtlayacak, eylemlerinin karşılığında verilen cezaların eylemle örtüşmediğini ispatlayacak savunma hakkından yoksun bırakılmış olması adil yargılanma hakkının ihlali olacaktır. Dolayısıyla disiplin cezaları ile ilgili olarak savunma hakkı kullanılmadan disiplin cezası verilmesi hukuken olanaklı olmadığı gibi; savunma hakkının hukuka uygun şekilde kullanılabilmesi için de, ilgili kamu görevlisinin hakkındaki iddiaları, bu iddiaların dayandığı delilleri, üzerine atılı fillerin hukuki nitelendirmesini ve önerilen disiplin cezasını bilmesi gerekmektedir. Bu nedenle savunma istem yazısının Danıştay kararlarında vurgulandığı üzere savunmayı etkin kullanmaya imkan verecek şekilde ayrıntılı ve açık olmalıdır. Ayrıca aydınlatma yükümlülüğü kapsamında savunma hakkının kullanılması amacıyla düzenlenen davet yazısında ilgiliye disiplin suçuna konu olan eylemin ne olduğu, zamanı ve yer bilgisi ile bu eylemin sübutuna dair bütün bilgi, belge ve delillerin tam ve net olarak bildirilmesi gerekmektedir.

Adil yargılanma hakkına uygun bir savunma hakkının kullanılabilmesi bakımından savunma alınmadan önce disiplin soruşturmasıyla ilgili tüm hukuki delillerin toplanması ve soruşturmanın tamamlanması gerekmektedir. Hakim ve savcılar hakkında soruşturma izni verilmeden savunmaları alınmadığına göre soruşturma izni kararının verilebilmesi bakımından da iddia olunan eylemle ilişkin bütün delillerin bu karar öncesi toplanmış olması gerekmektedir. Soruşturma izni kararı sonrası hakim ve savcının savunmasını vermesinden sonra savunmasında belirttiği diğer delillerin de soruşturma sürecinde toplanması gerekir.

⁶⁹ “15 Temmuz 2016 Başarısız Darbe Girişimi Sonrasında Çıkarılan 667 ilâ 676 Sayılı Olağanüstü Hal Kanun Hükmünde Kararnemeleri Hakkında Görüş”, <http://www.ankarabaru.org.tr/siteler/ankarabaru/tekmakale/2017-3/13.pdf>, İET: 24/11/2019

Aynı şekilde hakim ve savcının savunması alındıktan sonra dosyaya giren bilgi, belge ve raporlarında ilgisine tebliği ve buna ilişkin görüşlerinin alınması gerekir.

Ceza yargılamasında olduğu gibi disiplin yargılamasında da ilgilinin savunmasının hukuka uygun yöntemlerle alınması gerekmektedir. 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 148. maddesinde belirtilen ifade alma ve sorguda yasaklanan usuller disiplin yargılaması bakımından da geçerlidir. Dolayısıyla disiplin soruşturmalarında, soruşturulan kamu görevlisinin veya ifade veren tanıkların, ifadelerinin alınması sırasında, soruşturmayı yürüten müfettiş veya muhakkik ya da disiplin konusunda karar verecek Kurul üyeleri tarafından aldatıcı beyanlarda bulunulması, hukuka aykırı vaatlerde 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 hale gelecektir. İfade almada olduğu gibi soruşturmaya ilişkin delillerin toplanması sırasında da hukuka aykırı yöntem ve usullere başvurulmaması gerekir.

Anayasa ve yasalarda adli, idari ve cezai soruşturmalarda öngörülen savunma hakkı, kişinin ceza alamadan önce dosyada kendisine yönelik iddia ve delillere karşı kendi beyanlarını ve delillerini mahkeme veya kurul huzurunda dile getirmesini ifade etmektedir. Görüldüğü üzere "savunma hakkının" verilmiş olabilmesi bakımından karar verilmeden önce kişiye anayasal ve yasal güvencelerin verilmesi ve temel haklarını kullanabilme imkanının tanınması gerekmektedir. Dolayısıyla 2802 sayılı Kanun'un 73 ve 6087 sayılı Kanun'un 33. maddeleri uyarınca yeniden inceleme talebinin savunma olarak kabulü mümkün olmadığı gibi idari işleme karşı kişinin başvurabileceği bir yasa yolunun bu şekilde amacı dışında yorumlanarak "savunma" olarak kabulü hukuken mümkün değildir. Bu noktada, Danıştay ve HSK tarafından OHAL sürecinde verilen meslekten çıkarma kararlarına karşı yapılan "yeniden inceleme talebinin", "savunma" olarak değerlendirilmesi hukuka aykırı bir uygulamadır.

KAYNAKÇA

AKILLIOĞLU, Tekin: Yönetim Önünde Savunma Hakları, TODAİE Yayınları, Ankara 1983.

BAŞ, Eylem: Hâkimlerin ve Savcıların Disiplin Yönünden Soruşturulmaları ve İşledikleri Suçlar Nedeniyle Yargılanmaları, Ankara Barosu Dergisi, Sayı: 3, Yıl: 2016, s.265-360.

BOZ, Selman Sacit: Memur Disiplin Hukukuna Hâkim Olan Temel İlkeler, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 25, Sayı: 2, Yıl: 2017, s.15-41.

ÇEBİ BUĞDAYCI, Melike Özge: İdari Usul ve Dinlenilme Hakkı, Yıldırım Beyazıt Hukuk Fakültesi Dergisi, Sayı: 1, Yıl:2016, s.25-46.

ERCAN, İsmail: Hâkim ve Savcıların Disiplin Sorumluluğu, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Hukuk Anabilim Dalı Kamu Hukuku Bilim Dalı Yüksek Lisans Tezi, İstanbul 2008, s.71-72.

FİŞ ÜSTÜN, Gül: Disiplin Soruşturmalarında Hukuka Aykırı Deliller, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, Cilt: 24, Sayı: 1, Yıl: 2018, s.17-35.

GÖZLER, Kemal/KAPLAN, Gürsel: İdare Hukuku Dersleri, 19. Baskı, Ekin Yayıncılık, Bursa 2017.

İNCEOĞLU, Sibel: Adil Yargılanma Hakkı, İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Anayasa, 3. Baskı, Beta Yayınları, İstanbul 2013.

KAYA, Cemil: Memur Disiplin Suç ve Cezalarına ve Disiplin Soruşturmasına Hakim Olan Temel İlkeler, *Amme İdaresi Dergisi*, Cilt: 38, Sayı: 2, Yıl: 2005, s.15-41.

KURT, Hayrettin: İdari Yaptırımlara Karşı Güvenceler, *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi C. XVIII, Y. 2014, S. 1*, s.131-178.

MURATOĞLU, Tahir: Yargısal Faaliyetler Bağlamında Tesis Edilen Disiplin Yaptırımları ve Bu Yaptırımların Hukuka Uygunluğu, *Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt: 19, Sayı: 30-31, Yıl: 2014, s.77-147.

ŞEN, Mahmut: Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarında Hâkim ve Savcılara İlişkin Disiplin Soruşturmalarının Esasları, *TBB Dergisi*, Sayı: 121, Yıl: 2015, s.17-66.

TANRIVER, Suha: Hukuk Yargısı (Medenî Yargı) Bağlamında Adil Yargılanma Hakkı, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, Sayı: 53, Yıl: 2004, s.191-215.

ULUSOY, Ali D.: İdari Yaptırımlar, 1. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2013.