

ISSN 2146 – 7129



Cilt: 7, Sayı 2, Yıl 2017, ISPARTA

Vol: 7, No 2, Year 2017, ISPARTA

SÜLEYMAN DEMİREL ÜNİVERSİTESİ HUKUK FAKÜLTESİ DERGİSİ (SDÜHFD)

SULEYMAN DEMIREL UNIVERSITY FACULTY OF LAW REVIEW

Sahibi / Owner

Prof. Dr. Haluk SONGUR

Baş Editör / Editor

Prof. Dr. Haluk SONGUR

Editör Yardımcıları / Co-Editors

Prof. Dr. Yüksel METİN

Doç. Dr. Fahrettin ÖNDER

Yrd. Doç. Dr. Meltem İNELİ CİĞER

Yayın Yardımcıları / Editorial Assistants

Arş. Gör. Betül AZAKLI

Arş. Gör. Burak ERECE

Arş. Gör. İsmail AKBAŞ

Arş. Gör. Numan TEKELİOĞLU

Arş. Gör. Özgenur YİĞİT

Arş. Gör. Veli ÇİÇEKKAYA

Yayın Kurulu / Editorial Board

Prof.Dr. Haluk SONGUR	Arş.Gör. Esin YÜĞRÜK
Prof.Dr. Faruk TURHAN	Arş.Gör. Esra DURSUN
Prof.Dr. Yüksel METİN	Arş.Gör. Fatma SIRTAKAYA
Prof.Dr. Metin TOPCUOĞLU	Arş.Gör. Fırat KESKİN
Doç.Dr. M. Fahrettin ÖNDER	Arş.Gör. Gamze KIRLIOĞLU
Yrd.Doç.Dr. Vahdettin AYDIN	Arş.Gör. Güler Berna ŞENTÜRK
Yrd.Doç.Dr. Süleyman DOST	Arş.Gör. İsmail AKBAŞ
Yrd.Doç.Dr. Burcu ÖZKUL	Arş.Gör. Meliha AKGÜL ALTIKAT
Yrd.Doç.Dr. Abdurrahman KAVASOĞLU	Arş.Gör. Merve AKKAYA
Yrd.Doç.Dr. Meltem İNELİ CİĞER	Arş.Gör. Mustafa Can ERMIŞ
Yrd.Doç.Dr. Selim CİĞER	Arş.Gör. Neslihan DEMİRKOL
Yrd.Doç.Dr. Mücahit AYDIN	Arş.Gör. Numan TEKELİOĞLU
Arş.Gör.Dr. Belma BULUT	Arş.Gör. Ömer ÇON
Arş.Gör. Abdurrahim ALTIKAT	Arş.Gör. Ömer YILDIRIM
Arş.Gör. Aylin ÇIRAKÇI	Arş.Gör. Özge DEMİRÖR
Arş.Gör. Ayşe YAMAN KAPLAN	Arş.Gör. Özgenur YİĞİT
Arş.Gör. Betül AZAKLI	Arş.Gör. Semiha ÖNDER BALAMAN
Arş.Gör. Burak ERECE	Arş.Gör. Şulener GÖZTEPE
Arş.Gör. Damla GÜNDOĞDU	Arş.Gör. Veli ÇIÇEKKAYA
Arş.Gör. Didem ERDOĞAN	Arş.Gör. Zehra KORKMAZ
Arş.Gör. Efe BİLKE	Arş.Gör. Zühre ELVAN

Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi (SDÜHFD) yılda iki sayı olarak yayımlanan HAKEMLİ bir dergidir. Dergide yayınlanan eserlerdeki görüşler ve sorumluluk yazarına aittir. Yayın hakları saklıdır, izinsiz hiçbir şekilde çoğaltılamaz. Yazarlara telif ücreti ödenmez. Yazara, eserin yayınlandığı sayı gönderilir.

Kapak Tasarım / Cover Design

S.D.Ü. Basın ve Halkla ilişkiler Dizgi

Baskı / Published By

SDÜ Basımevi Isparta

ISBN 2146-7129

İletişim Adresi / Contact Info

Web: <http://hukuk.sdu.edu.tr/tr/dergi.html>

e-mail: hukukdergi@sdu.edu.tr

Tel: 0 246 211 0002

Fax: 0 246 237 07 71 32260

SDÜ Hukuk Fakültesi Yayın Komisyonu, Doğu Yerleşkesi, ISPARTA

Danışma Kurulu/ Advisory Board

Prof.Dr. Adem SÖZÜER	İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof.Dr.Dr. h.c. Albin ESER, M.C.J.	Max - Planck - Institut /Almanya
Prof.Dr. Arslan KAYA	İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof.Dr. Aydın GÜLAN	İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof.Dr. Bahri ÖZTÜRK	İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof.Dr. Bahtiyar AKYILMAZ	Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof.Dr. Cumhuri ŞAHİN	Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof.Dr. Durmuş TEZCAN	İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof.Dr. Ethem ATAY	Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof.Dr. Feridun YENİSEY	İstanbul Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof.Dr. Güzin ÜÇİŞİK	Doğuş Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof.Dr. Hakan HAKERİ	İstanbul Medeniyet Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof.Dr. Hakan PEKCANITEZ	Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof.Dr. Hasan TUNÇ	Hasan Kalyoncu Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof.Dr. İlyas DOĞAN	Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof.Dr. İsmail KAYAR	Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof.Dr. İzzet ÖZGENÇ	Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof.Dr. Kemal ŞENOCAK	Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof.Dr. M.Selami MAHMUTOĞLU	Türk-Alman Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof.Dr. Mehmet Emin ARTUK	İstanbul Şehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof.Dr. Muhammet ÖZEKES	Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Muharrem KILIÇ	Yıldırım Beyazıt Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof.Dr. Mustafa Fadıl YILDIRIM	Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof.Dr. Mustafa KOÇAK	Okan Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Dr. Silvia TELLENBACH	Max - Planck - Institut /Almanya
Prof.Dr. Süha TANRIVER	Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof.Dr. Timur DEMİRBAŞ	İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof.Dr. Turan YILDIRIM	Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof.Dr. Veysel BAŞPINAR	Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof.Dr. Yener ÜNVER	Özyeğin Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof.Dr. Yavuz ATAR	İbn Haldun Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof.Dr. Yusuf KARAKOÇ	Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof.Dr. Yusuf Şevki HAKYEMEZ	Anayasa Mahkemesi Üyesi
Prof.Dr. Mehmet ALTUNKAYA	Akdeniz Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof.Dr. Helene LAMBERT	University of Westminster
Dr.Lisa MARDIKIAN	University of Portsmouth

SÜLEYMAN DEMİREL ÜNİVERSİTESİ HUKUK FAKÜLTESİ DERGİSİ YAYIN İLKELERİ

- 1- Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi (SDÜHFD) "Hakemli Dergi" statüsünde yılda iki sayı (Aralık ve Haziran) olarak yayınlanır. Yazılar yayımlanmak üzere kabul edildiği takdirde, elektronik ortamda tam metin olarak yayımlamak da dâhil olmak üzere tüm yayın hakları Süleyman Demirel Üniversitesi'ne aittir. Yazarlar telif haklarını Üniversiteye devretmiş sayılır, ayrıca telif ücreti ödenmez.
- 2- Dergiye gönderilen yazılar başka bir yerde yayımlanmamış ya da yayımlanmak üzere gönderilmemiş olmalıdır. Yazılar, yayımlanmak üzere kabul edildiği takdirde, dönemine göre ilgili sayıda yayınlanır. Fakat Yayın Kurulu, makale yoğunluğunu dikkate alarak, hakem incelemesinden olumlu rapor almış yazının bir sonraki sayıda yayımlanmasına karar verebilir.
- 3- Yayın Kurulunca ilk değerlendirilmesi yapılan ve yayın ilkelerine uygun olarak düzenlenmemiş olduğu tespit edilen yazılar, hakeme gönderilmeden önce, yayın ilkeleri doğrultusunda düzeltilmesi için yazara iade edilir.
- 4- Yayın Kurulunca ilk değerlendirilmesi yapılan ve yayın ilkelerine uygun olan yazılar kör hakemlik sistemi uyarınca yazar adları metinden çıkarılarak hakeme gönderilir. Yazarlara yazının hangi hakeme gönderildiği ile ilgili bilgi verilmez. Hakemden gelen rapor doğrultusunda yazının yayımlanmasına, yazardan rapor çerçevesinde düzeltme istenmesine ya da yazının geri çevrilmesine karar verilir ve yazar en kısa sürede durumdan haberdar edilir. Yayımlanmayan yazılar, yazarına geri gönderilmez. Yazara durum hakkında bilgi verilir.
- 5- Derginin yazı dili esas olarak Türkçe olmakla birlikte, dergide yabancı dilde yazılar da yayımlanacaktır. Hangi dilde kaleme alınırsa alınsın yazıların başlığı, özetleri ile anahtar sözcüklerinin Türkçe ve İngilizcesi eklenerek gönderilmesi gerekir.

Yazarların dergiye gönderdikleri yazılarının denetimini yapmış oldukları ve bu haliyle "basıla" verdikleri kabul edilir. Bilimsellik ölçütlerine uyulmadığı

- 1- ve olağanın üzerinde yazım yanlışlarının tespit edildiği yazılar, yayın komisyonu tarafından geri çevrilir.
- 2- Yazarlar unvanlarını, görev yaptıkları kurumları, haberleşme adresleri ile telefon numaralarını ve e-mail adreslerini bildirmelidirler.
- 3- Yazılar bilgisayarda times new roman, ana metin 12 punto, dipnotu 10 punto, kaynakça 12 punto, yazı aralığı 1.2 aralık şeklinde ve A4 boyutunda hazırlanıp, iki nüsha bilgisayar çıktısı halinde verilmelidir. Yazılar, **hukuk@sdu.edu.tr** adresine başvuru yazısıyla birlikte gönderilebilir.
- 4- Dergide, hakem denetiminden geçen çalışmalar dışında, yazarların isteğine bağlı olarak hakem denetimine sunulmayacak makalelere de yer verilecektir. Ayrıca dergimize kitap incelemesi, mevzuat değerlendirmesi ve bilgilendirici notlar da gönderilebilir. Bu nitelikteki yazılar, Yayın Kurulunca kabul edilebilir veya geri çevrilebilir.
- 5- Makalenin sonunda, makalede kullanılan kaynakların yaza soyadına göre alfabetik sıraya dizildiği kaynakçaya yer verilmelidir.
- 6- Yararlanılan kaynaklara ilişkin metin içindeki atıflar, her bir sayfa sonunda dipnot olarak gösterilmelidir. Dipnotlarda, yazarın soyadı, adı gösterilmeli; eser adı, yayın yeri, tarihi ve sayfa numarası yazılmalı; aynı esere yapılan sonraki atıflarda, yazarın soyadı, gerekliyse kitabın kısaltılmış adı ve sayfa numarası belirtilmelidir.

Örnek:

(1) Kitap

TURHAN, Faruk, Ceza Muhakemesi Hukuku, Ankara 2006, s. 55.

(2) Dergi

TURHAN, Faruk, "Anayasa ve Milletvekili Seçimi Kanununa Göre Seçilmeye Engel Suç ve Cezaların Yeni Ceza Mevzuatı Açısından Değerlendirilmesi",

Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: XI, Sayı: 1-2 (Haziran 2007), s. 55-85.

(3) İnternet ulaşımına sahip çalışmalar

BOZBEL, Savaş, "5651 Sayılı Kanuna Göstinen Bazı İnternet Sitelerine Erişimin Engellenmesi Tedbirlerine Eleştirel Bir Yaklaşım" (internet linki, 23.02.2011)

(4) Yargıtay kararları

Y, 19. HD, 01.10.2009, E. 4528, K. 4880 (Kaynak dergi, içtihat bilgi bankası veya internet ulaşım adresi).

(5) Çeviriler

ESER, Albin, "Uluslar arası Ceza Mahkemesinin Kurulması: Roma Statüsü, Statünün Ortaya Çıkması ve Temel Özellikleri", Çeviren: Faruk Turhan, in: Uluslar arası Ceza Divanı, İstanbul 2007, s. 281-297.

Yabancı yayınlara yapılan atıflarda da aynı usûl izlenmeli ve kullanılan kısaltmalar, kısaltmalar cetvelinde gösterilmelidir.

EDİTÖRDEN

Saygıdeğer Okuyucularımız,

2017 yılının ikinci ve son sayısı ile yeniden karşınızdayız. Bir süredir her sayımızda bir gelişme ve yenilikle karşınıza çıkıyoruz. Kapak tasarımı, iç dizaynı ve bütünüyle dergimizin yeni yüzü çok ilgi gördü ve beğenildi.

Buradan bütün akademi ve yazar camiasına 2018 yılı SDÜ Hukuk Fakültemizin kuruluşunun onuncu yılı olduğunu duyurmak isterim. Bu nedenle Dergimizin 10. yılına özel; “ Adalet ve Hukuki Pluralizm” konulu bir özel sayı çıkarılması planlanmaktadır. Bu ana konu çerçevesinde tüm yazılarımızı heyecanla beklemekteyiz.

Bu sayımızda Yard. Doç. Dr. Vahdettin Aydın ve Öğretim Görevlisi Hatice Mesci'nin hazırlamış olduğu, “Yükseköğretim Kurumlarında Çalışan Kamu Görevlilerinin Ceza Soruşturma Usulü” başlıklı çok önemli ve müfit bir yazı ile başlamaktaız. Hemen ardından Yard. Do. Dr. Murat Tümay ve İsmail Mutlu'nun yazmış olduğu İngilizce, “The New Identity of Muslims in Europa: Rawls's or Schmitt's Perspective” adlı makalesi gelmektedir. Daha sonra Araş. Gör. Didem Erdoğan'ın hazırlamış olduğu, “Tarihsel Perspektifle Modern Devletin Optimum Özelliklerin Belirlenmesi” adlı makale siz okuyucularımıza sunulmaktadır. Son olarak 20. Yüzyılın ilk çeyreğinde Cumhuriyete geçiş döneminde hukuk felsefesi veya hukuka yaklaşımla alakalı dönemin özelliklerini bize yansıtan dönemin önemli mütefekkir ve hukukçularının bazı Osmanlıca çalışmalarının Yeni Türkçe'ye çevrilmesi (latinize edilmesi) çalışmaları kapsamında, Araş. Gör. Derya Sınakçı tarafından Seyyid Haşim'in “Hukuka Bir Nazar” isimli çalışması latinize edilerek ilgiliklerin istifadesine sunulmuştur.

10. yılımıza özel sayısı için seçilen, “Adalet ve Hukuki Pluralizm” konusu ve başlığı çerçevesinde hukuk ve bilim camiasına yeni ufuklar ve bilimsel tartışmalar açmasını umut etmekteyim. Tüm bu ve benzeri çabaların, bilim ve akademik dünyaya bu konular üzerinden bir tartışma zemini açması, yeni çalışmalara uç vermesi ve bir nebze de olsa katkı yapmasını temenni ederim.

Prof. Dr. Haluk SONGUR

İÇİNDEKİLER

HAKEMLİ MAKALELER

YÜKSEKÖĞRETİM KURUMLARINDA ÇALIŞAN KAMU GÖREVLİLERİNİN
CEZA SORUŞTURMA USULÜ

Hatice MESÇİ/Yrd.Doç.Dr.Vahdettin AYDIN.....1-91

AVRUPADAKİ MÜSLÜMANLARIN YENİ KİMLİĞİ: RAWLS'UN VEYA SCHMİTT'İN
PERSPEKTİFİ

Yrd.Doç. Dr. Murat TÜMAY/İsmail MUTLU.....93-112

TARİHSEL PERSPEKTİFLE MODERN DEVLETİN OPTİMUM ÖZELLİKLERİNİN
BELİRLENMESİ

Arş. Gör. Didem ERDOĞAN113-128

MAKALE ÇEVİRİSİ

SEYYİD HAŞİM “HUKUKA BİR NAZAR”

Derya SINAKÇI.....129-140

CONTENTS

PEER-REVIEWED ARTICLES

PROCEDURES RELATING TO CRIMINAL INVESTIGATION OF PUBLIC OFFICIALS
WORKING IN HIGHER EDUCATION INSTITUTIONS

Hatice MESÇİ/Asst.Prof.Dr.Vahdettin AYDIN1-91

THE NEW IDENTITY OF MUSLIMS IN EUROPE: RAWLS'S OR SCHMITT'S
PERSPECTIVE

Asst. Prof. Dr. Murat TÜMAY/İsmail MUTLU93-112

DETERMINING THE OPTIMUM SPECIFICATIONS OF THE MODERN STATE WITH
THE HISTORICAL PERSPECTIVE

Res. Assistant Didem ERDOĞAN113-128

ARTICLE TRANSLATION

TRANSLATION OF SEYYİD HASİM'S ARTICLE "HUKUKA BİR NAZAR"

Derya SİNAKÇI129-140

HAKEMLİ MAKALE/ PEER REVIEWED ARTICLE

YÜKSEKÖĞRETİM KURUMLARINDA ÇALIŞAN KAMU GÖREVLİLERİNİN CEZA SORUŞTURMA USÛLÜ*

Öğr. Gör.Hatice MESCİ*

Yrd. Doç. Dr. Vahdettin AYDIN**

ÖZET

Yükseköğretimle ilgili genel konular yanında öğretim elemanları, öğrenciler ve diğer personel ile ilgili esasları bir bütünlük içinde düzenlemek amacıyla 1981 yılında çıkartılan 2547 sayılı Yükseköğretim Kanunu'nun 53. maddesinde bu kurum ve kuruluşlarda çalışan kamu görevlilerinin disiplin ve ceza işleri ile ilgili genel ilkeler de düzenlenmiştir.

2914 sayılı kanuna ve 657 sayılı Devlet Memurları Kanuna tâbi olarak bu kurum ve kuruluşlarda çalışan kamu görevlilerinin görevleri dolayısıyla ya da görevlerini yaptıkları sırada işlemiş oldukları fiillerden dolayı ceza soruşturması 2547 sayılı Yükseköğretim Kanunu'nun 53. maddesinin (c) fıkrası uyarınca gerçekleştirilmektedir.

Bu makalede yükseköğretim kurumları ve üst kuruluşlarında çalışan kamu görevlilerinin ceza soruşturma usûlüne ilişkin düzenlemenin kapsamı, soruşturma usûlü, soruşturmacıya ilişkin hususlar, karar vermeye yetkili kurullar ile kurullarca verilen kararların niteliği ve itiraz mercileri gibi hususlar ile uygulamada karşılaşılan problemler yargı kararları ışığında değerlendirilecektir.

Anahtar Kelimeler: *Yükseköğretim personeli ceza soruşturması, son soruşturma, lüzum-u muhakeme kararı, men-i muhakeme kararı*

* Bu makale Hatice MESCİ tarafından hazırlanan "Yükseköğretim Kurumları ve Üst Kuruluşlarında Çalışan Kamu Görevlilerinin Yargılanmaları Öncesi Soruşturmaları" isimli yüksek lisans tezinden türetilmiştir.

* Öğretim Görevlisi, Süleyman Demirel Üniversitesi Adalet Meslek Yüksekokulu, haticemesci@sdu.edu.tr.

**Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi İdare Hukuku Anabilim Dalı, vahdettinaydin@sdu.edu.tr.

PROCEDURES RELATING TO CRIMINAL INVESTIGATION OF PUBLIC OFFICIALS WORKING IN HIGHER EDUCATION INSTITUTIONS*

Hatice MESÇİ*

Assistant Professor Vahdettin AYDIN**

ABSTRACT

The Law on Higher Education (Law no 2547), which provides rules concerning academic staff, other personnel working at the higher education institutions and students, regulates disciplinary and criminal actions against all public officials working at the higher education institutions under its Article 53. Though public officials working at the higher education institutions are subject to rules under Law no 2914 and Law on Public Officials (Law no 657), Article 53 (c) of the Law on Higher Education applies when public officials working at the higher education institutions commit a criminal act while performing their duties. This article examines the procedures relating to disciplinary and criminal actions against public officials working at the higher education institutions including investigation procedures, the authority tasked with conducting investigation and the qualification of its decisions as well as appeals against disciplinary and criminal investigation decisions. This examination will be done in view of Court decisions and problems encountered in practice.

Key words: *Criminal investigations of public officials working at the higher education institutions, final investigation, necessary court orders, inadmissibility decisions*

* This article builds on the Master thesis of Hatice MESÇİ titled "Yükseköğretim Kurumları ve Üst Kuruluşlarında Çalışan Kamu Görevlilerinin Yargılanmaları Öncesi Soruşturmaları".

* Lecturer, Süleyman Demirel University, Justice School, haticemesci@sdu.edu.tr.

**Süleyman Demirel University Faculty of Law Administrative Law Department, vahdettinaydin@sdu.edu.tr.

GİRİŞ

Kamu görevi ve kamu görevlisi kavramları idare hukuku, ceza hukuku ve yargılama hukuku açısından önemli iki kavramdır. Kamu görevlisi ve memur kavramları bazen bir suçu diğer suçtan ayıran ön koşul, bazen de ağırlaştırıcı bir neden olarak karşımıza çıktığından önem arz etmektedir. Kamu görevlisinin tanımındaki kargaşayı gidermek için, *kamu görevi yapmak ve daimi bir surette idare kadrolarında hiyerarşi ilişkisi içinde bulunmak* şeklinde iki ortak nokta temel kriter olarak kabul edilmiştir. 1961 Anayasası'nın 117. maddesinde “*Devletin ve diğer kamu tüzel kişilerinin, genel idare esaslarına göre yürütmekle yükümlü oldukları kamu hizmetlerinin gerektirdiği asli ve sürekli görevler, memurlar eliyle görülür...*” şeklindeki düzenlemesinden bu hizmetleri yürüten kişilerin memur sayılacağına dair dolaylı bir çıkarımda bulunulabilmektedir.¹

1982 Anayasasının 128. maddesinde ise “*Devletin, kamu iktisadi teşebbüsleri ve diğer kamu tüzel kişilerinin genel idare esaslarına göre yürütmekle yükümlü oldukları kamu hizmetlerinin gerektirdiği asli ve sürekli görevler, memurlar ve diğer kamu görevlileri eliyle görülür. Memurların ve diğer kamu görevlilerinin nitelikleri, atanmaları, görev ve yetkileri, hakları ve yükümlülükleri, aylık ve ödenekleri ve diğer özlük işleri kanunla düzenlenir. Üst kademe yöneticilerinin yetiştirilme usûl ve esasları, kanunla özel olarak düzenlenir.*” şeklindeki düzenlemede de memur ve kamu görevlisi kavramlarının tanımına yer verilmemiş ancak ilk defa memur kavramının yanında kamu görevlisi kavramı da yer almıştır. Söz konusu maddenin gerekçesinde,² ilk olarak anayasalarda çoğunlukla, genel ilkeleri belirten, ayrıntıya girmeyen ve bunları kanunlara bırakan bir yol izlendiği; ikinci olarak, memur kavramının değişen kamu hizmetleri kavramına bağlı olarak zaman içinde değişiklikler göstermesi

¹ ZENGİN, Raşit, Kamu Görevlilerinin Görev Suçlarında Soruşturma Usulü, Süleyman Demirel Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Isparta, 2006, s.3; MESCİ, Hatice, Yükseköğretim Kurumları ve Üst Kuruluşlarında Çalışan Kamu Görevlilerinin Yargılanmaları Öncesi Soruşturmaları, Süleyman Demirel Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Isparta, 2011, s. 43-44.

²https://www.tbmm.gov.tr/tutanaklar/TUTANAK/MGK_/doi/c007/mgk_01007118ss0450.pdf, E.T.

12.12.2017.

nedeniyle dolaylı bir biçimde de olsa memuru tanımlama yoluna girmekten kaçınıldığı belirtilmekte ve böyle bir tanımın unsurlarına Anayasa'da yer vermenin imkânsızlığına değinilmektedir.³

1982 Anayasası, devletin ülkedeki ekonomik, sosyal ve teknik gelişmeler sonucu giderek artan işlevlerini de dikkate alarak tüm kamu hizmeti görevlilerini "memur" tanımı altında toplamamış ancak kamu görevlileri için genel bir düzenleme yapmıştır. Hukukî durumları itibarıyla kamu görevlileri de statü bakımından aslı ve sürekli görevleri yürüten memurluk sıfatına sahip devlet ajanları niteliğinde sayılmasına rağmen gördükleri hizmetler bakımından kamu görevlilerinin statüleri farklılık arz etmektedir.⁴ Yükseköğretim kurumları ve üst kuruluşlarında da kamu görevlilerinin statüleri farklıdır.

Memur tanımından vazgeçerek kamu görevlisi kavramına yer veren 5237 sayılı Yeni Ceza Kanunu'nun 6. maddesinde kamu görevlisi kavramı "*kamusal faaliyetin yürütülmesine atama veya seçilme yoluyla ya da herhangi bir surette sürekli veya geçici olarak katılan kişi*" şeklinde açıklanmıştır.⁵

Kamu görevlisi ya da memur için net bir tanım yapılamasa da nihayetinde kamu hizmeti yürütülmesi kamu görevlilerinin ve memurların kim olduğunun belirlenmesinde temel unsur kabul edilmektedir.

Memurların ve kamu görevlilerinin yapmış oldukları eylemlerin ceza kanunları bağlamında suç teşkil etmesi halinde doğan cezai sorumlulukları gereği, haklarında ceza soruşturması ve ceza yargılaması yapılmaktadır. Osmanlı İmparatorluğu zamanından⁶ günümüze kadar memur yargılamasının özel bir usûle tâbii olduğu bilinmelidir.⁷

³ ZENGİN, s.6; YAYLA, Yıldızhan, **İdare Hukuku**, Beta Basım, İstanbul, Eylül 2009, s.271-274.

⁴ ZENGİN, s.8-9.

⁵ ZENGİN, s.14-16; EREN, Abdurrahman, "*Memurin Muhakematı Hakkında Kanunu Muvakkat*" İle Onu Yürürlükten Kaldıran "*Memurlar ve Diğer Kamu Görevlilerinin Yargılanması Hakkında Kanun*"un Karşılaştırılması", Ankara Üniversitesi, Siyasal Bilimler Fakültesi Dergisi, S.55-3, s.66.

⁶ Osmanlı İmparatorluğu döneminde III. Selim zamanında memurların rüşvet almaları ve fazla vergi toplamaları yönündeki halkın şikâyetlerinin artması nedeniyle memurlar hakkında özel görevli memurlar soruşturma yapmakta; vali gibi üst düzey bürokratlar hakkında ise Divan-ı Hümayun'da SDÜHFD CİLT: 7, SAYI 2, YIL 2017

Kamu gücü, kamu hizmetini şekillendiren ilkeler ve korunan değerler, kamu hizmeti ilkelerinin ihlalinin doğurduğu zararlar, kamu personel anlayışı ve devletin genel kamu yönetimine ilişkin özel rejimi göz önüne alınarak, kamu görevlisinin cezaî ve hukukî sorumluluğu açısından "*yargısal güvence sistemi*" ve "*yönetsel güvence sistemi*" olmak üzere iki temel sistem kabul edilmiştir.⁸

Yönetsel güvence sistemine göre, memur veya kamu görevlisi sayılanlar, haklarında yürütülecek soruşturma ve/veya kovuşturmada yönetimin güvencesi altında sayılmaktadırlar. Bu kişiler hakkında özel soruşturma usulü uygulanmaktadır.

İdarenin kendi hiyerarşisi içindeki kimseleri yani memurları ve kamu görevlilerini koruyup kollamak istemesinin bir sonucu olarak ortaya çıkan yönetsel güvence sistemi'nin kabul edilmesinde, memurların görevleri sebebiyle işledikleri suçlar nedeniyle doğrudan ceza kovuşturmasına tâbi tutulmaları halinde, kamu hizmetinin işleyişinde aksamaların meydana geleceği, kamu otoritesinin saygınlığını

yargılama yapılmaktaydı. Tanzimat sonrasındaki dönemde alt düzey memurların yargılması her eyalette kurulan Meclis-i Kebir'de; üst düzey bürokratların yargılması Meclisi Vâlâyı Ahkâmı Adliye içinde oluşturulan Mesalihi Mülkiye Cemiyetinde yapılmıştır. Bakanların yargılması ise Meclis'i Tanzimat'a bırakılmıştır. Daha sonra memur yargılması konusunda özel hükümler getiren 1855 tarihli "Men'i İrtikâba Dair Ceza Kanunname Lahiyası" ile 1859 tarihli "Vülat-ı İzam ve Mutasarrıfın-ı Kiram ile Kaymakamların Vezaifini Mübeyyin Talimat" düzenlenmiştir. Bu hukuksal belgelerin ardından memurların derece ve sıfatlarına, görev yerleri ve işledikleri suçlara göre yargılanmaları hususunda derli toplu, ilk ayrıntılı düzenlemenin 1871 tarihinde yürürlüğe giren "Memurin Muhakematına Dair Nizamname" ile gerçekleştirildiği görülmektedir. Söz konusu Nizamname yerini yaklaşık 87 yıl yürürlükte kalacak olan 4 Şubat 1329 (1913) tarihinde yürürlüğe giren "Memurin Muhakematı Hakkında Kanun-u Muvakkat" a bırakmıştır. Memurin Muhakematı Hakkında Kanun-u Muvakkat ise 4483 sayılı kanun ile 1999 yılında yürürlükten kaldırılmıştır. Ayrıntılı Bilgi için bkz. ÇAĞLAYAN, Ramazan, "*Memurlar ve Diğer Kamu Görevlilerinin Yargılanmasına İlişkin 4483 Sayılı Kanunun Hakkında Bir Değerlendirme*", AÜEHFD, C.VII, S.1-2, Haziran 2003, s.105-106; ASLAN, Onur Ender, "*Memurların Yargılanması Hakkındaki Yeni Yasa Üzerine Düşünceler*", *Amme İdaresi Dergisi*, C. 33, S. 1, Mart 2000, s.60; AVCI, Mustafa, "*Memurlar ve Diğer Kamu Görevlilerinin Yargılanması Hakkında Kanun Üzerine Bir İnceleme*", EÜHFD, C. XI, S. 3-4, 2007, s.275.

⁷ ÇAĞLAYAN, s.105-106.

⁸ GÖKCAN Hasan Tahsin ve ARTUÇ, Mustafa, *Kamu Görevlisi ve Özel Soruşturma Usulleri (Memur Yargılaması)*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2008, s.287; AKKAN, Tahir Murat, 4483 sayılı Kanun'a Göre Memurların Yargılanmasında İdari Süreç, (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Ankara, 2009, s.3.

azaltacağı kaygıları yanında memurların kin ve düşmanlıkla karşılaşabileceği gibi gerekçeler de yatmaktadır. Memurların ve kamu görevlilerinin görevleri nedeniyle işledikleri suçlardan sık sık yargılanmak üzere mahkemeye çıkmasının devletin ve ulusun güvenliği açısından da sakınca teşkil edeceği düşünüldükçe memurların soruşturulmasının özel bir ihtisas gerektirdiği kabul edilmektedir.⁹

Yönetmelik güvence sistemi kendi içerisinde bu sistem *yargılama (muhakeme), tahkik (soruşturma)* ve *izin* sistemi şeklinde üçe ayrılmaktadır.¹⁰

1982 Anayasası'nın 129. maddesinin 6. fıkrasında yer alan "*Memurlar ve diğer kamu görevlileri hakkında işledikleri iddia edilen suçlardan ötürü ceza kovuşturması açılması, kanunla belirlenen istisnalar dışında, kanunun gösterdiği idarî merciiin iznine bağlıdır.*" şeklindeki hüküm ile memur yargılaması ilk kez anayasal güvenceye bağlanmış ve izin sistemi benimsenmiştir.¹¹ Bu hükme istinaden memurların yargılanmalarını gerektiren bir suç işlemeleri halinde istisnalar hariç olmak üzere memurlar hakkında genel hükümlere göre Cumhuriyet Savcısı doğrudan doğruya kovuşturma yapamayacaktır.

Günümüzde memur yargılaması 02.12.1999 tarihinde kabul edilen 4483 sayılı Memurlar ve Diğer Kamu Görevlilerinin Yargılanması Hakkındaki Kanun'a¹² göre yapılmakta ve bu kanunun belirttiği idari mercilerce Cumhuriyet Başsavcılarında memurlar hakkında kovuşturma yürütebilmesi için izin verilmektedir.

4483 sayılı Memurlar ve Diğer Kamu Görevlilerinin Yargılanmasına İlişkin Kanun ve 6114 sayılı Ölçme, Seçme ve Yerleştirme Merkezi Teşkilat Kanunu başta olmak üzere mülga 1609 sayılı Bazı Cürümlerden Dolayı Memurlar ve Şerikleri Hakkında Takip ve Muhakeme Usûlüne Dair Kanun, 2802 sayılı Hâkimler ve Savcılar Kanunu, 1512 sayılı Noterler Kanunu, 3628 sayılı Mal Bildiriminde Bulunulması, Rüşvet ve Yolsuzluklarla Mücadele Kanunu'na kadar birçok kanunla benimsenen

⁹ AKKAN, s.4-5; GÖKCAN ve ARTUÇ, s.287-288.

¹⁰ GÖKCAN ve ARTUÇ, s.288, AVCI, 274.

¹¹ 2547 sayılı Yükseköğretim Kanunu'nun disiplin ve ceza işlerine ait 53. maddesi, tahkik (soruşturma) sistemini kabul etmiştir.

¹² R.G. 04.12.1999, S.23896.

izin sistemine göre, görevine ilişkin işlediği suçtan dolayı memurun veya kamu görevlisinin, adli makamlar tarafından soruşturulabilmesi için idari mercilerce adli makamlara izin verilmesi gerekmektedir.¹³ Yetkili merciden izin verilmezse memur hakkında dava açılmamakta olup, izin eksikliğine rağmen dava açılmış ise "yargılamanın durmasına" karar verilmekte ve eksikliğin giderilmesi istenmektedir.

4483 sayılı kanun ile ülkemizdeki tüm memurların ve kamu görevlilerinin yargılanması izin sistemine bağlanmış ise de, görev ve sıfatları nedeniyle bazı görevliler bu kanun kapsamı dışında bırakılmıştır.

Yükseköğretim kurumları ve üst kuruluşları çalışanlarının ceza soruşturma usulü, 2547 sayılı Yükseköğretim Kanunu'nun 53. maddesinin (c) fıkrasında "Yükseköğretim üst kuruluşları başkan ve üyeleri ile yükseköğretim kurumları yöneticilerinin, kadrolu ve sözleşmeli öğretim elemanlarının ve bu kuruluş ve kurumlarının 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu'na tâbi memurlarının görevleri dolayısıyla ya da görevlerini yaptıkları sırada işledikleri ileri sürülen suçlar hakkında" söz konusu kanun hükümlerin uygulanacağı şeklinde özel olarak düzenlenmiş bulunduğundan, Anayasa'nın 129. maddesinde geçen özel kanunla belirlenen istisnalar arasında değerlendirilmektedir. Bu nedenle yükseköğretim kurumları ve üst kuruluşlarında çalışan kamu görevlileri 4483 sayılı Memurlar ve Diğer Kamu Görevlilerinin Yargılanmalarına İlişkin Kanun'un kapsamı dışındadır. Dolayısıyla bunlar hakkındaki ceza soruşturması "izin" değil "tahkik (soruşturma)" sistemi ile yapılmaktadır.

2547 SAYILI YÜKSEKÖĞRETİM KANUNU'NA GÖRE CEZA SORUŞTURMA USÛLÜ

(Mülga) 04 Şubat 1339 (1913) tarihli Memurin Muhakematı Hakkında Kanunu Muvakkat ile benimsenen tahkik (soruşturma) sistemi'nde idarî makamlar soruşturmayı tamamlamakta, kovuşturmayı ise adli makamlara bırakmaktadır. Bu

¹³ AKKAN, s.6; ZENGİN, s.33; KAYAR, Nihat, Kamu Personel Yönetimi, Ekin Yayınevi, Bursa, 2008, s.314-316.

sistemin kabul ettiği en önemli husus, memurların görevlerinden doğan veya görevleri sırasında işlenen suçlarından dolayı idarî makamlarca soruşturma yapıp “*lüzum-u muhakeme*” yani “*yargılamanın gerekliliği*” kararı verilmedikçe adli makamlarca takibata tâbi tutulamamasıdır. Başka bir ifade ile *tahkik sistemine* göre, kamu görevlisi hakkında idari mercilerce yürütülen hazırlık soruşturması sonucunda son soruşturmanın açılıp açılmamasına karar verilmekte olup, yapılan soruşturma neticesinde “*lüzum-u muhakeme*” yerine “*men-i muhakeme*” yani “*yargılamaya gerek olmadığı*” kararı verilmesi halinde yargılama yapılamamaktadır.¹⁴

2547 sayılı Yükseköğretim Kanunu'nun disiplin ve ceza işlerine ait 53.maddesinin (c) fıkrası, Memurun Muhakematı Hakkında Kanunu Muvakkat hükümlerine uygun olarak düzenlendiğinden, tahkik (soruşturma) sistemini kabul etmiştir. Buna göre Yükseköğretim Kanunu'nun 53. maddesine göre, yükseköğretim kurumları, üst kuruluşları ile bağlı kuruluşlarında çalışan kamu görevlilerinin hakkında yürütülecek ceza soruşturması, (1) fezleke hazırlama ve (2) yetkili kurul tarafından karara bağlanma olmak üzere iki aşamalı yapılmaktadır. Adı geçen kanunda bu aşamalar ilk soruşturma ve son soruşturma olarak ifade edilmiştir. İlk soruşturma ile yetkili kurul tarafından karara bağlanması aşaması olan son soruşturma aşaması Cumhuriyet savcılarının yürüttüğü hazırlık soruşturması aşaması niteliğindedir.¹⁵

Yükseköğretim kurumlarında çalışan personelin akademik veya idari personel oluşuna göre atama usûlü değişmektedir. Atama usûlü sebebiyle soruşturma aşamaları farklılık arz etmektedir. Yine Yükseköğretim kurumlarında çalışan kamu görevlilerinin yargılanmaları öncesi soruşturma usûlleri tâbi oldukları kanunlardaki hizmet sınıfları ve yürüttükleri görevler esas alınarak son soruşturma kararı vermeye yetkili mercii açısından da farklılık taşımaktadırlar. Böyle bir ayrım yapılması mevzuattaki hükümlerin kişi ve konu yönünden kapsamının belirlenmesinde de önem arz etmektedir.

¹⁴ AKKAN, 2009, s.5; ZENGİN, s.33; KAYAR, s.315; ŞAHİN, Faruk, “*Memur Yargılama Sistemi Kaldırılıyor mu?*” *Sayıştay Dergisi*, S.48, s.55.

¹⁵ PINAR, İbrahim, 4483 Sayılı Kanuna Göre Memurlar ve Diğer Kamu Görevlileri Hakkında Ceza Soruşturması, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2003, s.158.

Danıştay 2. Dairesinin¹⁶ “2547 sayılı Yüksek Öğretim Kanununun Disiplin ve Ceza işleri başlığını taşıyan 53/c maddesinin 2. fıkrasında, haklarında soruşturma emri verilen sanıklar hakkında son soruşturmanın açılıp açılmamasına karar verecek kurulların kimlerden oluşturulacağına açıklandığı, bu fıkranın (d) bendinde öğretim elemanları, Fakülte, Enstitü ve Yüksekokul Sekreterleri hakkında Üniversite Yönetim Kurulu Üyeleri arasından oluşturulacak üç kişilik kurulca, (e) bendinde ise 657 sayılı Devlet Memurları Kanununa tâbi memurlar hakkında mahal itibarıyla yetkili il idare kurulu tarafından karar verileceğinin belirtildiği, bu durumda sanık doktor ... hakkında karar verecek yetkili kurulun belirlenmesi için bu göreve 2547 sayılı Kanuna göre atanıp atanmadığının da bildirilmesinin gerekli olduğu anlaşılmaktadır.” şeklinde verdiği karar da bu yöndedir.

1. CEZA SORUŞTURMASININ KAPSAMI

a. Kişi Yönünden Kapsamı

“Yönetmelik Güvence Sistemi”ne göre, memur veya kamu görevlisi sayılanlar haklarında yürütülecek soruşturma ve/veya kovuşturmada özel soruşturma usulü uygulanmaktadır. Yükseköğretim kurumları ve üst kuruluşlarında çalışanların ceza kanunlarına göre memur sayılıp sayılmayacakları hakkında 2547 sayılı Yükseköğretim Kanunu’nda herhangi bir hüküm bulunmamasına rağmen, Yükseköğretim üst kuruluşları başkan ve üyeleri, yükseköğretim kurumlarının rektör, dekan, enstitü, fakülte, yüksekokul müdürleri gibi yöneticileri ile öğretim elemanları ve bu kurum ve kuruluşlarda görevli genel sekreter, daire başkanı, müdürler, danışmanlar, hukuk müşavirleri ve uzmanlarda 26.09.2004 tarihli ve 5237 sayılı yeni Türk Ceza Kanunu¹⁷ ile yürürlükten kaldırılan mülga 765 sayılı Ceza Kanunu’nun 279.

¹⁶ Danıştay 2. Dairesi, E.1991/2690, K.1992/67, K.T.16.01.1992, <http://emsal.danistay.uyap.gov.tr/BilgiBankasiIstemciWeb/DokumanGosterServlet?dokumanId=6dQp1E3JJN2TqHn5HwZgd7pMO1SCD0Le%2BRwsNJGzcYM%2Fa%2B6gU8dOQaq%2FfBdKB2eryxhEWjR2W2QtSiYAS2Q7AyGmxzCy3IxEkDlfp2riviUOVDokQBtKs4XfW%2B6foaHDnleL7HDLcuUDdXOD%2FIRwUA%3D%3D&aranan=&dokumanTuru=DANISTAYKARAR>, E.T. 17.12.2017.

¹⁷ R.G. 12.10.2004, S.25611.

maddesinin 1. fıkrasının (1) numaralı bendinde belirtilen idari kamu görevi yapan memurlar statüsünde değerlendirilmektedirler.¹⁸

2547 sayılı Yükseköğretim Kanunu'nun 53. maddesinin (c) fıkrasında yer alan *“Yükseköğretim üst kuruluşları başkan ve üyeleri ile yükseköğretim kurumları yöneticilerinin, kadrolu ve sözleşmeli öğretim elemanlarının ve bu kuruluş ve kurumlarının 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu'na tâbi memurlarının görevleri dolayısıyla ya da görevlerini yaptıkları sırada işledikleri ileri sürülen suçlar hakkında”* şeklindeki düzenlemeye bakıldığında kanun kapsamında yer alan kişilerin kimler olduğu yani kimler için özel soruşturma usûlü benimsendiği, kimlerin memur yargılama güvencesine sahip olduğu ortaya çıkmaktadır.

2547 sayılı kanunun 53. maddesinin kişi yönünden kapsamına yükseköğretim üst kuruluşları başkan ve üyeleri yani Yükseköğretim Kurulu başkanı, Üniversitelerarası Kurul başkanı, Yükseköğretim Kurulu üyeleri, Üniversitelerarası Kurul üyeleri, yükseköğretim kurumları yöneticileri yani rektör, dekan, yüksekokul müdürü, meslek yüksekokulu müdürü ve yardımcıları ile genel sekreter, fakülte, enstitü, yüksekokul, meslek yüksekokulu sekreterleri, kadrolu ve sözleşmeli öğretim elemanları ile Üniversitelerarası Kurul dahil bu kuruluş ve kurumların 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu'na tâbi memurları girmektedir.

657 sayılı Devlet Memurları Kanunu'na tâbi olarak yükseköğretim kurumları ve üst kuruluşlarında idari bürolarda görev yapan personel ise, üst düzey personelin tasarruflarına katılan ve yardımcı olan kimseler olarak memur sayılmaktadırlar.¹⁹

İdare hukukuna göre, genel idari hizmetler sınıfında yer alan şoförlerin gerek mülga Memurin Muhakematı Hakkında Kanunda ve bu kanunu yürürlükten kaldıran Memurlar ve Diğer Kamu Görevlilerinin Yargılanması Hakkında Kanun'da gerekse mülga 765 sayılı Türk Ceza Kanunu'nda²⁰ kamu hizmeti gören yardımcı

¹⁸ PINAR, İbrahim, *4483 Sayılı Kanuna göre Memur Suçlarında İdari ve Adli Soruşturma Usulleri*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2003, s.182-186.

¹⁹ PINAR, *4483 Sayılı Kanuna göre Memur Suçlarında İdari ve Adli Soruşturma Usulleri*, s.182-186.

²⁰ Mülga 765 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 279. maddesinin 2. fıkrasının (2) numaralı bendinde geçen *“... Ceza kanununun tatbikatında amme hizmeti görmekte muvazzaf olanlar: Devamlı veya muvakkat surette bir amme hizmeti gören Devlet veya diğer amme müessesesinin memur ve müstahdemleri; Devamlı veya* SDÜHFD CİLT: 7, SAYI 2, YIL 2017

personel oldukları kabul edilen şoförler, devletin asli ve sürekli görevlerini yürüten kamu görevlileri arasında sayılmamaktadır.

2547 sayılı Yükseköğretim Kanunu'nun ceza soruşturmalarını düzenleyen 53. maddesinin (c) fıkrasında “...bu kuruluş ve kurumlarının 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu'na tâbi memurlarının görevleri dolayısıyla ya da görevlerini yaptıkları sırada işledikleri ileri sürülen suçlar hakkında...” ibaresi açıkça düzenlendiğinden Anayasa'nın 129. maddesinde geçen istisnalardan ve 4483 sayılı kanunun 2. maddesindeki görevleri ve sıfatları sebebiyle özel soruşturma ve kovuşturma usûllerine tâbi olanlara ilişkin saklı hükümlerinden sayılmaktadırlar. Bu nedenle yükseköğretim kurumlarında ve üst kuruluşlarında genel idare hizmetleri sınıfında görev yapan şoförler her ne kadar gerek Memurlar ve Diğer Kamu Görevlilerinin Yargılanması Hakkında Kanun'da gerekse mülga 765 sayılı Türk Ceza Kanunu'nda memur/kamu görevlisi sayılmasa da 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu gereğince memur sayılmaktadırlar ve memur yargılama güvencesine sahip kılınmışlardır. Bu durum 2547 sayılı kanunun 53. maddesinin kişi yönünden kapsamının Ceza Kanunu ve 4483 sayılı Memurlar ve Diğer Kamu Görevlilerinin Yargılanması Hakkında Kanuna göre daha geniş olduğunu göstermektedir.

İdare hukukuna göre yardımcı hizmetler sınıfında görev yapan teknisyen yardımcısı, aşçı, kaloriferci, bekçi, dağıtıcı, hizmetli, hastabakıcı, gassal, hayvan bakıcısı vb. memurlar, gerek Mülga Memurin Muhakematı Hakkında Kanunda ve bu kanunu yürürlükten kaldıran 4483 sayılı Memurlar ve Diğer Kamu Görevlilerinin Yargılanması Hakkında Kanun'da gerekse mülga 765 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 279. maddesinin 2. fıkrasının (2) numaralı bendine göre kamu hizmeti gören yardımcı personel oldukları kabul edilerek, devletin asli ve sürekli görevlerini yürüten kamu görevlisi sayılmamaktadırlar.

Kamu görevlisi sayılmadıklarından yargılama kanunlarının sağladığı memur yargılama güvencesi kural olarak yardımcı hizmetler sınıfında görev yapan kişiler

muvakkat, ücretli veya ücretsiz ihtiyarî veya mecburi surette bir amme hizmeti gören diğer kimselerdir.”
hükmüne dayanmaktadır.

için bulunmamaktadır. Ancak 2547 sayılı kanunun ilgili maddesi yükseköğretim kurumları ve üst kuruluşlarında yardımcı hizmetler sınıfında görev yapan teknisyen yardımcısı, aşçı, kaloriferci, bekçi, dağıtıcı, hizmetli, hastabakıcı, gassal, hayvan bakıcısı vb. çalışanları memur yargılama güvencesinin kapsamına dâhil ederek kişi yönünden kapsamı genişletmiş ve yargılama kanunlarının uygulanmayacağı durumlar açısından kapsamı daraltmıştır. Dolayısıyla yükseköğretim kurumları ve üst kuruluşlarında yardımcı hizmetler sınıfında görev yapan memurların yargılanmalarına ilişkin soruşturmaları, diğer sınıflarda çalışan memurlarla yani kamu görevlileri ile aynı şekilde yürütülmekte olup, 2547 sayılı kanun hükümleri doğrultusunda işlem yapılmakta genel hükümler uygulanmamaktadır.

Böylece kişi yönünden kapsam 4483 sayılı kanuna kıyasen genişletilerek söz konusu kadrolarda çalışan personel hakkında genel hükümler doğrultusunda doğrudan soruşturma yapılmasının önüne geçilmiştir.²¹

Yükseköğretim kurumlarında çalışan yardımcı hizmetler sınıfında görev yapan personelinin memur/kamu görevlisi sayılıp sayılmayacağına ilişkin yargı kararlarına baktığımızda²² üniversitede hizmetli olarak çalışan personel hakkında Danıştay 2. Dairesi, “... 657 sayılı Devlet Memurları Yasasına tâbi bulunan sanık hakkında görevi sırasında işlediği iddia edilen suç nedeniyle 2547 sayılı Yüksek Öğretim Yasasının 53/C-2 (e) ... hükmü uyarınca yetkili il idare kurulunca son soruşturmanın açılmasına “ karar verileceğini belirterek yükseköğretim kurumlarında çalışan yardımcı hizmetler sınıfında görev yapan personeli memur/kamu görevlisi saymıştır.

4483 sayılı Memurlar ve Diğer Kamu Görevlilerinin Yargılanmaları Hakkında Kanun’a göre genel hükümlere göre doğrudan Cumhuriyet Savcılarınca soruşturulan güvenlik görevlileri de yine 2547 sayılı kanunun 53. maddesinin (c) fıkrasında “... 657

²¹ PINAR, 4483 Sayılı Kanuna Göre Memurlar ve Diğer Kamu Görevlileri Hakkında Ceza Soruşturması, s.156; ÇİÇEK, İbrahim, Gerekçeli-Açıklamalı-İçtihatlı Memurlar ve Diğer Kamu Görevlilerinin Yargılanması Hakkında 4483 Sayılı Kanun, Kazancı Hukuk Yayınevi, İstanbul, 2008, s.85; PINAR, 4483 Sayılı Kanuna göre Memur Suçlarında İdari ve Adli Soruşturma Usulleri, s.182-186.

²² Yargıtay 4. Ceza Dairesinin 14.12.1984 tarihli 7863/8448 esas ve karar nolu, Ziraat Fakültesinde görevli odacı hakkında ceza uygulamasında memur sayılmayacağına ilişkin bir kararı bulunmasına rağmen zaman içerisinde kararları değişmiştir. Bkz. ÇİÇEK, s.85.

sayıli Devlet Memurları Kanununa tâbi memurların, görevlerini yaptıkları sırada veya görevleri dolayısıyla işledikleri ileri sürülen suçlar hakkında ...” denildiğinden memur yargılama güvencesine sahip kılınmıştır. Yükseköğretim kurumlarında ve üst kuruluşlarında görev yapan 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu’na tâbi güvenlik görevlileri için diğerk kamu kurum ve kuruluşlarında çalışan güvenlik görevlilerine kıyasen 2547 sayılı kanun ile kişi yönünden kapsam genişletilmiştir. Yükseköğretim kurumlarında ve üst kuruluşlarında görev yapan 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu’na tâbi güvenlik görevlileri, 2547 sayılı kanun un kapsamında değerlendirildiğinden görevleri nedeniyle veya görevi dolayısıyla suç işledikleri takdirde haklarında 2547 sayılı kanunun 53. maddesinde öngörülen usûle uygun olarak işlem yapılacak olup, genel hükümlere göre doğrudan Cumhuriyet Savcısınca soruşturma yürütülemeyecektir. Danıştay 2. Dairesi’nin “... Üniversitesinde Koruma ve Güvenlik Şube Müdürü olan sanık hakkında 2547 sayılı Kanunun 53. Maddesinin 2/e bendi uyarınca birinci aşamada İl Yönetim Kurulunca Karar verilmesi gerekeceği...”²³ yönünde vermiş olduğu bir kararı da mevcuttur. Ayrıca bu husus Yargıtay 4. Dairesinin²⁴ “... Üniversitesi Rektörlüğü Özel Güvenlik Müdürlüğünde güvenlik görevlisi olan sanığın savunmasında, 657 Sayılı Devlet Memurları yasasına tâbi olarak çalıştığını belirtmiş bulunması karşısında; bu husus bağılı bulunduğu kurumdan da sorularak belgelendirildikten sonra görev yaptığı sırada suç işleyen sanık hakkında 2547 sayılı Yüksek Öğretim Yasasının 53/C madde ve fıkrası uyarınca soruşturma yapılması gerektiği ...” şeklinde kararında da açıkça belirtilmiştir.

Yükseköğretim kurumları ve üst kuruluşlarında görevli avukat ve hukuk müşavirleri için ise 1136 sayılı Avukatlık Kanun’u hükümleri doğrultusunda 4483 sayılı kanunun hükümlerinin mi yoksa 2547 sayılı kanun hükümlerinin mi uygulanacağı hususunda yaşanan tereddüt, Danıştay 2. Dairesinin üniversitede çalışan sanık avukat hakkında verdiği “Üniversitesinde 657 sayılı Kanuna tâbi avukat

²³ Danıştay 2. Dairesi, E. 2003/297, K.2003/848, K.T. 18.04.2003, www.sinerjimevzuat.com.tr, E.T. 17.12.2017.

²⁴ Yargıtay 4. Ceza Dairesi, E.2001/12308, K.2001/13227, K.T. 20.10.2001, www.sinerjimevzuat.com.tr, E.T. 17.12.2017.

olarak görevli sanık hakkında son soruşturmanın açılıp açılmamasına karar vermeye 2547 sayılı kanun hükümleri doğrultusunda İl İdare Kurulunun yetkili olduğundan, ... Valisince adı geçen hakkında 4483 sayılı Kanun hükümlerine göre karar verilmesinde hukuka uyarlık bulunmadığı” şeklindeki kararlar²⁵ 2547 sayılı kanun hükümlerinin uygulanacağını açıklığa kavuşturmuştur.

Yine Yükseköğretim kurumları ve üst kuruluşlarında görevli avukat ve hukuk müşavirleri ile ilgili olarak Yargıtay 5. Ceza Dairesi'nin²⁶ “... Güzel Sanatlar Üniversitesinde kadrolu hukuk müşaviri olarak görev yapan ve aynı zamanda avukat olan sanık hakkında isnat edilen suçun soruşturmasıyla ilgili olarak 2547 sayılı kanununun 53 ve 136 sayılı kanununun 58-59. maddelerine göre iki ayrı özel soruşturma usulü bulunduğu, bunlardan idarenin kendi içinde yürütülüp sonuçlandırılacak olması nedeniyle sanığın daha lehine olduğu değerlendirilen 2547 sayılı kanun hükümleri uyarınca son soruşturmanın açılıp açılmaması konusunda bir karar verilmek üzere dosyanın yetkili merciye gönderilmesi gerektiği” kararı da bulunmaktadır. Yükseköğretim kurumları ve üst kuruluşlarında görevli avukat ve hukuk müşavirleri de 2547 sayılı kanunun kişi yönünden kapsamında kalmaktadır.

Vakıf Yükseköğretim Kurumları (Vakıf Üniversiteleri veya Vakıf Meslek Yüksekokulları) kamu tüzel hukuk kişisi sayıldıklarından belirtilen yükseköğretim kurumlarında çalışanlar ve İş Kanunu'na tâbi işçi statüsünde sayılmaktadırlar. Bu nedenle kamu görevlisi sayılmamaktadırlar. 02.12.2016 tarihine kadar 2547 sayılı Yükseköğretim Kanunu'nun 3. maddesi ile ek madde 3, 5, 7 ve 8. maddelerinde vakıflarca kurulacak yükseköğretim kurumlarının organlarına ve işleyişine ilişkin düzenlemelere yer verilmiş ise de söz konusu düzenlemelerde bahse konu personelin 2547 sayılı Yükseköğretim Kanunu'nun 53. maddesinin (c) fıkrasında öngörülen soruşturma usûlüne ya da mülga Memurin Muhakematı Hakkında Kanun'a dolayısıyla 4483 sayılı Memurlar ve Diğer Kamu Görevlilerinin Yargılanması Hakkında Kanun'a tâbi olduklarına dair bir hükme yer verilmediğinden Anayasa

²⁵ Danıştay 2. Dairesi, E.2002/316, K.2002/2734, K.T. 07.05.2002. <https://www.sinerjimevzuat.com.tr/>,

²⁶ Yargıtay 5. Ceza Dairesi, E.2014/6049, K.2016/6864, K.T. 27.06.2016, www.sinerjimevzuat.com.tr, E.T. 17.12.2017.

Mahkemesi ve Danıştay Kararlarında 53. madde kapsamı dışında bırakılmışlardı.²⁷ Vakıf yükseköğretim kurumlarında çalışan kamu görevlileri kamu görevlisi sayılmadıklarından, bunların görevleri dolayısıyla ya da görevlerini yaptıkları sırada işlemiş oldukları suçlardan dolayı soruşturulmaları 2547 sayılı Yükseköğretim Kanunu'na hükümlerine göre değil, genel hükümlere göre doğrudan Cumhuriyet Savcılıklarınca yapılmaktaydı.²⁸ Vakıf yükseköğretim kurumu rektörleri, mütevelli heyeti başkanı ve üyeleri ile çalışanları 2547 sayılı kanunun kişi yönünden kapsamı dışında oldukları yargı kararları²⁹ ile de açıklığa kavuşturulmuştu.

2547 ve 4483 sayılı kanunlarda vakıf yükseköğretim kurumları personeline ilişkin hükme yer verilmemiş olsa da, yapmış oldukları işin kamu görevi olduğu ve dolayısıyla vakıf yükseköğretim kurumlarında çalışan personelin kamu görevlisi sayıldıklarından bahisle diğer yükseköğretim kurumları personeli gibi 2547 sayılı kanun hükümlerine göre soruşturmalarının yürütülmesi gerektiği yönünde karşıt görüşler³⁰ mevcuttu.

Karşıt görüşlere paralel olarak Sinop Sulh Ceza Mahkemesince re'sen somut norm denetimi yoluna gidilerek 19.04.2013 tarihinde Anayasa Mahkemesine başvurulmuş, vakıf üniversitelerinde çalışan kişilerle, devlet üniversitelerinde görev yapan kişilerin farklı yargılama usûlüne tâbi tutulmasının eşitlik ilkesiyle bağdaşmadığını "Vakıf üniversiteleri mensuplarının, 2547 sayılı Yükseköğretim Kanununun 53/c maddesinde öngörülen soruşturma usûlüne, mülga 04/02/1329 tarihli Memurin Muhakematı Hakkında Kanunu Muvakkata veya 4483 sayılı Memurlar ve Diğer Kamu Görevlilerinin Yargılanması Hakkında Kanun'a tâbi olacaklarına ilişkin

²⁷ GÜLTEKİN, Özkan, "İddianame Yerine Geçen Belgeler İddianamenin İadesine Konu Olabilir mi?" *Adalet Dergisi*, S.37s.157-158, <http://www.yayin.adalet.gov.tr/dergi/37.say%C4%B1/08%20-20%C3%96ZKAN%20G%C3%96CLTEK%C4%B0N.pdf>, E.T. 03.05.2011.

²⁸ GÜLTEKİN, s.157-158.

²⁹ Danıştay 2. Dairesi, E. 2001/1035, K.2002/3424, K.T. 10.10.2002, www.sinerjimevzuat.com.tr, E.T. 17.12.2017; Danıştay 1. Dairesi, E.2005/325, K.2005/938, K.T.12.07.2005, www.sinerjimevzuat.com.tr, E.T. 17.12.2017; Danıştay 1. Daire, E.2014/2080, K.2014/2000, K. T. 26.12.2014, www.sinerjimevzuat.com.tr, E.T. 17.12.2017.

³⁰ ÇETİN, Erol, *Açıklamalı-İçtihatlı Ceza Hukukunda ve Özel Yasalarda Memur Memurlar ve Diğer Kamu Görevlilerinin Yargılanma Usulü ve Memur Suçları*, Seçkin yayıncılık, Ankara, 2003, s.227.

herhangi bir hüküm yer almadığından, vakıf üniversiteleri personelinin soruşturmalarının ve 4483 sayılı Memurlar ve Diğer Kamu Görevlilerinin Yargılanması Hakkında Kanunun 11. maddesi uyarınca bir kısım memurların 5271 Sayılı CMK'ya göre Cumhuriyet Savcısının düzenlemiş olduğu iddianame ile yargılanması ancak yüksek öğretim görevlilerinin 2547 sayılı Yükseköğretim Kanununun 53/c maddesine göre idarenin düzenlemiş olduğu bir belge ile yargılanması 2709 Sayılı 1982 Anayasasının 10. maddesinde belirtilen eşitlik ilkesine aykırılık teşkil ettiği” gerekçesiyle 2547 sayılı kanunun 53. maddesinin (c) fıkrasının, Anayasa'nın 2., 10., 11. ve 140. maddelerine aykırı olduğunu ileri sürmüştü. Anayasa Mahkemesi konuya ilişkin olarak verdiği 2013 tarihli kararda “Vakıf üniversitelerinde çalışanlar ile Devlet üniversitelerinde görev yapanlar statüleri ve özlük hakları bakımından farklı kurallara bağlıdır ve dolayısıyla aynı hukuksal durumda değildirler. Bu nedenle, vakıf üniversitelerinde çalışanlar ile Devlet üniversitelerinde görev yapanların farklı soruşturma usûlüne tâbi tutulmalarında eşitlik ilkesine aykırılık bulunmamaktadır.”³¹ gerekçesiyle iptal istemini reddetmişti.

Danıştay 1. Dairesi tâbi oldukları hukuki rejimin farklı olduğundan bahisle “Vakıf yükseköğretim kurumlarının tüzel kişiliğini temsil eden mütevelli heyetinin; yönetici, öğretim elemanı ve diğer personelin sözleşmesini yapacağı, atamalarını, görevden alınmalarını ve yükseköğretim kurumunun bütçesini onaylayacağı, akademik organların düzenlenmesinde, görevlerini yerine getirmesinde, öğretim elemanlarının niteliklerinde Devlet yükseköğretim kurumlarındaki esasların aynısının uygulanacağı belirtilmek suretiyle vakıf üniversitelerinin Devlet yükseköğretim sistemine entegrasyonunu sağlayan özel düzenlemelere yer verildiği halde, akademik ve idari personelin sözleşmeli olarak istihdamı nedeniyle tâbi oldukları hukuki rejim göz önünde bulundurularak bunların görevleri dolayısıyla ya da görevlerini yaptıkları sırada işledikleri ileri sürülen suçlar hakkında 2547 sayılı Yükseköğretim Kanunu'nun 53'üncü maddesinde öngörülen soruşturma usûlüne tâbi olacaklarına ilişkin bir hükme yer verilmemiştir. Bu durumda, ... Üniversitesi Rektörü hakkında 2547 sayılı Kanunun 53 üncü maddesi hükümlerinin uygulanacağına dair açık bir hüküm bulunmadığından,

³¹ Anayasa Mahkemesi, E.2013/58 K.2013/114 K. T. 10.10.2013, R.G.: 09.05.2014, S. 28995.
SDÜHFD CİLT: 7, SAYI 2, YIL 2017

suç işlediği ileri sürülen ... hakkında genel hükümler uyarınca işlem yapılması gerekmektedir.”³² demek suretiyle vakıf yükseköğretim kurumları personeline 2547 sayılı kanununun 53. maddesinin (c) fıkrası uyarınca mevzuatta işlem yapılamayacağını hüküm altına almıştı.

Bu durum 2016 yılında tamamen değişmiştir. 02.12.2016 tarihli ve 6764 sayılı Kanununun³³ 26. maddesi ile 2547 sayılı kanununun 53. maddesinin (a) fıkrasında değişiklik yapılarak *“Yükseköğretim Kurulu Başkanı üst kuruluşlar, rektörler ve bağımsız vakıf meslek yüksekokulu müdürlerinin ve 53/Ç maddesinin birinci fıkrasının (e) bendinde yer alan fülllerle ilgili olarak öğretim elemanlarının; rektör, üniversitenin; bağımsız vakıf meslek yüksekokulu müdürü, bağımsız vakıf meslek yüksekokulunun; dekan, fakültenin; enstitü ve yüksekokul müdürleri, enstitü ve yüksekokulların; kadrosu bulunan uygulama araştırma merkezi ile bağımsız enstitü müdürleri, uygulama araştırma merkezi ile enstitünün; bu birimlerin genel sekreter veya sekreterleri de bağlı birim personelinin disiplin amiri”* oldukları hüküm altına alınmıştır. 2547 sayılı kanununun 53. maddesinin (c) fıkrasında *“Yükseköğretim üst kuruluşları başkan ve üyeleri ile yükseköğretim kurumları yöneticilerinin, kadrolu ve sözleşmeli öğretim elemanlarının ve bu kuruluş ve kurumların 657 sayılı Devlet Memurları Kanununa tâbi memurlarının görevleri dolayısıyla ya da görevlerini yaptıkları sırada işledikleri ileri sürülen suçlar hakkında...”* ifadesi ile ilk soruşturma açmaya yetkililere ilişkin *“... diğerleri için, Yükseköğretim Kurulu Başkanınca veya diğer disiplin amirlerince doğrudan veya görevlendirecekleri uygun sayıda soruşturmacı tarafından yapılır.”* ifadesi aynen korunmuştur. Ancak *“Yükseköğretim Kurulu Başkanı üst kuruluşlar, rektörler ve bağımsız vakıf meslek yüksekokulu müdürlerinin ve 53/Ç maddesinin birinci fıkrasının (e) bendinde yer alan fülllerle ilgili olarak öğretim elemanlarının; rektör, üniversitenin; bağımsız vakıf meslek yüksekokulu müdürü, bağımsız vakıf meslek yüksekokulunun; dekan, fakültenin; enstitü ve yüksekokul müdürleri, enstitü ve yüksekokulların; kadrosu bulunan uygulama araştırma merkezi ile bağımsız enstitü müdürleri, uygulama araştırma merkezi ile enstitünün; bu birimlerin genel sekreter*

³² Danıştay 1. Daire E. 2013/777, K. 2013/804, K. T. 11.06.2013, www.sinerjimevzuat.com.tr, E.T. 17.12.2017.

³³ R.G.: 09.12.2016, S. 29913.

veya sekreterleri de bağılı birim personelinin disiplin amiri” oldukları 2547 sayılı kanunun 53. maddesinin (a) bendinde düzenleme altına alındığından bağımsız vakıf yükseköğretim kurumları çalışanlarının da 2547 sayılı kanunun ceza soruşturma usûlünü düzenleyen 53. maddesinin (c) fıkrası kapsamına alındığı anlaşılmaktadır. Yine vakıf yükseköğretim kurumları rektör ve çalışanlarının 53. maddenin (c) fıkrası kapsamına alındığını gösteren diğeri bir düzenleme ise son soruşturma açmaya yetkili kimselerden anlaşılmaktadır. 02.12.2016 tarihli ve 6764 sayılı kanunun 26. maddesiyle (2) numaralı bendinin (b) alt bendinde yer alan *“üniversite” ibaresi “Devlet ve vakıf yükseköğretim kurumu”* şeklinde değiştirilerek *“Vakıf yükseköğretim kurumu rektörleri, rektör yardımcıları”* hakkında da Yükseköğretim Kurulu üyelerinden teşkil edilecek üç kişilik kurul” son soruşturma açılıp açılmamasına karar vermeye yetkili kılınmıştır.

Vakıf yükseköğretim kurumları rektör ve çalışanlarının, 2547 sayılı kanunun 53. maddesi gereğince soruşturulmaları halinde söz konusu kanun maddesinin kapsamı kişi yönünden genişlemesi sayılacaktır ki bu durum atanmaları bile farklı usûle tâbi olan özellikle vakıf yükseköğretim kurumu rektör ve çalışanlarının da diğeri kamu görevlileri gibi ayrıcalıklı bir statü kazanmasına neden olmuştur. Kanaatimizce normal zamanda özel hukuk hükümlerinin uygulandığı bu kişi ya da kişilere görevi nedeniyle görevi dolayısıyla işlemiş oldukları suçlar nedeniyle, devletin işleyişini aksatmamak, devlete güveni sarsmamak gibi gerekçelerle kabul edilen sadece kamu görevlilerine tanınan kamu hukukuna ilişkin özel soruşturma usûlü hükümlerin uygulanması bu kişilere ayrıcalıklı bir statü kazandırmış olmaktadır.

2547 sayılı kanunun 53. maddesinde yapılan değişiklikte vakıf yükseköğretim kurumu mütevelli heyeti başkanı ve üyeleri ile ilgili bir düzenleme yapılmadığından, 2547 sayılı kanunun kişi yönünden kapsamı dışında kalmaya devam ettiği kabul edilmelidir.

b. Konu Yönünden Kapsamı

Memur yargılanmasında genel kanun olarak kabul edilen 4483 sayılı kanunda memurlar ve diğer kamu görevlilerinin görevleri sebebiyle işledikleri suçlar hakkında 4483 sayılı kanun hükümlerinin uygulanacağı kabul edilmektedir. Yine görevleri ve sıfatları sebebiyle özel soruşturma ve kovuşturma usûllerine tâbi olanlara ilişkin kanun hükümleri ile suçun niteliği yönünden kanunlarla gösterilen soruşturma ve kovuşturma usûllerine ilişkin hükümlerin saklı olduğu düzenlenmiş bulunmaktadır. 2547 sayılı kanunun 53. maddesi de saklı hükümlerden sayılmaktadır.

Bu bağlamda 4483 sayılı kanun, memurlar ve diğer kamu görevlilerinin sadece görevleri sebebiyle işledikleri suçları kapsamına almış iken 2547 sayılı Yükseköğretim Kanunu'nun 53. maddesinin (c) fıkrasında “... görevleri dolayısıyla ya da görevlerini yaptıkları sırada işledikleri ileri sürülen suçlar hakkında söz konusu kanun hükümlerin uygulanacağı” hükmüne yer vererek memur yargılama güvencesini konu yönünden genişletmiş bulunmaktadır.

2547 sayılı kanuna tâbi olarak görev yapan personelin ancak görevi dolayısıyla ya da görevlerini yaptıkları sırada 2547 sayılı kanun hükümlerince ceza soruşturması yapılabilecektir. Danıştay 1. Dairesi de, “Şüphelilere isnat edilen suç, Üniversite bütçesine gelir kaydedilmesi gereken promosyon bedelinin, ... Üniversitesi Vakfına bağlı olarak kabul edilmesine ilişkin olduğu, söz konusu suçun, şüphelilerin öğretim üyeliği sıfatlarından kaynaklanmadığı ve görevleri dolayısıyla ya da bu görevlerini yaptıkları sırada işlenmediği, ... Üniversitesi Vakfı Yönetim Kurulu Başkanlığı ve üyeliği sıfatıyla ilgili bulunduğu, bu nedenle şüphelilere isnat edilen suç hakkında 2547 sayılı Kanunun ilgili maddesi kapsamında ceza soruşturması yapılamayacağı ve men-i muhakemeleri veya lüzum-u muhakemeleri yolunda bir karar alınamayacağı”³⁴ yönünde karar vermiştir.

³⁴ Danıştay 1. Dairesi, E. 2011/1781, K. 2011/1940, K.T. 06.12.2011, www.sinerjimevzuat.com.tr/, E.T.17.12.2017.

Görev gereklerini yerine getirmeyerek ... üniversitesi spor birliği kulübü muhasebecilerinin kendilerine sigorta kurumuna ve vergi dairesine ödenmek üzere verilen meblağı yatırmayarak kamu zararına yol açtıkları iddia edilen ve haklarında 2547 sayılı kanunun 53. maddesinin (c) fıkrası uyarınca ceza soruşturması yürütülen ve yetkili kurulca haklarında karar verilen şüphelilerle ilgili olarak Danıştay 1. Dairesi,³⁵ “*şüphelilere isnat edilen suçların Spor Kulübü Derneği işleriyle ilgili olduğu, 2547 sayılı Kanunun anılan maddesinde yer alan öğretim elemanı ve memur olmaları sıfatlarından doğan ve görevleri dolayısıyla ya da görevlerini yaptıkları sırada işlenen suçlardan olmadığından, şüpheliler hakkında sözü edilen kanuna göre Üniversite tarafından ceza soruşturması yapılarak yetkili kurulca karar verilmesi olanağı bulunmadığını ve şüpheliler hakkında yasal takibatın genel hükümlere göre Cumhuriyet Savcılığınca yapılması gerektiğine*” hüküm vermiştir.

Yüksek mahkeme bir başka kararında “*... isnat olunan suçun işlendiği ... yılı Eylül ayı itibarıyla Sağlık Bakanlığına bağlı R...Eğitim ve Araştırma Hastanesinde Başhekim ve Başhekim yardımcısı olarak görev yapan adı geçenler hakkında söz konusu hastanedeki görevleri nedeniyle ve bu görevlerinden kaynaklanan suçlarla ilgili olarak 2547 sayılı Kanunun 53. maddesi (c) fıkrası uyarınca ceza soruşturması yapılmasına, men-i muhakeme veya lüzum-u muhakeme yolunda bir karar alınmasına olanak bulunmadığının açık olduğu ve açıklanan nedenlerle ... Üniversitesi Rektörlüğünce oluşturulan kurulun ... tarihli men-i muhakeme kararının kaldırılmasına, ... Anayasa'nın 129. maddesi ile 4483 sayılı kanun gereği isnat edilen suçlar nedeniyle ... ve ... hakkında gerekli işlemlerin yapılması için ... Valiliğine iletilmek üzere dosyanın karar ekli Rektörlüğe iadesine*”³⁶ hüküm vermiştir.

Yine Danıştay 1. Dairesi Kararında, hakaret suçunu işlediği ileri sürülen okutman hakkında verilen men-i muhakeme kararı için “*şüphelinin suçu görevi*

³⁵ Danıştay 1. Dairesi, E.2010/1638, K.2010/1901, K.T.07.12.2010, www.sinerjimevzuat.com.tr/, E.T. 17.12.2017.

³⁶ Danıştay 1. Dairesi, E.2012/510, K.2012/894, K.T. 24.05.2012, www.sinerjimevzuat.com.tr, E.T. 17.12.2017. SDÜHFD CİLT: 7, SAYI 2, YIL 2017

sırasında ya da görevi dolayısıyla işlemediği dolayısıyla, 2547 sayılı kanun kapsamına girmediği ve bu kanun hükümlerince işlem yapılamayacağı” gerekçesiyle bozmuştur.³⁷

Konu yönünden kapsamın belirlenmesi bakımından önemli bir başka Danıştay Kararında³⁸ Müzik eserlerinin yayınına izin almadan fiilen gerçekleştirdikleri iddia olunan şüphelilerin, “*yayın yapma işini ... Yayıncılık Ticaret A.Ş. adına yürüttükleri, suçu üniversitedeki görevleri sırasında işlemedikleri ya da suçla görevleri arasında illiyet bağı bulunmadığından, şüpheliler hakkındaki soruşturmanın 2547 sayılı Yükseköğretim Kanununun 53. maddesinin (c) bendine göre değil, genel hükümlere göre yapılması gerektiği*” açıkça ifade edilmiş böylece görevi dolayısıyla ya da görev sırasında şartına vurgu yapılmış bulunmaktadır.

2547 sayılı Yükseköğretim Kanunu’nun 53. maddesinin ancak görevleri dolayısıyla ya da görevlerini yaptıkları sırada işlemiş oldukları suçlardan dolayı uygulanacağı yönünde yukarıda belirtilen kararlar haricinde de çok sayıda yargı kararı mevcuttur.³⁹

Ayrıca konu yönünden kapsamına giren ve girmeyen hususları belirten 2547 Sayılı Yükseköğretim Kanunu’nun 53. maddesinde alt bent düzenlemeleri de vardır. Bunlar içinde dikkat çeken şudur:

2547 sayılı kanunun 53. maddesinin (c) fıkrasının (6) numaralı alt bendinde “Yükseköğretim Kurulu Başkanı ve rektörlerin 1609 sayılı Bazı Cürümlerden Dolayı Memurlar ve Şerikleri Hakkında Takip ve Muhakeme Usûlüne Dair Kanun kapsamına giren suçlarından dolayı yapılacak ceza soruşturmasında yukarıda belirtilen ceza kovuşturması usûlü tatbik edilir. Bunlar dışında kalan tüm görevliler için 1609 sayılı

³⁷ Danıştay 1. Dairesi, E.2005/769, K.2005/1235, K.T. 19.10.2005, www.sinerjimevzuat.com.tr, E.T. 17.12.2017.

³⁸ Danıştay 1. Dairesi, E.2006/1183, K.2006/1322, K.T. 28.12.2006, www.sinerjimevzuat.com.tr, E.T. 17.12.2017.

³⁹ Bkz. Danıştay 1. Dairesi, E.2006/207, K.2006/357, K.T. 29.03.2006, www.sinerjimevzuat.com.tr, E.T. 17.12.2017; Danıştay 1. Dairesi, E.2005/1255, K.2006/95, K.T. 24.01.2006, www.sinerjimevzuat.com.tr, E.T.17.12.2017.

Bazı Cürümlerden Dolayı Memurlar ve Şerikleri Hakkında Takip ve Muhakeme Usûlüne Dair Kanun hükümleri uygulanır.” denilmiştir.

Devamında ise “1609 sayılı *Bazı Cürümlerden Dolayı Memurlar ve Şerikleri Hakkında Takip ve Muhakeme Usûlüne Dair Kanun* kapsamına giren suçlarından dolayı kanuni kovuşturma için gereken izin, Yükseköğretim Kurulu üyeleri ile Yükseköğretim Denetleme Kurulu Başkan ve üyeleri ve bu kuruluşların memurları (Üniversitelerarası Kurul memurları dâhil) hakkında Yükseköğretim Kurulu Başkanından, üniversite yöneticileri ve öğretim elemanları ile memurlar hakkında üniversite rektörlerinden alınır.” hükmüne yer verilmiştir.

Dolayısıyla 3628 sayılı Mal Bildiriminde Bulunulması, Rüşvet ve Yolsuzlukla Mücadele Kanunu yürürlüğe girene kadar yükseköğretim kurulu başkanı ve rektörler dışında kalan tüm görevlilerin kanuni kovuşturması için 2547 sayılı kanun gereği Yükseköğretim Kurulu Başkanı’ndan ve Rektör’den izin istenmesi gerekmektedir. 1990 yılında 3628 sayılı Mal Bildiriminde Bulunulması, Rüşvet ve Yolsuzlukla Mücadele Kanunu’nun kabul edilmesi ile 1609 sayılı Bazı Cürümlerden Dolayı Memurlar ve Şerikleri Hakkında Takip ve Muhakeme Usûlüne Dair kanun yürürlükten kaldırılmış olup, 1609 sayılı kanuna yapılan göndermelerin 3628 sayılı kanuna yapıldığına dair bir hükme de yer verilmediğinden yükseköğretim kurumları ve üst kuruluşlarında çalışan kamu görevlileri hakkında mülga 1609 sayılı kanun kapsamına giren suçlarından dolayı doğrudan Cumhuriyet Savcısı’nca soruşturma başlatılacak ve durum idari soruşturma için atamaya yetkili amire ve izin vermeye yetkili merciiye bildirilecektir. 1609 sayılı Bazı Cürümlerden Dolayı Memurlar ve Şerikleri Hakkında Takip ve Muhakeme Usûlüne Dair Kanun’u yürürlükten kaldıran 3628 sayılı Mal Bildiriminde Bulunulması, Rüşvet ve Yolsuzlukla Mücadele Kanunu’nu ile yükseköğretim kurulu üyeleri ile yükseköğretim denetleme kurulu başkan ve üyeleri ve bu kuruluşların memurları (üniversitelerarası kurul memurları dâhil) hakkında Yükseköğretim Kurulu Başkanından, üniversite yöneticileri ve öğretim elemanları ile memurlara görev ve sıfatları nedeniyle tanınan bu ayrıcalık kaldırılmış olmasına rağmen görev ve sıfatları nedeniyle yükseköğretim kurulu

başkanı ve rektörler için korunmuş ancak 1609 sayılı kanun kapsamındaki suçlar⁴⁰ ile sınırlandırılmıştır.⁴¹

Yükseköğretim Kurulu Başkanı ve rektörler dışındaki yükseköğretim kurumları ve üst kuruluşları personelinin 3628 sayılı Mal Bildiriminde Bulunulması ve Rüşvetle Mücadele Kanunu kapsamındaki işlemiş oldukları suçlardan dolayı 2547 sayılı Yükseköğretim Kanunu'nun 53. maddesi hükümleri uygulanmamaktadır. Yükseköğretim Kurulu Başkanı ve rektörler için ise 2547 sayılı kanunun 53. maddesi gereğince karar alınması gerekmektedir. Nitekim yükseköğretim kurulu başkanı ve rektöre tanınan ayrıcalığın diğerlerini kapsamadığı yargı kararları ile de pekiştirilmektedir.⁴²

Konuya ilişkin olarak Yargıtay 5. Dairesi⁴³ "... Üniversitesi Diş Hekimliği Fakültesinde öğretim üyesi olan sanık ve arkadaşları tarafından müştekinin diş tedavisi karşılığında fazla para istenip alınması ve/veya kurumda yapmaları gereken işlemi yapmak için ücret talep etmeleri iddiasının ikna suretiyle irtikap veya rüşvet alma suçunu oluşturabileceği, öğretim üyesi sanığın 2547 sayılı kanunun 53/6. maddesinde yazılı Yükseköğretim Kurulu Başkanı veya rektör statüsünde olmadığı cihetle hakkında 3628 sayılı kanun hükümlerinin uygulanabilir olduğu ve aynı kanunun 17/son

⁴⁰ İrtikap, rüşvet, ihtilas ve zimmete para geçirme, görev sırasında veya görevinden dolayı kaçakçılık, resmi ihale ve alım ve satımlara fesat karıştırma, Devlet surlarının açıklanması veya açıklanmasına sebebiyet verme suçlarından veya bu suçlara iştirak etmek

⁴¹ 3628 sayılı kanun kapsamına giren suçlardan ötürü Rektöre tanınan bu ayrıcalığın 1609 sayılı kanun kapsamında olmayan, ancak 3628 sayılı kanun kapsamına giren suçlarda tanınmadığı 3628 sayılı Kanunun geçici 3. maddesinden anlaşılmaktadır.

⁴² Yükseköğretim Kanunu'nun 53. maddesinde zimmet, vb. suçlarından dolayı ancak Yükseköğretim Kurulu Başkanı ile Rektörler hakkında 2547 sayılı Kanuna göre soruşturma yapılabileceği hüküm altına alınmıştır. Diğer personel hakkında 3628 sayılı Yasanın 17.maddesi uyarınca yasal takibat yapabileme yetkisinin doğrudan doğruya Cumhuriyet Savcılıklarına ait bulunduğuna iliş Bkz. Danıştay 2. Dairesi, E. 2002/23, K.2002/3570, K.T. 23.10.2002, <https://www.sinerjimevzuat.com.tr/>, E.T.17.12.2017; Yargıtay 5. Ceza Dairesi, E.2000/7112, K.2001/3571, K.T. 23.05.2001 www.sinerjimevzuat.com.tr, E.T. 17.12.2017; Yargıtay 5. Ceza Dairesi, E.2000/5349, K.2001/3166, K.T. 09.05.2001, www.sinerjimevzuat.com.tr, E.T. 17.12.2017.

⁴³ Yargıtay 5. Ceza Dairesi, E.2015/11479, K.2016/8413, K.T. 17.10.2016, www.sinerjimevzuat.com.tr, E.T. 17.12.2017.

maddesindeki özel soruşturma usulüne tabi bulunmadığı, bu itibarla müştekinden para istenmesi ve alınması iddiasının genel hükümlere göre soruşturulacağına” karar vermiştir.

2547 Sayılı kanununun 53. maddesinin (c) fıkrasının (7) numaralı alt bendinde yer alan *“İdeolojik amaçlarla Anayasa’da yer alan temel hak ve hürriyetleri, devletin ülkesi ve milletıyla bölünmez bütünlüğünü veya dil, ırk, sınıf, din ve mezhep ayrılığına dayanarak nitelikleri Anayasa’da belirtilen Cumhuriyeti ortadan kaldırmak maksadıyla işlenen suçlarla bunlara irtibatlı suçlar, öğrenme ve öğretme hürriyetini doğrudan veya dolaylı olarak kısıtlayan, kurumların sükun, huzur ve çalışma düzenini bozan boykot, işgal, engelleme bunları teşvik ve tahrik, anarşik ve ideolojik olaylara ilişkin suçlar ve ağır cezayı gerektiren suçüstü halleri”* için yükseköğretim kurulu başkanı ve rektörler dahil hiç kimseye ilişkin herhangi bir ayrıcalıklı hüküm bulunmamaktadır. Ayrıca belirtilen suçları işlediği iddia edilen kişilerin soruşturmasında 2547 sayılı kanun hükümlerinin uygulanmayacağı yani soruşturmasının genel hükümlere göre yürütüleceği bahse konu kanun maddesinde açıkça belirtmiştir.

Aynı kanun maddesinde 2547 sayılı kanunda yer almamış hususlarda Memurin Muhakematı Hakkında Kanun hükümlerinin uygulanacağı hüküm altına alınmış olsa da söz konusu kanununun 4483 sayılı kanun ile yürürlükten kaldırılması ve kanunlarda Memurin Muhakematı Hakkında Kanuna yapılan atıfların 4483 sayılı Kanuna yapılmış sayılması nedeniyle 4483 sayılı Kanununun uygulanmayacağı hususlarda da 2547 sayılı kanun hükümleri uygulanmayacaktır. Dolayısıyla 4483 sayılı kanunun uygulanmadığı 5816 sayılı Atatürk Aleyhine İşlenen Suçlar Hakkında Kanunda geçen suçlar ile Türk Ceza Kanunu’nun 160. maddesinde istisna tutulan Cumhurbaşkanına fiilen saldırı, Türklüğe, Milletvekillerine, Anayasal Kuruluşlara ve kanunlara sövme fiilleri ve 1402 sayılı Sıkıyönetim Kanunu’nun 13, 14, ve 15. maddelerinde sözü edilen fiillerin işlenmesi halinde de soruşturma genel hükümlere göre doğrudan Cumhuriyet Başsavcılığınca gerçekleştirilecek ve 2547 sayılı kanun hükümleri uygulanmayacaktır.

4483 sayılı kanunda disiplin suçları, ağır cezayı gerektiren suçüstü hali, adli görevlerden doğan suçlar, işkence ve zor kullanma yetkisinde sınırı aşma suçları ile kamu görevlisi aleyhine suç uyduranlar hakkındaki soruşturmalar istisna olarak belirlenmiştir. Bunun dışında diğer kanunlarda düzenlenen istisnalar da mevcuttur. Bunlar Sıkıyönetim Kanunu,⁴⁴ İcra İflas Kanunu kapsamına giren suçlar, Atatürk Aleyhine İşlenen Suçlar, Seçim Suçları, Cumhuriyet Savcısı veya Mahkemece İstene Bilgiyi Vermeme Suçu, Çocuk Koruma Kanunundan Kaynaklanan Görevlerden Doğan Suçlar, Gerçeğe Aykırı Yeşil Kart Alınması, Düzenlenmesi veya Böyle Bir Karttan Yararlandırılması Suçları, Hakim ve Savcıları Usûlsüz Arama, Yakalama Ve Sorgulama Fiilleri, Hakim ve Savcıları Kötü Niyetle Şikayet Fiilleri, Müfettiş ve Muhakkikin İhbar Görevini Yapmaması, 3628 sayılı Mal Bildiriminde Bulunulması, Rüşvet ve Yolsuzlukla Mücadele Kanununda düzenlenen suçlar 2547 sayılı kanunun 53. maddesinin konu yönünden kapsamı dışında kalmaktadır. Bu suçların işlenmesi halinde Cumhuriyet Savcısınca doğrudan soruşturma yapılacaktır.⁴⁵

Danıştay 1. Dairesince “*Tedavi için hastaneye getirilen ...'ın re'sen takibi gerektiren şüpheli bir olay sonucunda öldüğünü Cumhuriyet Başsavcılığına bildirilmemek fiilini işlediği ileri sürülen sanık/sanıklar hakkında ... Üniversitesi Rektörlüklerince verilen men-i muhakeme kararları, sanığın/sanıkların eyleminin açıklanan hüküm uyarınca adli göreve ilişkin olduğu gerekçesiyle bozulmuş ve dosyanın genel hükümlere göre gereği yapılmak üzere ilgili Cumhuriyet Başsavcılığına gönderilmesine*”⁴⁶ karar verilmiştir.⁴⁷

⁴⁴ 1402 sayılı sıkıyönetim kanunu kapsamına giren suçlarla ilgili soruşturma doğrudan sıkıyönetim savcılarınca yapılmaktadır.

⁴⁵ GÖKCAN ve ARTUÇ, s.330; AKYILMAZ, Bahtiyar, SEZGİNER, Murat ve KAYA, Cemil, *Türk İdare Hukuku*, Seçkin Yayınları, 8. Bası, Ankara 2017, s.780-781; SALİHOĞLU, Enver ve DEMİRKOL, Selami, 4483 sayılı Kanun ile Memurlar ve Diğer Kamu Görevlilerinin Yargılanması Öncesi Aşamaya İlişkin Usul ve İşlemler, Beta Yayın, Haziran 2005, İstanbul, s.20-26.

⁴⁶ Danıştay 1. Dairesi, E.2004/687, K.2005/221, K.T. 24.02.2005, www.sinerjimevzuat.com.tr, E.T. 17.12.2017.

⁴⁷ Danıştay 1. Dairesi, E.2005/964, K.2005/1322, K.T. 10.11.2005, www.sinerjimevzuat.com.tr, E.T. 17.12.2017.

Danıştay 1. Dairesi'nin 2005 tarihli kararında⁴⁸ 2004 sayılı İcra ve İflas Kanununun 357. maddesinde yer alan, *“İcra dairesince kanuna göre yapılan tebliğ ve emirleri derhal yapmağa ve neticesini geciktirmeksizin icra dairesine bildirmeğe alakadarlar mecburdur. Makbul sebep haricinde tebliğ ve emirleri yapmayanlar hakkında ait olduğu dairece tahkikatı evvelîye ye hacet kalmaksızın Cumhuriyet Savcılığınca doğrudan doğruya takibat yapılır.”* hükmü gereği nafaka borcunun eksik ödenmesi veya bazı aylarda ödememesi için maaş mutemetlerine baskı yapmak ve nafaka borcunun icra yoluyla ödenmesinde maaş kesintisi yapmamak veya eksik kesinti yapmak suçlarını işledikleri gerekçesiyle haklarında soruşturma başlatılan öğretim üyesi ve maaş mutemetleri hakkında Cumhuriyet savcılığınca doğrudan kovuşturma yapılması gerektiği açıkça belirtilmiştir.

Mahkemesinin isteği üzerine düzenlenen ve katılanın beden ve ruh bakımından kendisini savunabilecek olduğunu belirten bilirkişi raporunu gerçeğe aykırı olarak düzenledikleri iddiasıyla haklarında soruşturma başlatılan şüpheli öğretim üyeleri hakkında Danıştay 1. Dairesi,⁴⁹ *“...5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanununun 161. maddesinin 5. fıkrasında, “Kanun tarafından kendilerine verilen veya kanun dairesinde kendilerinden istenen adliye ile ilgili görev ve işlerde kötüye kullanma veya ihmalleri görülen kolluk amir ve memurları hakkında Cumhuriyet savcılarınca doğrudan soruşturma yapılır.” hükmü gereği Üniversitesi Rektörlüğüince oluşturulan Kurulun vermiş olduğu men-i muhakeme kararının bozulmasına ve atılı suç nedeniyle ... Cumhuriyet savcılığınca doğrudan soruşturma yapılması için dosyanın karar ekli olarak ... Cumhuriyet Savcılığına gönderilmesine”* karar vermiştir.

⁴⁸ *“Tedavi için hastaneye getirilen ...'ın re'sen takibi gerektiren ...'ın şüpheli bir şekilde öldüğünü Cumhuriyet Başsavcılığına bildirmeyen şüphelilerin eyleminin, adli görev ilişkin olduğu anlaşıldığından, ... Üniversitesi Rektörlüğüince oluşturulan kurulun men-i muhakeme kararının bozulması, genel hükümlere göre gereği yapılmak üzere ... Cumhuriyet Başsavcılığına gönderilmesi için dosyanın ... Üniversitesi Rektörlüğüne iadesine”* ilişkin karar için Bkz. Danıştay 1. Dairesi, E.2005/1194, K.2005/1499, K.T. 14.12.2005, www.sinerjimevzuat.com.tr, E.T. 17.12.2017.

⁴⁹ Danıştay 1. Dairesi, E.2014/821, K.2014/809, K.T. 29.05.2014, (yayımlanmamış yargı kararı)

2. Soruşturma Açmaya Yetkili Merciler ve Soruşturma Usûlü

a. Soruşturma Açmaya Yetkili Merciler

2547 sayılı Yükseköğretim Kanunu'nun 53. maddesinin (a) fıkrasında;

- a- Yükseköğretim Kurulu Başkanı üst kuruluşlar, rektörler ve bağımsız vakıf meslek yüksekokulu müdürlerinin ve 53/Ç maddesinin birinci fıkrasının (e) bendinde yer alan fiillerle ilgili olarak öğretim elemanlarının,
- b- Rektör, üniversite
- c- Bağımsız vakıf meslek yüksekokulu müdürü, bağımsız vakıf meslek yüksekokulu
- d- Dekan, fakülte
- e- Enstitü müdürleri, enstitü
- f- Yüksekokul müdürleri, yüksekokul,
- g- Kadrosu bulunan uygulama araştırma merkezi ile bağımsız enstitü müdürleri, uygulama araştırma merkezi ile enstitünün
- h- Bu birimlerin genel sekreter veya sekreterleri de bağlı birim personelinin disiplin amiri olarak düzenlenmiştir.

Belirtilen disiplin amirlerinin uhdesinde çalışan bahsi geçen belirtilen personel hakkında ilk soruşturma açmaya yetkili oldukları aynı maddenin (c) fıkrasının (1) numaralı bendinde belirtilmiştir.

2547 sayılı kanunun 53. maddesinde inceleme/soruşturma açmaya yetkili merciler Yükseköğretim Kurulu Başkanı için, kendisinin katılmadığı, Milli Eğitim Bakan'ının Başkanlığındaki bir toplantıda, Yükseköğretim Kurulu Üyelerinden teşkil edilecek en üç kişilik kurul; diğerleri için Yükseköğretim Kurulu Başkanı veya diğer disiplin amirleri olarak belirlenmiştir.

İç denetim birimlerinde görevli iç denetçiler doğrudan Yükseköğretim Kuruluna bağlı olarak görev yapmakta ve Yükseköğretim Kurulu Başkanınca

atanmakta olduğundan Yükseköğretim Kurulunda çalışan iç denetçilerin disiplin amiri olarak Yükseköğretim Kurulu Başkanı ilk soruşturma açmaya yetkilidir.

Yükseköğretim üst kuruluşu olan Yükseköğretim Kurulunda Devlet Memurları Kanunu'na tâbi ve genel sekreterliğe bağlı olarak çeşitli unvanlarda çalışan kamu görevlilerinin disiplin amiri ise genel sekreterdir.

Yükseköğretim üst kuruluşlarından olan Üniversitelerarası Kurulun idari teşkilatında çalışan kamu görevlilerinin ilk soruşturması ise bu üst kuruluşun idari teşkilatının başı olan genel sekreter tarafından açılmaktadır.

Yükseköğretim Kurulu Başkanına doğrudan ilgili bir kuruluş olan Yükseköğretim Denetleme Kurulunda çalışan kamu görevlilerinin disiplin amiri ise Yükseköğretim Denetleme Kurulu Başkanı'nın disiplin amirleri ve atamaya yetkili amirler arasında sayılmamış olması nedeniyle, atamaya yetkili mercii olan Yükseköğretim Kurulu Başkanındır.

Yükseköğretim Kuruluna bağlı bir kuruluş olan Öğrenci Seçme Yerleştirme Merkezi Başkanlığı 6114 sayılı Ölçme, Seçme ve Yerleştirme Merkezi Başkanlığının Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun⁵⁰ ile ad değiştirerek Yükseköğretim Kurulunun ilgili kuruluşu haline gelmiştir. Yükseköğretim Kurulu Başkanlığına bağlı bir kuruluş olan Öğrenci Seçme Yerleştirme Merkezi Başkanlığı idari teşkilatında görev yapan personelin ise disiplin amiri Öğrenci Seçme Yerleştirme Merkezi Genel Sekreteri idi. Öğrenci Seçme Yerleştirme Merkezinde görev yapan İç deneticiler ise doğrudan üst yetkili olan Yükseköğretim Kurulu Başkanına bağlı olarak faaliyet göstermekte ve üst yetkili tarafından atanmakta olduğundan, bu personelin hakkında ilk soruşturma açma yetkisi Yükseköğretim Kurulu Başkanı'na aitti. 6114 sayılı kanun ile tüm personel Yükseköğretim Kurulu Başkanlığı'na devredilmiş olduğundan yükseköğretim kurulu personeline ilişkin soruşturma usûlüne tâbi tutulmaktadır.

657 sayılı kanuna tâbi olarak yükseköğretim kurumlarının merkez idari teşkilatı olan rektörlük genel sekreterliğine bağlı birimlerde çalışan personelin disiplin amiri genel sekreterdir. Rektörlüğe bağlı araştırma uygulama merkezi,

⁵⁰ R. G. 03.03.2011, S.27863.

koordinatörlük vb. birimlerin de kendine ait idari kadrosunun bulunmaması nedeniyle bu birimlerde çalışan personelinde disiplin amiri yine genel sekreterdir. Kadrosu bulunan uygulama araştırma merkezi ile bağımsız enstitülerin genel sekreter veya sekreterleri de bağlı birim personelinin disiplin amirleridir.

Rektörlüğe bağlı bulunan iç denetim birimlerinde görevli iç denetçiler⁵¹ ile yine doğrudan rektörlüğe bağlı bulunan döner sermaye işletmelerinde görevli personelin disiplin amiri ise rektör'dür.

Fakülte, enstitü, yüksekokul, meslek yüksekokullarının ise ayrı personel kadrosu bulunmaktadır. Bu nedenle fakülte, enstitü, yüksekokul ve meslek yüksekokulu sekreteri, biriminde çalışan personelin disiplin amiri olarak söz konusu personel hakkında ilk soruşturma açmaya yetkilidir.

Araştırma ve uygulama merkezi niteliği taşımakla birlikte, kendisine ait kadrosu bulunan araştırma ve uygulama hastanelerinin disiplin amiri ise başhekimdir.

Yükseköğretim kurumları, üst kuruluşları ile bağlı ve ilgili kuruluşlarında görev yapan personelin disiplin amirleri yani ilk soruşturma açmaya yetkili amirler yukarıda belirtilmiştir.

2547 sayılı Yükseköğretim Kanunu'nda açıkça sıralı disiplin amirlerinin soruşturma açmaya yetkili olduğu belirtilmemiş⁵² olsa da aynı kanunun 53.

⁵¹ İç denetçiler ile ilgili soruşturmalar yine yükseköğretim kanunu hükümlerine göre yürütülmektedir. Ancak bunlar hakkında yapılan soruşturmalar İç Denetim Koordinasyon Kuruluna bildirilmektedir.

⁵² 2547 sayılı Yükseköğretim Kanununun (b) fıkrasında yer alan "Öğretim elemanları, memur ve diğer personelin disiplin işlemleri, disiplin amirlerinin yetkileri, devlet memurlarına uygulanan usul ve esaslara göre Yükseköğretim Kurulunca düzenlenir." hükmüne istinaden Yükseköğretim Kurumları Yönetici, Öğretim Elemanı ve Memurları Disiplin Yönetmeliği (R.G. 21.08.1982, S. 17789) çıkartılmıştır. Ancak Anayasa Mahkemesi'nin 14/01/2015 gün ve E:2014/100, K:2015/6 sayılı kararı ile iptal edilmiş ve 07.01.2016 tarihinden itibaren yürürlükten kalkmıştır. Anayasa Mahkemesi Kararı ile iptal edilen mülga Yükseköğretim Kurumları Yönetici, Öğretim Elemanı ve Memurları Yönetmeliği'nin 17. maddesinde ilk soruşturma açmaya yetkili amirlerin bununla sınırlı olmadığı sıralı disiplin amirlerinin de soruşturma açmaya yetkili olduğu ifade edilmişti. Bahse konu yönetmelik maddesi gereğince, Yükseköğretim Kurulu Başkanı, üst kuruluşlar ile bütün yükseköğretim kurumlarının; Rektör, bütün üniversitenin; Dekan, bütün fakültenin; enstitü, yüksekokul, meslek yüksekokulu müdürleri ise bütün enstitü,

maddesinin (a) fıkrasında geçen “Yükseköğretim Kurulu Başkanı üst kuruluşlar, rektörler ve bağımsız vakıf meslek yüksekokulu müdürlerinin ve 53/Ç maddesinin birinci fıkrasının (e) bendinde yer alan fülllerle ilgili olarak öğretim elemanlarının; rektör, üniversitenin; bağımsız vakıf meslek yüksekokulu müdürü, bağımsız vakıf meslek yüksekokulunun; dekan, fakültenin; enstitü ve yüksekokul müdürleri, enstitü ve yüksekokulların; kadrosu bulunan uygulama araştırma merkezi ile bağımsız enstitü müdürleri, uygulama araştırma merkezi ile enstitünün; bu birimlerin genel sekreter veya sekreterleri de bağlı birim personelinin disiplin amirleridir.” hükmü gereği, sıralı disiplin amirlerinin de ilk soruşturma açmaya yetkili olduğu anlaşılmaktadır.

Tablo - 1	
Yükseköğretim Üst Kuruluşlarında ve Bağlı Kuruluşlarında Çalışan Kamu Görevlileri Hakkında	
Ön İnceleme/İlk Soruşturma Açmaya Yetkili Merciiiler	
<i>Hakkında Soruşturma Açılacak Kamu Görevlisi</i>	<i>Soruşturma Açmaya Yetkili Mercii</i>
Yükseköğretim Kurulu Başkanı	Mili Eğitim Bakanının başkanlığında toplanan Yükseköğretim Kurulu Üyelerinden teşkil edecek en az 3 kişilik kurulca
Yükseköğretim Kurulu Üyeleri	Yükseköğretim Kurulu Başkanı
Yükseköğretim Kurulu'nda görevli 2914 ve 657 sayılı kanunlara tâbi tüm personel	
Üniversitelerarası Kurul'da görevli 2914 ve 657 sayılı	

yüksekokul, meslek yüksekokulunun her kademesindeki personeli hakkında kendiliğinden soruşturma açmaya veya açtırmaya yetkili kılınmıştır.

kanunlara tâbi tüm personel	
Yükseköğretim Denetleme Kurulu Başkanı	Yükseköğretim Kurulu Başkanı
Yükseköğretim Denetleme Kurulu'nda görevli 2914 ve 657 sayılı kanunlara tâbi tüm görevli tüm personel	
Üniversitelerarası Kurul'da görevli tüm personel	Üniversitelerarası Kurul Başkanı
Yükseköğretim Kurulu'nda görevli 657 sayılı kanuna tâbi tüm personel (İç Denetçiler ve Döner sermaye İşletme Müdürlüğü çalışanları hariç)	Yükseköğretim Kurulu Genel Sekreteri
Üniversitelerarası Kurul'da görevli 657 sayılı kanuna tâbi tüm personel (İç Denetçiler ve Döner sermaye İşletme Müdürlüğü çalışanları hariç)	Üniversitelerarası Kurul Genel Sekreteri
Ölçme, Seçme ve Yerleştirme Merkezi Başkanı ⁵³	Yükseköğretim Genel Kurulu

⁵³ Ölçme ve Seçme Yerleştirme Merkezi Başkanı hakkında 4483 sayılı kanun hükümlerine göre Cumhuriyet Savcısınca soruşturma yürütülmektedir. Ancak Cumhuriyet Savcısı'nın soruşturmaya başlamak için Yükseköğretim Genel Kurulundan izin talep etmesi gerekmektedir.

2547 sayılı Yükseköğretim Kanunu'nun 53. maddesine göre yükseköğretim kurumları ve üst kuruluşları personeli hakkında ön inceleme/soruşturma emrini vermeye yetkili merciler tablo - 1 ve tablo - 2'de görüleceği üzere şüpheli memurun sıfatına göre farklı farklı düzenlenmiştir.

Tablo – 2	
Yükseköğretim Kurumlarında Çalışan Kamu Görevlileri Hakkında	
Ön İnceleme/İlk Soruşturma Açmaya Yetkili Merciler	
<i>Hakkında Soruşturma Açılacak Kamu Görevlisi</i>	<i>Soruşturma Açmaya Yetkili Mercii</i>
Rektör (Devlet ve vakıf yükseköğretim kurumu)	Yükseköğretim Kurulu Başkanı
Bağımsız Vakıf Meslek Yüksekokulu Müdürü	
2547 sayılı kanunun 53/Ç maddesinin 1. fıkrasının (e) bendinde yer alan fiillerle ilgili öğretim elemanları	
Üniversitede görevli 657 sayılı kanuna tâbi tüm personel	Rektör
Bağımsız vakıf meslek yüksekokulunda görevli tüm personel	Bağımsız Vakıf Meslek Yüksekokulu Müdürü
Fakültede görevli 2914 ve 657 sayılı kanunlara tâbi tüm personel	Dekan
Yüksekokul/Meslek Yüksekokulu/Enstitü'de görevli 2914 ve 657 sayılı kanunlara tâbi tüm personel	Yüksekokul/Meslek Yüksekokulu/Enstitü Müdürü

Kadrosu bulunan uygulama araştırma merkezi ile bağımsız enstitülerde görevli 2914 ve 657 sayılı kanunlara tâbi tüm personel	Uygulama araştırma merkezi/Enstitü Müdürü
Yükseköğretim Kurumunda görevli 657 sayılı kanuna tâbi tüm personel (İç Denetçiler ve Döner sermaye İşletme Müdürlüğü çalışanları hariç)	Üniversite Genel Sekreteri
Fakülte/Yüksekokul/Meslek Yüksekokulu/Enstitü'de görevli 657 sayılı kanuna tâbi tüm personel	Fakülte/Yüksekokul/Meslek Yüksekokulu/Enstitü Sekreteri
Kadrosu bulunan uygulama araştırma merkezi ile bağımsız enstitülerde görevli 657 sayılı kanuna tâbi tüm personel	Uygulama araştırma merkezi/Enstitü Sekreteri

4483 sayılı kanunun 3. maddesinin 3. fıkrasında “Yetkili mercilerin saptanmasında, memur veya kamu görevlisinin suç tarihindeki görevi esas alınır.” hükmü yer almaktadır. 2547 sayılı kanunda hüküm bulunmayan hususlarda 4483 sayılı kanun hükümlerince işlem yapılacağından soruşturma açmaya yetkili merciin belirlenmesinde memurun suç tarihindeki görevi esas alınmaktadır.⁵⁴

Ön inceleme/soruşturma açma yetkisi yukarıda belirtilen mercilerce kullanılmakta olup, bunun dışındaki merciler soruşturma açmaya yetkili değildirler.

2457 sayılı kanunun 53. maddesinde bölüm, anabilim, anasanat, bilim veya sanat dalı başkanlarının görev alanları ile ilgili disiplin amiri olduklarına ve disiplin

⁵⁴ GÖKCAN ve ARTUÇ, s.700.

soruşturması açabileceklerine ilişkin herhangi bir hüküm bulunmamaktadır.⁵⁵ Bu nedenle bölüm, anabilim, anasanat, bilim veya sanat dalı başkanlarının görev alanları ile ilgili soruşturma taleplerini en yakın disiplin amirine bildirmeleri gerekmektedir. Disiplin amirleri de bu talepleri geciktirmeden uygulamaya koymakla yükümlüdürler.⁵⁶

Ön inceleme/soruşturma açmaya yetkili disiplin amirlerinin yardımcılarının ise ön inceleme/soruşturma açma yetkileri bulunmadığı açıktır. Disiplin amirlerinin yardımcılarının soruşturma açma yetkilerinin bulunmadığına ilişkin yüksek mahkeme kararı⁵⁷ da mevcuttur.

4483 sayılı Memurlar ve Diğer Kamu Görevlilerinin Yargılanması Hakkında Kanunun "İzin Vermeye Yetkili Merciler" başlıklı 3. maddesinin birinci fıkrasında soruşturma izni vermeye yetkililer sayılmış ikinci fıkrasında ise yoklukları halinde ise yetkinin vekiller tarafından bizzat kullanılacağı hüküm altına alınmıştır. Ön inceleme/soruşturma açmaya yetkili mercie vekâleten bakanların ise soruşturma açma yetkilerinin bulunup bulunmadığına ilişkin 2547 sayılı kanunda herhangi bir hükme yer verilmemiş⁵⁸ olması nedeniyle 4483 sayılı kanun hükümleri gereği işlem

⁵⁵ Bu düzenleme, bölüm, anabilim, anasanat, bilim veya sanat dalı başkanlıklarının akademik teşkilatlanma yapısı itibarıyla fakülte veya yüksekokul bünyesinde yer almasından ve görevli öğretim elemanlarının ise fakülte/yüksekokul/meslek yüksekokulu/enstitü kadrosuna atanmalarından kaynaklanmaktadır.

⁵⁶ Mülga Yükseköğretim Kurumları Yönetici, Öğretim Elemanı ve Memurları Disiplin Yönetmeliği'nin 17. maddesinde Bölüm, anabilim, anasanat, bilim veya sanat dalı başkanlarının görev alanları ile ilgili disiplin soruşturma taleplerini en yakın disiplin amirine yapmaları gerektiği hüküm altına alınmıştır. Disiplin amirleri bu talebi gecikmeden uygulamaya koymakla yükümlü tutulmuştur.

⁵⁷ Danıştay 2. Dairesi, E.1986/1657, K.1988/1769, Bkz. PINAR, 4483 Sayılı Kanuna Göre Memurlar ve Diğer Kamu Görevlileri Hakkında Ceza Soruşturması, s.242.

⁵⁸ Her ne kadar gerek 2547 Sayılı Yükseköğretim Kanunu'nda gerekse mülga Yükseköğretim Kurumları Yönetici, Öğretim Elemanı ve Memurları Disiplin Yönetmeliğinde bu hususa ilişkin bir düzenlemeye yer verilmemiş olsa da Yükseköğretim Kurumları Yönetici, Öğretim Elemanı ve Memurları Disiplin Yönetmeliği'nin Uygulanmasında Dikkat Edilecek Hususlara İlişkin Yükseköğretim Kurulu Başkanlığı'nın Genelgesinde disiplin amirinin görevi başında bulunmadığı zamanlarda disiplin amirinin yerine vekâleten bakan kişinin soruşturma açabileceği; Soruşturma açmaya yetkili disiplin amirlerinin yardımcılarının ise yine soruşturma açma yetkilerinin bulunmadığı açıkça ifade edilmiştir.

yapılacak olup, vekiller bizzat ön inceleme/soruşturma açma yetkisine sahip kabul edilmektedir.

Vekâletle ilgili bir diğer husus ise bir göreve vekâlet eden kamu görevlileri için söz konusudur. 4483 sayılı kanunun “vekillerin durumu” başlıklı 14. maddesinde vekillerin, asillerin tabi olduğu usule tabi oldukları belirtildiğinden, vekâlet edilen kamu görevlisi hakkında ön inceleme/soruşturma açmaya yetkili mercii, vekâlet eden kamu görevlisi hakkında da öninceleme/soruşturma açmaya yetkilidir. Kısaca vekil, asilin soruşturma usûlüne tâbidir. Bu durum memurun suç tarihindeki görevinin esas alınmasından kaynaklanmaktadır.⁵⁹

Birden fazla görev yapan kamu görevlisi hakkında hangi görevden dolayı ön inceleme/soruşturma açılacak ise bu göreve dair usûle göre işlem yapılması gerekmektedir.⁶⁰ Ancak akademik kadroda görev yapan personelin idari bir görevde bulunması halinde idari kadrodaki disiplin amirince soruşturma başlatılamayacak akademik kadrodaki disiplin amirince soruşturma başlatılabilecektir.⁶¹ Yani Daire

⁵⁹ PINAR, 4483 Sayılı Kanuna Göre Memurlar ve Diğer Kamu Görevlileri Hakkında Ceza Soruşturması, s.157; DUMAN, Bahattin, Yükseköğretim Ceza ve Disiplin Soruşturması, Seçkin Yayınları, Ankara, 2006, s.75.

⁶⁰ Yükseköğretim Kurulu Üniversitelerarası Kurul Başkanlığının... tarih ve... sayılı yazısı ile doçentlik başvurusu nedeniyle şikayetçi için oluşturulan eser inceleme jürisinde asıl üye olarak görevlendiren ...'e isnat edilen suçların, bu jüri üyeliği görevi sırasında işlendiği ve anılan görevinden kaynaklandığı, bu nedenle şikayetçi tarafından adı geçene isnat edilen suçlarla ilgili olarak Yükseköğretim Kurulu Başkanlığınca ceza soruşturması yapılması ve Yükseköğretim Kurulu Başkanlığı tarafından oluşturulacak yetkili kurul tarafından men-i muhakemesi veya lüzum-u muhakemesi yolunda bir karar alınması gerekirken, şüphelinin... Üniversitesindeki öğretim üyeliği görevinden kaynaklanmayan ve bu görevi sırasında işlenmeyen atılı suçlar nedeniyle ... Üniversitesi Rektörlüğüince ceza soruşturması yaptırıldığı ve Rektörlükçe oluşturulan Kurul tarafından men-i muhakemesine karar verildiği açıklanan nedenlerle ... Rektörlüğüince oluşturulan Kurulun ... tarih ve ... sayılı men-i muhakeme kararının bozulmasına, isnat edilen suçlar nedeniyle ... hakkında Yükseköğretim Kurulu Başkanlığınca 2547 sayılı Kanunun 53. Maddesi gereğince ceza soruşturması yaptırılması ve Yükseköğretim Kurulu Başkanlığı tarafından oluşturulacak Kurul tarafından lüzum-u muhakemesi veya men-i muhakemesi yolunda bir karar alınmasına ilişkin Bkz. Danıştay 1. Dairesi, E.2016/373, K.2016/410, K.T. 30.03.2016, www.sinerjimevzuat.com.tr, E.T. 17.12.2017.

⁶¹ Yükseköğretim Kurulu Başkanlığı'nın Yükseköğretim Kurumları Yönetici, Öğretim Elemanı ve Memurları Disiplin Yönetmeliğinin Uygulanmasında Dikkat Edilecek Hususlar ile ilgili genelgesinde “Genel Sekreter ile birim sekreterleri maiyetindeki akademik unvanı bulunmayan ve diğer personel

Başkanlığını yürüten bir kişi aynı zamanda akademik personel ise bu daire başkanı hakkında genel sekreter soruşturma başlatamayacaktır.⁶²

b. Soruşturmacıya İlişkin Hususlar ve İlk Soruşturmanın Yürütülmesi

2547 sayılı Yükseköğretim Kanununun 53. maddesi (c) fıkrasının (1). bendi gereği, Yükseköğretim Kurulu Başkanı veya diğer disiplin amirleri soruşturmayı kendileri yürütebilecekleri gibi uygun sayıda soruşturmacı da görevlendirebilirler.⁶³

Soruşturma açmaya yetkili mercii ile ceza vermeye yetkili merciin aynı olması ya da soruşturma açmaya yetkili merciin son soruşturma kurulunda yer alması gibi nedenlerle kimi zaman soruşturmacı tayini zorunlu hale gelmektedir. Aksi takdirde soruşturma açmaya yetkili merciin objektif ve tarafsız olmadığı ileri sürülebilir. Soruşturmacının tarafsızlığı kadar soruşturma açan kişinin de tarafsız ve objektif olması gerekmektedir.

2547 sayılı kanununun 53. maddesinin (c) fıkrasında “*Öğretim elemanlarından soruşturmacı tayin edilmesi halinde, bunların, hakkında soruşturma yapılacak öğretim elemanının akademik unvanına veya daha üst akademik unvana sahip olmaları şarttır.*” denilerek görevlendirilecek soruşturmacı veya soruşturmacılarla ilgili bir ölçüt belirlenmiştir. Görevlendirilecek soruşturmacının, hakkında soruşturma yürütülecek öğretim elemanına, akademik unvan bakımından eşit ya da daha üst olması gerekmektedir. Dolayısıyla bir yardımcı doçent hakkında soruşturma yürütecek soruşturmacı ancak yardımcı doçent, doçent ya da profesör unvanına sahip olmalıdır. Benzer şekilde bir doçent hakkında ancak bir doçent veya bir profesör soruşturmacı olarak görevlendirilebilirken, bir profesör hakkında ancak bir profesör soruşturmacı olarak görev yapabilir. Bir öğretim görevlisi, yardımcı doçent,

hakkında soruşturma açabilir.” ifadesine yer vererek akademik bir personelin idari bir kadroda da çalışması halinde idari kadrodaki disiplin amirince soruşturma başlatılmayacağını açıklamıştı.

⁶² DUMAN, 75, 167.

⁶³ PINAR, 4483 Sayılı Kanuna Göre Memurlar ve Diğer Kamu Görevlileri Hakkında Ceza Soruşturması, s.434.

doçent veya profesör unvanına sahip bir öğretim üyesinin soruşturmasını yürütemez.⁶⁴

2547 sayılı kanununun 53. maddesinin (c) fıkrasında soruşturmacıya ilişkin başka bir kriter belirlenmemekle birlikte, 2547 sayılı Yükseköğretim Kanunu'nun 53. maddesine 02.12.2016 tarihli ve 6764 sayılı kanun ile ek "Disiplin soruşturması ve savunma hakkı" başlıklı 53/A maddesinin 1. fıkrasının (d) bendinde disiplin soruşturmaları ile ilgili "*Soruşturmacının görev ve unvanı, soruşturulanın görev ve unvanının üstünde veya onunla aynı düzeyde olmalıdır.*" hükmüne yer verilmiştir.⁶⁵ Disiplin soruşturmalarında görev ve unvan eşitliği dikkate alınmıyorsa ceza soruşturmalarında söz konusu kanun hükmününün evleviyet ile dikkate alınması gerektiği kanaatini taşımaktayız. Bu nedenle rektör yardımcısı, dekan vb. diğer yöneticiler hakkında yürütülecek soruşturmalarda soruşturma açmaya yetkili olan rektörün bizzat soruşturmayı kendisinin yürütmemesi halinde tayin edeceği soruşturmacının, soruşturulanın görev unvanına eşit veya üstün olmasına da dikkat edilmesi uygun olacaktır. Dolayısıyla bir rektör yardımcısı veya dekanın (ceza) soruşturmasını bir rektör yardımcısı veya dekan yapmaktadır.

4483 sayılı kanununun "Ön inceleme" başlıklı 5. maddesi'nin 3. fıkrasında "*Ön inceleme, izin vermeye yetkili merci tarafından bizzat yapılabileceği gibi, görevlendireceği bir veya birkaç denetim elemanı veya hakkında inceleme yapılanın üstü konumundaki memur ve kamu görevlilerinden biri veya birkaçı eliyle de yaptırılabilir. İnceleme yapacakların, izin vermeye yetkili merciin bulunduğu kamu kurum veya kuruluşunun içerisinde belirlenmesi esastır. İşin özelliğine göre bu merci, anılan incelemenin başka bir kurum veya kuruluşunun elemanlarıyla yaptırılmasını da ilgili kuruluştan isteyebilir. Bu isteğin yerine getirilmesi, ilgili kuruluşun takdirine bağlıdır.*" şeklinde benzer bir düzenlemenin olduğu görülmektedir. Dolayısıyla

⁶⁴ GÖKCAN – ARTUÇ, s.701.

⁶⁵ Mülga Yükseköğretim Kurumları Yönetici, Öğretim Elemanı ve Memurları Disiplin Yönetmeliği'nin 17. maddesinde "*Öğretim elemanlarından soruşturmacı tayin edilmesi halinde, bunların sanığın akademik unvanına veya daha üst akademik unvana sahip olmaları şarttır. Yöneticiler hakkındaki soruşturmalarda ünvan eşitliği veya üstlüğü aranır.*" hükmü yer almaktaydı.

hakkında soruşturma yapılanın akademik personel değil de idari personel olması halinde de soruşturmacının görev ve unvan denkliği ya da üstünlüğü aranmaktadır.

4483 sayılı kanunda ön incelemecinin kurum içinden olacağı açıkça düzenlenmiş olmasına rağmen 2547 sayılı kanunun 53. maddesinin (c) bendinde buna ilişkin açık bir hüküm bulunmamakla birlikte akademik unvan eşitliği ve üstünlüğü şartını koyarak ilk soruşturmanın kurum içinden yapılacağını kabul etmiştir. Kamu tüzel kişiliği ve hiyerarşi ilkesi gereği bir başka yükseköğretim kurumu personelinden soruşturmacı görevlendirilmesi mümkün değildir.

Ayrıca 2547 sayılı kanunun ek 53/A maddesinin 1. fıkrasının (c) bendinde *“Disiplin amiri soruşturmayı kendisi yapabileceği gibi soruşturmayı yapmak üzere birim içerisinden soruşturmacı veya komisyon görevlendirebilir. Ancak zorunlu hallerde rektörlük aracılığıyla diğer birimlerden soruşturmacı talep edilebilir”* hükmüne yer verilerek kurum içinde yürütülen disiplin soruşturmalarda dahi öncelikle ilgili birimden soruşturmacı tayin edilmesi, zorunlu hallerde yükseköğretim kurumunun diğer birimlerinden görevlendirme yapılması yolu öngörülmüştür. Söz konusu düzenleme de soruşturmacıların kurum içinden yapılması gerektiğini açıkça göstermektedir.

Ancak işin özelliğine göre, ilk soruşturmanın başka bir kuruma yaptırılıp yaptırılmayacağına ilişkin bir hükme de yer verilmemiştir.⁶⁶ 10.12.2003 tarihli 5018

⁶⁶ Bu bakımdan 4483 sayılı kanun hükümlerine göre işlem yapılması gerekmektedir. Danıştay 1. Dairesinin *“... Üniversitesi Fen-Edebiyat Fakültesi Arkeoloji Bölümünü Öğretim Üyesi olan şüphelinin arkeoloji alanındaki bilimsel yeterliliği nedeniyle, kazı heyeti başkanı olarak 2863 sayılı Yasa'nın 35. maddesi uyarınca, Kültür ve Turizm Bakanlığınca görevlendirildiği, 2547 sayılı Kanun'un anılan maddesinde yer alan öğretim elemanı olması sıfatından doğan ve üniversitedeki görevi dolayısıyla ya da görevini yaptığı sırada işlenen suçlardan olmadığı, bu itibarla, şüphelinin başkanlığını yaptığı kazı heyetinde, şüphelinin yanında bakanlık temsilcilerinin de görev yaptığı dikkate alındığında; şikayete konu eyleme iştirak edenlerin isim ve görev yeri itibarıyla belirlenerek, ilgililerin tümü hakkında Kültür ve Turizm Bakanlığınca 4483 sayılı yasa kapsamında ön inceleme yaptırılarak karar verilmesi gerektiğinden, ... Üniversitesi Rektörlüğüne oluşturulan Yetkili Kurulun 21.1.2008 günlü men-i muhakeme kararının bozulması”na ilişkin kararından da bu durum açıkça anlaşılmaktadır. Bkz. Danıştay 1. Dairesi, E.2008/311, K.2008/670, K.T. 06.06.2008, <https://www.sinerjimevzuat.com.tr/>, E.T.17.12.2017.*

Aynı yüksek mahkemenin 2014 tarihli kararında *“Soruşturmada projelerin ... Üniversitesi tarafından mı, yoksa Bakanlık tarafından mı yürütüldüğünün açıklığa kavuşturulması, projeler için Üniversite tarafından SDÜHFD CİLT: 7, SAYI 2, YIL 2017*

sayılı Kamu Mali Yönetimi Kanun'u⁶⁷ öncesinde kadroları yükseköğretim kurumları ile üst kuruluşlarında bulunmakla birlikte Maliye Bakanlığı'nca atanan döner sermaye saymanı, fon saymanı, bütçe dairesi başkan ve başkan yardımcıları ile memur düzeyindeki veznedar vb. Maliye Bakanlığı görevlileri bulunmakta idi. Bu şekilde görev yapan personelin hangi yasaya tâbi olarak soruşturmasının yürütüleceği ise tereddüt yaratmaktaydı. Nitekim bu tereddütün giderilmesi için istenen görüş üzerine Danıştay 1. Dairesince, “kadroları yükseköğretim kurumlarında olup da atamaları Maliye Bakanlığınca yapılan döner sermaye saymanı, fon saymanı ile bütçe dairesi başkanı, başkan yardımcıları ve memur düzeyindeki Maliye Bakanlığı elemanlarının disiplin ve sicil amiri Maliye Bakanlığı olduğundan, yükseköğretim kurumlarının bütçeleri ile bu kurumlarca kurulacak araştırma fonu ve döner sermaye işletmelerinin mali denetimini yapma görev ve yetkisi bulunan Maliye Bakanlığı müfettişlerinin, 178 sayılı K.H.K'nin 20. maddesiyle belirlenen şekilde bu personel üzerinde de denetim ve soruşturma yapmaya yetkili olduğuna” karar verilmiştir.⁶⁸ 5018 sayılı kanun ile bütçe dairesi başkanı, başkan yardımcıları gibi personel artık yükseköğretim kurumlarında çalışmamaktadır. Ancak döner sermaye saymanı, sayman yardımcısı, şef gibi döner sermaye işletmelerinde görevli personelin devir işlemleri henüz tamamlanmamış olup halen yükseköğretim kurumlarında çalışmaya devam etmektedirler. Bu personelin soruşturmaları yine Maliye Bakanlığı müfettişlerince veya Defterdarlıklarca gerçekleştirilmektedir.

görevlendirme ve harcamalar yapıldı ise, konunun Rektörlükçe soruşturulması, aksi halde, kazı heyeti başkanlığı sıfatlarından doğan atılı suçlar nedeniyle şüpheliler hakkında Kültür ve Turizm Bakanlığınca 4483 sayılı kanun kapsamında ön inceleme yaptırılarak karar verilmesi gerektiğinden, ... Üniversitesi Rektörlüğünce oluşturulan Yetkili Kurulun men-i muhakeme kararının bozulmasına, belirtilen hususlar aydınlığa kavuşturularak ilgili projeler Üniversite tarafından yürütülmüş, proje harcamaları Üniversite kaynaklarından yapılmış ise şüpheliler hakkında ceza soruşturması yapılması, adı geçenler bu projelerde Bakanlıkça görevlendirilmiş iseler isnat edilen eylemlerle ilgili olarak Kültür ve Turizm Bakanlığınca ön inceleme yaptırılması ve sonucunda yetkili mercü tarafından bir karar verilmesi”, gerektiği belirtilmiştir. Bkz. Danıştay 1. Dairesi, E.2014/2037, K.2014/1929, K.T. 18.12.2014, <https://www.sinerjimevzuat.com.tr/>, E.T.17.12.2017.

⁶⁷ R.G. 24.12.2013, S.25326.

⁶⁸ Danıştay 1. Dairesi, E.1997/77, K.1997/131, K.T. 21.10.1997, <https://www.sinerjimevzuat.com.tr/>, E.T.17.12.2017.

Atanmaları Maliye Bakanlığı'nca yapılan ancak kadroları diğer kurumlarda olan saymanların disiplin amirlerince görevden uzaklaştırmaları, Memurin Muhakematı Hakkında Kanunu Muvakkat ve 3628 sayılı kanun uyarınca soruşturma açma yetkisinin Maliye Bakanlığı'na ait olduğu kabul edilmektedir.⁶⁹

2547 sayılı kanunun 38. maddesi gereğince başka kurum ve kuruluşlarda görevlendiren personelin soruşturması da yine bahse konu kanun hükümleri doğrultusunda yapılacaktır. Ancak başka kuruma görevlendirilen personel bir idari göreve müşterek kararname ile atanmış ise soruşturma açma yetkisinin atandığı yere ait olduğu, soruşturmasının atandığı kurumun tâbi olduğu mevzuatlara göre yürütüleceği ve müşterek kararname ile atanmış olması nedeniyle kamu görevlisi hakkında Danıştay 1. Dairesi tarafından karar verileceği⁷⁰ karara bağlanmıştır.

2547 sayılı kanunun disiplin ve ceza işlerini düzenleyen 53. maddesinin (c) fıkrasında konuya ilişkin herhangi bir düzenleme yer almaz iken aynı kanunun 53/A maddesinin 1. fıkrasının (f) bendinde *“Soruşturulanın disiplin cezası verilmesini gerektiren fîli işlediği ve disiplin soruşturmasının başlatıldığı tarihteki görev veya unvanının farklı olması hâlinde disiplin soruşturması, üst görev veya unvanı esas alınarak yürütülür. Disiplin amirinin belirlenmesi ve uygulanacak diğer disiplin hükümleri, görev yapılan kurumun tâbi olduğu mevzuata göre belirlenir”* hükmü düzenleme altına alınmıştır. Söz konusu düzenleme yukarıda belirtilen yargı kararını destekler mahiyettedir.

Soruşturmacı seçilecek kişinin tamamen tarafsız ve objektif olması önemlidir. Soruşturma yapmak üzere görevlendirilecek kişinin konu ve olayla ilgisi bulunmaması, suç konusu eylemden zarar görmemiş, sanığın veya olayın mağdurları ile akrabalık ilişkisi bulunmaması gerekmektedir. Soruşturmacının hakkında inceleme, soruşturma yapılan memur veya kamu görevlisi ile halef-selef ilişkisi

⁶⁹ Danıştay 1. Dairesi, E.1996/18, K.1996/124, K.T. 07.06.1996, <https://www.sinerjimevzuat.com.tr/>, E.T.17.12.2017.

⁷⁰ Danıştay 2. Dairesi, E.2000/2103, K.2002/3569, K.T. 23.10.2002, <https://www.sinerjimevzuat.com.tr/>, E.T.17.12.2017.

olmamalı, daha önce soruşturduğu kişinin maiyetinde görev yapmamalıdır.⁷¹

Hâkimin davaya bakmaktan yasaklılığı ve reddi halleri yargılama kanunlarında düzenleme⁷² altına alınmıştır. Yasaklılık ve ret sebeplerinin kıyasen soruşturma açmaya yetkili mercilerde ve ceza soruşturmalarını yürütecek soruşturmacılarda da uygulanması gerekmektedir.

Soruşturmacının tarafsızlığı kadar soruşturma açan kişinin de tarafsız ve objektif olması gerektiğine ilişkin Danıştay Kararında⁷³ “...inceleme ve soruşturma yapmak üzere görevlendirileceklerin inceleme ve soruşturmaya konu olayla ilgisi bulunmayan, suç konusu eylemden zarar görmemiş, sanığın veya olayın mağduru durumunda olan kişilerle akrabalık bağı bulunmayan, hakkında inceleme veya soruşturma yapılan memur veya kamu görevlisi ile halef-selef ilişkisi olmayan, maiyetinde görev yapmamış ve tamamen tarafsız kişilerden olması gerekir. Bu hususların inceleme ve soruşturma ile verilecek kararın etkilerden uzak ve objektif

⁷¹ GÖKCAN ve ARTUÇ, s.701.

⁷² Hâkimin davaya bakamayacağı hâller 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanununun 22. maddesinde Hâkimin; a) Suçtan kendisi zarar görmüşse, b) Sonradan kalksa bile şüpheli, sanık veya mağdur ile aralarında evlilik, vesayet veya kayımlık ilişkisi bulunmuşsa, c) Şüpheli, sanık veya mağdurun kan veya kayın hısımlığından üstsoy veya altsoyundan biri ise, d) Şüpheli, sanık veya mağdur ile aralarında evlât edinme bağlantısı varsa, e) Şüpheli, sanık veya mağdur ile aralarında üçüncü derece dahil kan hısımlığı varsa, f) Evlilik sona ermiş olsa bile, şüpheli, sanık veya mağdur ile aralarında ikinci derece dahil kayın hısımlığı varsa, g) Aynı davada Cumhuriyet savcılığı, adli kolluk görevi, şüpheli veya sanık müdafiliği veya mağdur vekilliği yapmışsa, h) Aynı davada tanık veya bilirkişi sıfatıyla dinlenmişse, davaya bakamayacağı, hâkimlik görevini yapamayacağı düzenleme altına alınmıştır. Aynı kanunun 24. maddesinde ise Hâkimin davaya bakamayacağı hâllerde reddi istenebileceği gibi, tarafsızlığını şüpheye düşürecek diğer sebeplerden dolayı da reddi istenebileceği belirtilmiştir.

6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 34. maddesinde yasaklılık sebepleri, 36. maddesinde ise ret sebepleri sayılmıştır. Ret sebeplerini düzenleyen 36. maddede özellikle aşağıdaki hâllerde, hâkimin reddi sebebinin varlığı kabul edileceği hüküm altına alınmıştır. Bunlar; a) Davada, iki taraftan birine ögüt vermiş ya da yol göstermiş olması. b) Davada, iki taraftan birine veya üçüncü kişiye kanunen gerekmediği hâlde görüşünü açıklamış olması. c) Davada, tanık veya bilirkişi olarak dinlenmiş veya hâkim ya da hakem sıfatıyla hareket etmiş olması. ç) Davanın, dördüncü derece de dâhil yansoy hısımlarına ait olması. d) Dava esnasında, iki taraftan birisi ile davası veya aralarında bir düşmanlık bulunması şeklindedir.

⁷³ Danıştay 2. Dairesi, E.2003/910, K.2003/2067, K.T.21.10.2003, <https://www.sinerjimevzuat.com.tr/>, E.T.17.12.2017.

yapılması için bu işlemleri yapacak kişilerde olduğu gibi soruşturma emri verecek kişilerde de bulunması zorunludur. Soruşturma konusu olayda ise ...'ya estetik operasyon yaptıranlar arasında Rektör ...'in eşinin bulunduğu dikkate alındığında söz konusu soruşturmanın objektif ve etkilerden uzak yapılmadığı sonucuna ulaşılmıştır” ifadesine yer verilmiştir.

2547 sayılı kanunun ceza soruşturmalarını düzenleyen 53. maddesinin (c) fıkrasında öninceleme/soruşturmacıların yetkilerine ilişkin herhangi bir düzenleme yer almaz iken disiplin soruşturmalarına ilişkin 53/A maddesinin 1. fıkrasının (g) bendinde *“Soruşturmacı, disiplin soruşturmasıyla ilgili bilgi ve belgeleri toplama, ifade alma, tanık dinleme, bilirkişiye başvurma, keşif yapma, inceleme yapma ve ilgili makamlarla yazışma yetkisini haizdir”* hükmü yer almaktadır. Disiplin soruşturmasını yürüten soruşturmacıların yetkilerini belirten bu düzenlemenin kıyasen ceza soruşturmalarında da geçerli olduğu kabul edilmektedir.

2547 sayılı kanunun 53. maddesinin (c) fıkrasının son paragrafında bu kanunda hüküm bulunmayan hususlarda Memurun Muhakematı Hakkında Kanun hükümleri uygulanacağı ifade edilmek suretiyle atıfta bulunulmuştur. Bahse konu kanunun 4483 sayılı Kanunun yürürlüğe girmesi ile mülga olması ve Memurun Muhakematı Hakkında Kanuna yapılan atıfların 4483 sayılı kanuna yapılmış sayılması nedeniyle 2547 sayılı Kanunda hüküm bulunmayan hususlarda 4483 sayılı kanun hükümleri uygulanacaktır. Burada da hüküm bulunmaması halinde 1412 sayılı Ceza Muhakemeleri Usûl Kanunu’nu yürürlükten kaldıran 5271 sayılı Ceza Muhakemeleri Kanunu’nda öngörülen usûllere göre işlem yapılacaktır.

Buna göre 4483 sayılı kanunun 6. maddesinde ön soruşturmacının bakanlık müfettişleri ile kendilerini görevlendiren merciin bütün yetkilerine haiz oldukları hüküm altına alınmıştır. Bu kanunda hüküm bulunmayan hususlarda ise 5271 sayılı Ceza Muhakemeleri Kanunu hükümleri uygulanacaktır. Yani ön inceleme yapacak görevli veya soruşturmacı delil toplayacak, savunma alabilecek, tanık dinleyebilecek, görevden uzaklaştırma kararı verebilecek⁷⁴ ya da verilmesi talep edebilecek, bilirkişi

⁷⁴ Bir kimsenin muhakkik olarak soruşturma ya da ön inceleme yapmak üzere görevlendirilmesi halinde hakkında inceleme soruşturma yaptıkları kişiyi görevden uzaklaştırma yetkileri bulunmamaktadır. SDÜHFD CİLT: 7, SAYI 2, YIL 2017

görevlendirebilecek, keşif yapabilecek veya yaptırabilecek, suç belge ve aletlerine el koyabilecektir. Ancak zorla getirtmeye, arama yapılmaya, muayene ve otopsi yapılmasına ilk soruşturmacı yani ön soruşturmacının yetkisi bulunmadığından kolluk ya da adli göreve ilişkin bu hususların hâkim ya da Cumhuriyet Başsavcılığı aracılığı ile yapılması gerekmektedir.⁷⁵

Yükseköğretim Denetleme Kurulu Teşkilat, Görev ve Çalışma Usûlleri Yönetmeliği'nin ön inceleme ve soruşturma sırasında “yetki” başlığını taşıyan 24. maddesinde soruşturmacıların, sorgu hakimi yetkisine haiz oldukları ve 2547 sayılı kanunun 53. maddesi gereğince Memurun Muhakematı Hakkındaki Kanun ile Ceza Muhakemeleri Usûlü Kanun'u hükümleri ve kendilerine verilen soruşturma onayına bağlı olarak işlem yapacakları ifade edilmiştir. 1609 sayılı kanun kapsamındaki suçların soruşturulmasında soruşturmacıların yetkileri, aynı yönetmelik maddesinde adı geçen kanun hükümleri ile sınırlı tutulmuştur. 3628 sayılı Mal Bildiriminde Bulunulması, Rüşvet ve Yolsuzluklarla Mücadele Kanunu ile 1609 sayılı kanun yürürlükten kaldırılmıştır. Dolayısıyla 3628 sayılı kanunda yer alan suçların soruşturulmasında, soruşturmacının yetkisi söz konusu kanun ile sınırlıdır.

İnceleme ve soruşturma sırasında Yükseköğretim Denetleme Kurulu Teşkilat, Görev ve Çalışma Usûlleri Yönetmeliği 24. maddesi hükümleri gereği soruşturmacılar, gerekli gördükleri her türlü defter, kâğıt, belge ve bilgileri ve diğer her türlü yardımları ilgili kuruluştan isteyebilir, görebilir ve bunların örneklerini, herhangi bir yolsuzluğun somut delillerini oluşturanların ise asıllarını alabilirler. Bunun dışında birimlerin kasa, ambar, depolarını ve demirbaşlarını saymak, incelemek, gerekirse mühür altına almakla da yetkilidirler.

Soruşturmacının görev ve yetkilerinin neler olduğu Danıştay İdari Dava Dairesi'nin “*Soruşturma emri verilerek görevlendirilen soruşturmacının, fezleke hazırlama aşamasında sanığın savunması ile tanıkların ifadesini alması, suçlarla ilgili lehte ve*

Görevden uzaklaştırma yetkisi sadece Yükseköğretim Denetleme Kurulu üyelerinden bir kişinin muhakik olması halinde belirtilen durumlarda vardır.

⁷⁵ SALİHOĞLU ve DEMİRKOL, s.53-64; GÖKCAN ve ARTUÇ, s.783-785.

aleyhte tüm delilleri toplaması, gerekirse bilirkişi incelemesi, kriminolojik ve benzeri incelemeleri yaptırması ve buna ilişkin belgeleri sırasıyla fezlekeye eklemesi, tüm bilgi ve belgeleri değerlendirmesi ve sonuçta şüpheli ya da şüphelilerin lüzum-u muhakeme veya men-i muhakemeleri yönünde kanaatini belirterek düzenleyeceği fezlekeyi soruşturma emri veren makama teslim etmesi gerekmektedir” şeklindeki kararından⁷⁶ da anlaşılmaktadır.

2547 sayılı kanununun 53/B maddesinin 1. fıkrasında *“...Görevden uzaklaştırma tedbiri disiplin veya ceza soruşturmasının herhangi bir safhasında üç ay süreyle alınabilir. Soruşturmayı yürütenler görevden uzaklaştırmayı⁷⁷ teklif edebilirler. Bu sürenin bitiminde tedbir kararının alınmasına ilişkin sebeplerin devam etmesi halinde tedbir her defasında üç ay uzatılabilir.”* hükmü düzenleme altına alınmıştır. Aynı kanun maddesinin 2. fıkrasında görevden uzaklaştırmaya, yükseköğretim üst kuruluş başkanları ile devlet yükseköğretim kurumlarında atamaya yetkili amirlerin, vakıf yükseköğretim kurumlarında ise rektörlerin ve bağımsız vakıf meslek yüksekokullarında müdürlerin yetkili olduğu belirtilmiştir.

Tablo – 3

Yükseköğretim Üst Kuruluşlarında ve Bağlı ve İlgili Kuruluşlarında

Çalışan Kamu Görevlileri Hakkında

Görevden Uzaklaştırma Kararı Vermeye/ Uzaklaştırma Kararını Kaldırmaya Yetkili Merciler

⁷⁶ Danıştay 1. Dairesi, E.2005/1113, K.2005/1461, KT. 08.12.2005, www.sinerjimevzuat.com.tr, E.T. 17.12.2017.

⁷⁷ Aynı kanun maddesinde *Görevden uzaklaştırma*, “Devlet veya vakıf yükseköğretim kurumlarında yürütülen kamu hizmetinin gerektirdiği hallerde, görevi başında kalmasında sakınca görülen üst kuruluşlar ile yükseköğretim kurumu yöneticileri, öğretim elemanları, memurlar ve diğer personel hakkında alınan ihtiyati bir tedbirdir.” şeklinde tanımlanmıştır.

<i>Hakkında Uzaklaştırma Kararı Verilen Kamu Görevlisi</i>	<i>Uzaklaştırma Kararı Vermeye ve Uzaklaştırma Kararını Kaldırmaya Yetkili Mercii⁷⁸</i>
Yükseköğretim Kurulu Üyeleri	Yükseköğretim Kurulu Başkanı
Yükseköğretim Kurulu Genel Sekreteri	
Yükseköğretim Kurulu'nda görevli 2914 ve 657 sayılı kanunlara tâbi tüm personel	
Yükseköğretim Denetleme Kurulu Başkanı	
Yükseköğretim Denetleme Kurulu Üyeleri	
Yükseköğretim Denetleme Kurulu'nda görevli 2914 ve 657 sayılı kanunlara tâbi tüm personel	
Üniversitelerarası Kurul Başkanı	Yükseköğretim Genel Kurulu (Yükseköğretim Kurulu Başkanı'nın teklifi üzerine)
Üniversitelerarası Kurul'da görevli 2914 ve 657 sayılı kanunlara tâbi tüm personel	Üniversitelerarası Kurul Başkanı
Ölçme, Seçme ve Yerleştirme Merkezi Başkanı	Ölçme, Seçme ve Yerleştirme Merkezi Yürütme Kurulu
Ölçme, Seçme ve Yerleştirme Merkezi Başkan Yardımcıları	
Ölçme, Seçme ve Yerleştirme Merkezi'nde görevli 657 sayılı kanuna tâbi tüm personel	Ölçme, Seçme ve Yerleştirme Merkezi Başkanı

⁷⁸ Soruşturma sonunda kamu görevinden çıkarma cezası önerilmesi halinin hariç tutulduğu göz ardı edilmemelidir.

Rektörlerin, bağımsız vakıf meslek yüksekokulu müdürlerinin ve dekanların görevden uzaklaştırılması kararının⁷⁹ disiplin amirinin yani Yükseköğretim Kurulu Başkanı'nın teklifi üzerine Yükseköğretim Genel Kurulu tarafından verileceği ve görevden uzaklaştırma kararlarının atamaya yetkili amirlere bildirileceği de yine aynı kanun maddesinin 3. fıkrasında açıklanmıştır.

Tablo – 4 Yükseköğretim Kurumlarında Çalışan Kamu Görevlileri Hakkında Görevden Uzaklaştırma Kararı Vermeye/ Uzaklaştırma Kararını Kaldırmaya Yetkili Merciler	
<i>Hakkında Uzaklaştırma Kararı Verilen Kamu Görevlisi</i>	<i>Uzaklaştırma Kararı Vermeye ve Uzaklaştırma Kararını Kaldırmaya Yetkili Mercii⁸</i>
Rektör (Devlet ve Vakıf Yükseköğretim Kurumu)	Yükseköğretim Genel Kurulu (disiplin amiri olan Yükseköğretim Kurulu Başkanı'nın teklifi üzerine)
Bağımsız Vakıf Meslek Yüksekokulu Müdürü	
Dekan (Devlet ve Vakıf Yükseköğretim Kurumu)	

⁷⁹ Aynı kanun maddesinin 8. fıkrasında “Soruşturma sonunda kamu görevinden çıkarma cezası önerilmesi hali dışında görevden uzaklaştırma tedbiri, bu tedbiri alan yetkililerce derhal kaldırılır” hükmüne yer verilerek usulde paralellik ilkesi uygulanmıştır.

2914 sayılı kanuna tâbi tüm personel ⁸⁰ (Dekan hariç) ⁸¹	
Rektörlükte görevli 657 sayılı kanuna tâbi tüm personel (yardımcı hizmetler sınıfı dahil)	Rektör (Devlet yükseköğretim kurumlarında)
Fakülte/Enstitü/Yüksekokul/Meslek Yüksekokulunda görevli 657 sayılı kanuna tâbi tüm personel (yardımcı hizmetler sınıfı hariç)	
Fakülte/Yüksekokul/Meslek Yüksekokulu/Enstitü'de görevli 657 sayılı kanuna tâbi yardımcı hizmetler sınıfındaki tüm personel	Dekan/Yüksekokul Müdürü/Meslek Yüksekokulu Müdürü/Enstitü Müdürü (Devlet yükseköğretim kurumlarında)
Kadrosu bulunan Uygulama Araştırma Merkezi/ Bağımsız Enstitü'de görevli 657 sayılı kanuna tâbi yardımcı hizmetler sınıfındaki tüm personel	Uygulama Araştırma Merkezi Müdürü/Enstitü Müdürü
2914 ve 657 sayılı kanunlara tâbi tüm personel (Dekan hariç) ⁸² (yardımcı hizmetler sınıfı dahil)	Rektör (Vakıf yükseköğretim kurumlarında)

⁸⁰ Profesörler 2547 sayılı kanun hükümlerine göre (md.13) Rektör tarafından atanmakta olup, aynı kanunun 53/B maddesine göre haklarında yürütülen soruşturmalarda Rektör tarafından görevden uzaklaştırma kararı verilmektedir. Ancak Yükseköğretim Denetleme Kurulu Teşkilât ve Çalışma Usulleri Yönetmeliği'nin 25. maddesi gereğince soruşturmacıların profesörleri Yükseköğretim Başkanlığına bildirerek işten el çekirme onayı almaları gerektiğini belirtmiştir.

⁸¹ Dekan ataması Yükseköğretim Kurulunca yapıldığından, Dekanın görevden uzaklaştırma işlemi disiplin amiri olan Yükseköğretim Kurulu Başkanı'nın teklifi üzerine Yükseköğretim Genel Kurulunca yapıldığı gözden kaçırılmamalıdır.

2914 ve 657 sayılı kanunlara tâbi tüm personel (yardımcı hizmetler sınıfı dahil)	Bağımsız Vakıf Meslek Yüksekokulu Müdürü
---	---

Yükseköğretim Denetleme Kurulu Teşkilât ve Çalışma Usûlleri Yönetmeliği'nin 25. maddesi gereği soruşturmacılar, inceleme ve soruşturmaları sırasında hakkında soruşturma yürüttükleri kişilerin işten el çektirilmesine yani görevden uzaklaştırılmasına karar verme yetkisine kısmen⁸² haizdirler. Görevlinin görevi başında kalması sakıncalı görülenler ile soruşturmayı güçleştireceği yönünde kanaat uyandıranlar hakkında ise soruşturmacı işten el çektirmeye karar veremeyecek, işten el çektirilmelerini yetkili merciden⁸³ talep edecektir.

Görevinden uzaklaştırılanlar hakkında görevden uzaklaştırmayı izleyen 10 (on) işgünü içinde soruşturmacılar soruşturmaya başlanmak zorundadırlar.

2547 sayılı Yükseköğretim Kanunu'nda soruşturmanın hangi sürede bitirileceğine ilişkin bir hüküm yer almamaktadır. 2547 sayılı kanunun, Memurun Muhakematı Hakkında Kanuna yapmış olduğu atıfların 4483 sayılı kanuna yapılmış sayılması nedeniyle Yükseköğretim Kanunu'nun disiplin ve ceza işlerini düzenleyen maddesinde hüküm bulunmayan hususlarda yine 4483 sayılı kanun 7. maddesinde göre soruşturmanın suçun öğrenilmesinden itibaren (ön inceleme dahil) 30 (otuz)

⁸² Yükseköğretim Denetleme Kurulu Teşkilât ve Çalışma Usulleri Yönetmeliğinin 25. maddesinde doğrudan soruşturmacıların işten el çektirmeye yetkili olduğu kişiler, kasasını, vizesini, ambar ve deposunu saydırmaktan, para ve para hükmündeki değerli evrakı, ayniyatı, bunların hesap ve defterlerini göstermekten, sorulanlara cevap vermekten kaçınanlar, irtikap, rüşvet veya zimmeti tespit edilen veya görevlerini önemli şekilde kötüye kullandıkları görülenler, evrakta tahrifat ve sahtecilik yapanlar ile soruşturma konusu ağır hapsi gerekenler olarak sayılmıştır.

⁸³ Yükseköğretim Denetleme Kurulu Teşkilât ve Çalışma Usulleri Yönetmeliği'nin 25. maddesi gereği görevden uzaklaştırmaya yetkili mercii, rektör, dekan ve profesörler için Yükseköğretim Genel Kurulu, diğerleri için ise atamaya yetkili amir olarak düzenlenmiştir. Ancak kanunda profesörlerin görevden uzaklaştırması ile ilgili özel bir düzenleme yer almamaktadır.

gün içerisinde⁸⁴ tamamlanması gerekmektedir. Zorunlu hallerde ise 15 (onbeş) gün daha ek süre verilir.

4483 sayılı kanun ile izin sistemi benimsendiğinden ön inceleme süresi buna göre belirlenmiştir. Memurin Muhakematı Hakkında Kanuna paralel olarak düzenlenen 2547 sayılı kanunla tahkik sistemi benimsediğinden iki aşamalı bir soruşturma yöntemi uygulandığı dikkate alındığında 4483 sayılı kanunla belirlenen sürenin 2547 sayılı kanuna tâbi olarak yürütülen soruşturmalarda bu sürenin ilk soruşturma (fezleke hazırlama) aşaması için mi yoksa son soruşturma aşaması için mi geçerli olduğu konusunda hukuk boşluğu vardır. Kanaatimizce bu sürenin ilk soruşturma aşaması yani fezleke hazırlama aşaması için geçerli olduğu düşünülmektedir.

2547 sayılı kanunun ceza soruşturmalarının ne kadar sürede tamamlanacağına ilişkin bir düzenleme yapmamış olsa da disiplin soruşturmalarına ilişkin 53/A maddesinin 1. fıkrasının (1) bendinde soruşturmanın, görevlendirmenin tebliğ tarihinden itibaren iki ay içinde tamamlanacağı, bu süre içinde tamamlanamaz ise soruşturmacının gerekçeli olarak ek süre talep edebileceği düzenleme altına almıştır.

Yükseköğretim kurumlarında ve üst kuruluşlarında yürütülen soruşturmalar 4483 sayılı kanunda belirtilen sürelerle uygun olarak yapılması gerekirken teamülde adı geçen kanun hükümlerine göre değil 2547 sayılı kanunun 53/A maddesinin 1. fıkrasının (1) bendi hükümlerine göre işlem yapılmaktadır.

Ayrıca disiplin ve ceza soruşturmasının birlikte yürütülebileceği de dikkate alındığında soruşturmanın tamamlanma süresinin ceza soruşturmasına göre mi

⁸⁴ 4483 sayılı kanun ile izin sistemi benimsendiğinden ön inceleme süresi buna göre belirlenmiştir. Memurin Muhakematı Hakkında Kanuna paralel olarak düzenlenen 2547 sayılı kanunla tahkik sistemi benimsediğinden iki aşamalı bir soruşturma yöntemi uygulandığı dikkate alındığında 4483 sayılı kanunla belirlenen sürenin 2547 sayılı kanuna tabi olarak yürütülen soruşturmalarda bu sürenin ilk soruşturma (fezleke hazırlama) aşaması için mi yoksa son soruşturma aşaması için mi geçerli olduğu hususunun aydınlatılması gerekmektedir. Kanaatimizce bu sürenin ilk soruşturma aşaması yani fezleke hazırlama aşaması için geçerli olduğu düşünülmektedir.

yoksa disiplin soruşturmasına göre mi belirleneceği de ayrı bir tartışma konusudur.⁸⁵ Dolayısıyla kanun koyucunun ceza soruşturmasının hangi sürede bitirileceğine ilişkin hukuki boşluğu ortadan kaldıracak bir düzenleme yapmaması halinde bu hususta ki tartışmalar bitmeyecektir.

Süreye ilişkin açıklamalarımız doğrultusunda ilk soruşturmayı yürüten soruşturmacı, 5271 sayılı Ceza Muhakemeleri Kanunu hükümleri çerçevesinde soruşturma konusu eylemin ortaya çıkartılması amacıyla yukarıda belirtilen yetkilerini kullanarak şüphelilerin kimliklerini, görev unvanlarını, isnat edilen suçların ne olduğunu, şüphelilerin, muhbir ile şikâyetçilerin⁸⁶ ve varsa tanıkların ifadeleriyle⁸⁷ tespit edecektir. Başka bir ifadeyle gerekli tüm delilleri toplayacaktır.⁸⁸

⁸⁵ 4483 kanun hükümlerinin değil de 2547 sayılı kanunun 53/A maddesinin 1. fıkrasının (1) bendi hükümlerine göre işlem yapılmasında bu tartışmanın etkili olduğu değerlendirilmektedir.

⁸⁶ Şikâyetçi varsa, usulüne uygun olarak dinlenmesi ve şikâyetinden vazgeçip geçmediği de sorulur. Bkz. DUMAN, s.78-79.

⁸⁷ İfade alma işlemi 5271 sayılı Ceza Muhakemeleri Kanunu hükümleri çerçevesinde yapılacaktır. Hakkında soruşturma yürütülen kimsenin belirtilen kanunda şüpheli olarak kabul edilmesi nedeniyle, soruşturma esnasında sanık değil şüpheli sözcüğü kullanılmalıdır. Belirtilen kanunun 148. maddesinde düzenlenen yasak usullere de ifade alma sırasında başvurulmamalıdır.

Ceza Muhakemesi Kanununun 147. maddesi gereğince soruşturmacı, şüphelinin ifadesini alırken, şüphelinin kimliğini tespit etmek, şüpheliye isnat edilen suç anlatmak, susma ve müdafii seçme hakkının bulunduğunu, müdafinin hukukî yardımından yararlanabileceğini, müdafinin ifade sırasında hazır bulunabileceğini bildirmekle yükümlüdür. Ayrıca, şüpheden kurtulması için somut delillerin toplanmasını talep edebileceğinin hatırlatılması, ifade verenin aleyhine olan şüphe nedenlerini ortadan kaldırmaya ve lehine olan durumları ileri sürmesine imkân tanınması, ifade verenin kişisel ve ekonomik durumu hakkında bilgi alınması, ifade ve sorgu işlemlerinin kaydında, teknik imkânlardan yararlanılması, ifadenin bir tutanağa bağlanması hususlarını da yerine getirmesi gerekmektedir.

İfade tutanağında, ifade alma veya sorguya çekme işleminin yapıldığı yer ve tarihe, ifade alma veya sorguya çekme sırasında hazır bulunanların isim ve sıfatları ile ifade veren veya sorguya çekilen kişinin açık kimliğine, ifade alma veya sorguya çekme esnasında yukarıdaki işlemlerin yapılıp yapılmadığına, yapılmamışsa nedeni, tutanak içeriğinin ifade veren veya sorguya çekilen ile hazır olan müdafii tarafından okunup imzalarının alındığına, imzadan imtina edilmesi halinde bunun sebeplerine yer verilecektir.

Tanıklarla ilgili işlemlerde de Ceza Muhakemeleri Usûl Kanunu hükümleri çerçevesinde yapılmaktadır. Tanıklar çağrı kâğıdı, telefon, telgraf, faks, e-posta gibi araçlardan yararlanılarak tanıklık yapmaya davet edilir. Bu davete uymayan tanık, Cumhuriyet Başsavcılığı aracılığıyla getirilir. Tanığa dinlenmeden önce, gerçeği söylemesinin önemi, gerçeği söylememesi halinde yalan tanıklıktan dolayı cezalandırılacağı, doğruyu söylemesi hususunda yemin edeceği ile CMK, md.45'e göre cevap vermekten SDÜHFD CİLT: 7, SAYI 2, YIL 2017

Delil toplanması aşamasının ardından soruşturmayı yürüten amir veya muhakkik tüm belgeleri değerlendirerek yapılan soruşturmanın özünü ve sonuçlarını kapsayan bir rapor (fezleke) düzenleyecektir. Soruşturmanın muhakkik vasıta ile gerçekleştirilmesi halinde soruşturmacı raporunda görevlendirme emrinin tarih ve sayısı, iddia olunan suçun öğrenilme şekli ve niteliği, soruşturmanın başlayış ve bitiş tarihleri, şüphelinin kimliği ve memuriyet görevi, suç tarihi, tanık dinlenmişse kimlikleri, görev unvanları ve ifadeleri, bilirkişiye başvurulmuşsa bilirkişinin kimliğinin ve hakkında soruşturma yürütülen kişinin savunmasına yer vermek gibi bir takım şekil şartlarına uyacaktır. Bu şekil şartlarının yanında soruşturmacı hazırlayacağı raporda, mevcut yasalara göre ortada bir suç olup olmadığı, suç varsa niteliği, hakkında inceleme yaptığı kişi ile suçun illiyet bağının bulunup bulunmadığı hususlarını tek tek değerlendirerek gerekçeleriyle şüphelinin yargılanmasına gerek olup olmadığı yönündeki kendi kanaatini de ifade edecektir. Yargılamanın gerekliliği kanaatine varılması durumunda, şüpheliye uygulanacak kanun maddeleri belirtilecektir. Yapılan işlemlere ait tüm belge, bilgi ve incelemeye ait deliller düzenlenecek dizi pusulası ile hazırlanan rapora eklenecektir. Soruşturma raporunu, emri veren makama sunacaktır.⁸⁹

Yapılan ön soruşturma/soruşturma sonunda soruşturmacı şüpheli hakkında ceza verilip verilmeyeceğine ya da yargılama yapıp yapılmayacağına karar veremez.

çekinebileceği durumlar önceden bildirilir. Tanıklara beyan öncesinde ve sonrasında yemin verdirilmesi zorunlu olup, tanıkların ayrı ayrı dinlenmesi gerekmektedir. Ancak 15 yaşını doldurmamış olanlar, ayırt etme gücüne sahip olmamaları nedeniyle yeminin niteliği ve önemini kavrayamayanlar ile soruşturma ve kovuşturma konusu suçlara iştirakten veya bu suçlar nedeniyle suçluyu kayırmaktan ya da suç delillerini yok etmek, gizlemek, değiştirmekten şüpheli, sanık veya hükümlü olanlara yemin verdirilmez.

Soruşturmacı, tanığa adı soyadı, yaşı, işi, ikametgâh adresi, işyerinin veya geçici ikamet adresi, telefon numaraları, soruşturmayı aydınlatacak şekilde şüpheli, sanık veya mağdur ile ilişkilerine dair sorular yöneltilir.

⁸⁸ PINAR, 4483 Sayılı Kanuna Göre Memurlar ve Diğer Kamu Görevlileri Hakkında Ceza Soruşturması, s.158-159; DUMAN, s.76-79.

⁸⁹ PINAR, 4483 Sayılı Kanuna Göre Memurlar ve Diğer Kamu Görevlileri Hakkında Ceza Soruşturması, s.158-159; Yükseköğretim Denetleme Kurulu Teşkilat, Görev ve Çalışma Usulleri Yönetmeliği, md.28.

2547 sayılı kanuna göre karar verecek mercii farklı düzenlendiğinden soruşturmayı yürüten soruşturmacı, sadece topladığı deliller ışığında soruşturduğu kişinin yargılanmasına gerek olup olmadığına ilişkin lüzum-u muhakeme veya men-i muhakeme kararı verilmesi gerektiği yönündeki kendi görüşünü de belirten soruşturma raporunu hazırladığı soruşturma dosyasına ekleyerek soruşturma dosyasını, soruşturmayı açan makama göndermekle yükümlüdür.

Soruşturmacının görev ve yetkilerinin neler olduğuna ilişkin yukarıdaki açıklamalarımızı Danıştay İdari Dava Dairesi vermiş olduğu bir kararında⁹⁰ *“Soruşturma emri verilerek görevlendirilen soruşturmacının, fezleke hazırlama aşamasında sanığın savunması ile tanıkların ifadesini alması, suçlarla ilgili lehte ve aleyhte tüm delilleri toplaması, gerekirse bilirkişi incelemesi, kriminolojik ve benzeri incelemeleri yaptırması ve buna ilişkin belgeleri sırasıyla fezlekeye eklemesi, tüm bilgi ve belgeleri değerlendirmesi ve sonuçta şüpheli ya da şüphelilerin lüzum-u muhakeme veya men-i muhakemeleri yönünde kanaatini belirterek düzenleyeceği fezlekeyi soruşturma emri veren makama teslim etmesi gerekmektedir.”* sözleriyle özetlenmiştir.

Soruşturma raporunu alan mercii, rapordaki bilgi ve belgelere dayanarak hakkında soruşturma yürütülen kişinin yargılanmasının gerekip gerekmediğine karar verilmek üzere dosyayı yetkili kurula iletacaktır. İlk soruşturma yapılmışsa son soruşturma kararı verilmesi zorunlu olduğundan amirin dosyayı yetkili kurula tevdi hususunda takdir yetkisi bulunmamaktadır. Ancak teamülde zaman zaman buna riayet edilmediği *“...soruşturma sonunda hazırlanan fezlekenin, soruşturma emrini veren makama iletilmesinden sonra hakkında soruşturma yürütülen kişilerin yargılanmalarının gerekip gerekmediğine ilişkin kararın verilmesi için son soruşturma kuruluna iletilmediği...”* şeklindeki Danıştay İdari Dairesi kararından⁹¹ açıkça anlaşılmaktadır.

⁹⁰ Danıştay 1. Dairesi, E.2005/1113, K.2005/1461, KT. 08.12.2005, www.sinerjimevzuat.com.tr, E.T. 17.12.2017.

⁹¹ Danıştay 1. Dairesi, E.2008/1231, K.2009/63, KT. 14.01.2009, <https://www.sinerjimevzuat.com.tr/>, E.T.17.12.2017.

c. Yetkili Kurulun Karar Aşaması ve Son Soruşturma Kararları

Hazırlık Soruşturmasının ikinci aşaması olan ve 2547 sayılı kanunun 53. maddesinde son soruşturma olarak belirtilen karar aşamasında, yetkili kurullarca şüpheli hakkında kamu davası açılıp açılmamasına yönelik karar verilmektedir. Hakkında soruşturma yapılan kimsenin görevine ve tâbi olduğu yasaya göre değişiklik arz eden son soruşturma kararı vermeye yetkili merciiler, 2547 sayılı kanunun 53. maddesine göre; yükseköğretim kurulu başkan ve üyeleri ile yükseköğretim denetleme kurulu başkan ve üyeleri hakkında Danıştay 1. Dairesi⁹²; Devlet ve vakıf yükseköğretim kurumu rektör, rektör yardımcılar ile üst kuruluş genel sekreterleri için Yükseköğretim Kurulu üyelerinden teşkil edilecek üç kişilik kurul; üniversite, fakülte, enstitü ve yüksekokul yönetim kurulu üyeleri, dekan, dekan yardımcılar, enstitü ve yüksekokul müdürleri ve yardımcılar ile üniversite genel sekreterleri hakkında, rektörün başkanlığında rektörce görevlendirilen iki rektör yardımcısından oluşan üç kişilik kurul; öğretim elemanları, fakülte, enstitü ve yüksekokul sekreterleri hakkında üniversite yönetim kurulu üyeleri arasından oluşan üç kişilik kurul ve 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu'na tâbi personel hakkında ise, mahal itibarıyla yetkili il idare kurulu⁹³ olarak belirlenmiştir.

⁹² Kanun maddesinde 2. Daire olarak belirtilmiş olup, 2.Dairenin bu görevi 02.06.2004 tarihli ve 5183 sayılı Danıştay Kanunda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un 12. maddesi gereğince 1. Daireye verilmiştir.

⁹³ 5442 sayılı İl İdaresi Kanunu'nun 57. maddesinde İl İdare Kurulu'nun valinin başkanlığı altında hukuk işleri müdürü, defterdar, milli eğitim, bayındırlık, sağlık ve sosyal yardım, tarım ve veteriner il müdürlerinden oluştuğu belirtilmiştir.

Kanunda yetkili idare kurulu dememekte il idare kurulu demektedir. Bu nedenle ilçelerde görevli personel için de ilçe idare kurulundan değil, il idare kurulundan izin alınmaktadır.

Yer itibarıyla yetkili il idare kurulunun kişinin çalıştığı yerdeki il idare kurulu mu yoksa suçun işlendiği yer idare kurulu mu olduğu hususunda gerek kanunda gerekse mülga disiplin yönetmeliğinde açık bir hüküm bulunmamaktadır. Teamülde suçun işlendiği yer il idare kurulu olarak işlem yapılmaktadır.

Tablo – 5	
Yükseköğretim Üst Kuruluşunda ve Bağlı Kuruluşunda Çalışan Kamu Görevlileri Hakkında Son Soruşturma Kararı Vermeye Yetkili Merciler	
<i>Hakkında Karar Verilecek Kamu Görevlisi</i>	<i>Karar Veren Mercii</i>
Yükseköğretim Kurulu Başkanı	Danıştay 1. Dairesi
Yükseköğretim Kurulu Üyeleri	
Yükseköğretim Denetleme Kurulu Başkanı	
Yükseköğretim Denetleme Kurulu Üyeleri	
Yükseköğretim Kurulu Genel Sekreteri	Yükseköğretim kurulu üyelerinden oluşturulacak 3 Kişilik Kurul
Üniversitelerarası Kurul Başkanı	
Üniversitelerarası Kurul Genel Sekreteri	
<i>Yükseköğretim üst kuruluşlarında ve bağlı kuruluşunda 657 sayılı kanuna tâbi çalışan ve yönetim görevi olan;</i> Genel Sekreter Yardımcısı Daire Başkanları Özel Kalem Müdürü Döner Sermaye İşletme Müdürü Şube Müdürü Diğer Unvanlı Müdürler	Mahal itibariyle yetkili İl İdare Kurulu
<i>Yükseköğretim üst kuruluşlarında ve bağlı kuruluşunda çalışan ve Yönetim görevi olmayan</i> 657 sayılı kanuna tâbi tüm personel (Yardımcı hizmetler sınıfı dahil)	

Tablo – 6	
Yükseköğretim Kurumlarında Çalışan Kamu Görevlileri Hakkında	
Son Soruşturma Kararı Vermeye Yetkili Merciler	
<i>Hakkında Karar Verilecek Kamu Görevlisi</i>	<i>Karar Veren Mercii</i>
Rektör (Devlet ve vakıf yükseköğretim kurumu)	Yükseköğretim kurulu üyelerinden oluşturulacak 3 Kişilik Kurul
Rektör Yardımcısı (Devlet ve vakıf yükseköğretim kurumu)	
Bağımsız Vakıf Meslek Yüksekokulu Müdürü	
Bağımsız Vakıf Meslek Yüksekokulu Müdür Yardımcısı	
Üniversite Yönetim Kurulu Üyeleri	Rektör ve rektör yardımcılardan oluşan 3 kişilik kurul (Rektörlük Son Soruşturma Kurulu)
Senato Üyeleri	
Dekan/ Dekan Yardımcısı	
Fakülte Kurulu/Fakülte Yönetim Kurulu Üyeleri	
Yüksekokul Müdürü/ Yüksekokul Müdür Yardımcısı	
Yüksekokul Kurulu/Yüksekokul Yönetim Kurulu Üyeleri	
Meslek Yüksekokulu Müdürü/Meslek Yüksekokulu Müdür Yardımcıları	
Meslek Yüksekokulu Kurulu/Meslek Yüksekokulu Yönetim Kurulu Üyeleri	
Enstitü Müdürü/ Enstitü Müdür Yardımcısı	
Enstitü Kurulu/ Enstitü Yönetim Kurulu Üyeleri	
Üniversite Genel Sekreteri	

Bağımsız Vakıf Meslek Yüksekokulu Kurulu / Bağımsız Vakıf Meslek Yüksekokulu Yönetim Kurulu Üyeleri	
Bağımsız Vakıf Meslek Yüksekokulu Genel Sekreteri	Bağımsız Vakıf Meslek Yüksekokulu Müdürü ve Müdür Yardımcılarından oluşan 3 kişilik kurul
Bağımsız Vakıf Meslek Yüksekokulunda görev yapan 2914 sayılı kanuna tâbi tüm personel (Bağımsız Vakıf Meslek Yüksekokulu Müdürü/Bağımsız Vakıf Meslek Yüksekokulu Müdür Yardımcısı hariç)	
2914 sayılı kanuna tâbi tüm personel (Dekan/Dekan Yardımcısı/Yüksekokul Müdürü/ Yüksekokul Müdür Yardımcısı/Meslek Yüksekokulu Müdürü/Meslek Yüksekokulu Müdür Yardımcısı/Enstitü Müdürü/Enstitü Müdür Yardımcısı hariç)	Üniversite yönetim kurulu üyelerinden oluşturulacak 3 kişilik kurul
Fakülte Sekreteri	(Üniversite Son Soruşturma Kurulu)
Yüksekokul Sekreteri	
Meslek Yüksekokulu Sekreteri	
Enstitü Sekreteri	

<i>Yükseköğretim kurumlarında çalışan ve yönetim görevi olan;</i> Genel Sekreter Yardımcısı Daire Başkanları Üniversite Hastaneleri Başmüdürü Özel Kalem Müdürü Hastane Müdürü Döner Sermaye İşletme Müdürü Şube Müdürü Diğer Unvanlı Müdürler	Mahal itibariyle yetkili İl İdare Kurulu
<i>Yükseköğretim Kurumlarında çalışan ve Yönetim görevi olmayan;</i> 657 sayılı kanuna tâbi tüm personel (Yardımcı hizmetler sınıfı dahil)	
Bağımsız Vakıf Meslek Yüksekokulunda görev yapan 657 sayılı kanuna tâbi tüm personel	

Tablo - 5 ve tablo - 6'dan anlaşılacağı üzere üst kuruluş olan Yükseköğretim Kurulu'nun başkanı ve üyeleri ile yükseköğretim denetleme kurulu başkanı ve üyeleri hakkında ise yüksek yargı organı karar vermekte iken, devlet ve vakıf yükseköğretim kurumlarında ve üst kuruluşlarında çalışan 2914 sayılı kanuna tâbi olarak görev yapan yönetim görevi olsun olmasın tüm akademik personel ile yükseköğretim üst kuruluşları ile yükseköğretim kurumlarında 657 sayılı kanuna tâbi olarak çalışan ve yönetim görevi bulunan bazı idari personel için yükseköğretim kurumları ve üst kuruluşları içinden teşkil edilen kurullarca kovuşturma kararı verilmektedir.

2547 sayılı Yükseköğretim Kanunu'nun 53. maddesi Memurun Muhakematı Hakkında Kanun hükümlerine uygun olarak düzenlenmiş olduğundan soruşturma evresinin idari makamlar tarafından tamamlandıktan sonra yargılama için adli makamlara gönderildiği tahkik (soruşturma) sistemi benimsemiş olmasına rağmen yükseköğretim kurumlarında ve üst kuruluşlarında 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu'na tâbi olarak çalışan ve yönetim görevi bulunan bazı idari personel ile 657 sayılı kanuna tâbi olarak görev yapan ve yönetim görevi olmayan tüm personel hakkında karar vermeye kurum dışı bir kurul olan mahal itibarıyla yetkili il idare kurulu karar vermeye yetkili kılınmış olması anlamlandırılmamakta ve benimsenen sisteme de ters düşmektedir.

2547 sayılı kanunun ceza soruşturma usûlünü düzenleyen 53. maddesinin (c) fıkrasında ceza soruşturması açılmasını gerektiren fiili işlediği ve ceza soruşturmasının başladığı tarihteki görev veya unvanının farklı olması halinde, soruşturma usûlünün belirlenmesinde fiilin işlendiği anda ki görev ve unvanın mı esas alınacağı yoksa soruşturmanın açıldığı zamandaki görev ve unvanının esas alınacağına ilişkin herhangi bir düzenleme yer almamaktadır.

2547 sayılı kanunun 53/A maddesinin 1. fıkrasının (f) bendinde *“Soruşturulanın disiplin cezası verilmesini gerektiren fiili işlediği ve disiplin soruşturmasının başlatıldığı tarihteki görev veya unvanının farklı olması hâlinde disiplin soruşturması, üst görev veya unvanı esas alınarak yürütülür...”* hükmü düzenleme altına alınmıştır. İdari bir soruşturma olan disipline ilişkin bu düzenlemenin idari soruşturmadan daha ağır olan ceza soruşturması açısından da uygulanıp uygulanmayacağı yargı kararları da dikkate alındığında tereddüt yaratmaktadır.

Ayrıca hakkında soruşturma yapılan kimsenin görevine ve tâbi olduğu yasaya göre yukarıda belirtilen kurullarca karar verilecek olsa bile kanun da iştirak halinde işlenen suçlarda soruşturma usûlünün üste göre belirleneceği hüküm altına alındığından ast hakkında karar verecek olan kurul değişebilmektedir. Değişik statüdeki kişilerin birlikte suç işlemeleri halinde soruşturma usûlü ve yetkili yargılama merciinin görev itibarıyla üst dereceliye göre belirleneceğine ilişkin

hükme yer veren mevzuatlara rağmen uygulamada zaman zaman buna riayet edilmediği yargı kararlarından anlaşılmaktadır.

Konuya ilişkin olarak Danıştay Dairesince, “Sivrisineklerle mücadele için ilaçlama yapılmasını sağlamamak ve hasta yakınlarını bazı firmalara yönlendirmek suretiyle hastaların ihtiyacı olmayan malzemeleri aldırarak suçunu işledikleri gerekçesiyle haklarında soruşturma açılan 13 sanığa ilişkin dosyanın incelenmesinden,Üniversitesi Rektörlüğüince oluşturulan şüphelinin men-i muhakemesine, sair şüphelilerin 657 s. Yasaya tâbi memur olduğu gerekçesiyle dosyanın sair şüphelilere ait kısmının ... İl idare Kuruluna gönderildiği, 2547 s. Yasanın 53 üncü maddesinin (c) fıkrasının (5) numaralı bendinde suçun birlikte işlenmesi durumunda soruşturma usûlüünün görev itibarıyla üst derecelilere göre tayin olunacağı öngörüldüğünden, İl İdare Kuruluna gönderilen kısmın bu dosya ile birleştirilerek yeniden bir karar verilmesi gerektiği anlaşıldığından, ... Üniversitesi Yetkili Kurulu tarafından verilen men-i muhakeme kararı ile ... İl İdare Kurulunun 28.12.2005 günlü, 2005/17 s. men-i muhakeme kararının bozulmasına, Üniversitesi Yetkili Kurulu tarafından bütün şüpheliler hakkında yeniden bir karar verilmesi için Dairemize gönderilmek üzere dosyanın ... Üniversitesi Rektörlüğüne iadesine”⁹⁴ şeklinde karar verilmiştir.

Yüksek mahkeme bir başka kararında da “Yükseköğretim kurumlarının 657 sayılı Devlet Memurları Kanununa tâbi memurlarının, öğretim elemanlarıyla birlikte suç işlemeleri halinde soruşturma usûlü ve yetkili yargılama merciinin görev itibarıyla üst dereceli olan öğretim elemanlarına göre tayin edilerek tüm şüpheliler bakımından birlikte yargılama yapılması sonucunda Rektörlükçe oluşturulacak yetkili kurulca bir karar verilmesi gerektiğine” karar vermiştir.⁹⁵

Memur ile memur olmayanın iştirak halinde işlediği suçlarda memur olmayanın soruşturması genel hükümler gereğince Cumhuriyet Savcılığınca

⁹⁴ Danıştay 1. Dairesi, E.2006/42, K.2006/193, K.T.14.02.2006, <https://www.sinerjimevzuat.com.tr/>, E.T.17.12.2017.

⁹⁵ Danıştay 1. Dairesi, E.2007/431, K.2007/539, K.T.15.05.2007, www.sinerjimevzuat.com.tr, E.T.17.12.2017.

yapıldığından 2547 sayılı kanuna göre yetkili kurullar tarafından karar verilmeyecektir.

Anabilim dalı başkanı, aynı anabilim dalında uzman doktor ve fahri araştırma görevlilerinin iştirak halinde işlediği iddia edilen suça ilişkin yürütülen ceza soruşturmasıyla ilgili yüksek mahkeme kararında “*şüpheli araştırma görevlilerinin yabancı uyruklu oldukları ve Tıpta ve Diş Hekimliğinde Uzmanlık Eğitimi Yönetmeliği'nin 19. maddesine göre Tıp Fakültesinde kadrosuz ve aylıksız olarak uzmanlık eğitimi gördükleri, dolayısıyla 2547 sayılı Kanununun 53. maddesinde belirtilen kadrolu ve sözleşmeli öğretim elemanı statüsünde bulunmadıkları, bu nedenle haklarında anılan madde uyarınca ceza soruşturması yapılamayacağı ve son soruşturmanın açılıp açılmayacağı yolunda bir karar alınamayacağı, ilgililer hakkındaki soruşturmanın genel hükümlere göre ...Cumhuriyet Savcılığınca soruşturma yapılması gerektiği ve yetkili kurul kararının şüpheliler hakkındaki men-i muhakemelerine ilişkin kısmının bozulmasına*”⁹⁶ yönelik hüküm vermiştir.

2547 sayılı kanununun 53. maddesinin (c) fıkrasının (5) numaralı bendinde yer alan “*Değişik statüdeki kişilerin birlikte suç işlemleri halinde soruşturma usûlü ve yetkili yargılama mercii görev itibariyle üst dereceliye göre tayin olunur.*” hükmünün aynı fiilden dolayı birden fazla soruşturma usûlü ve yargılama mercii olmasının önüne geçilmesi açısından yerinde bir düzenleme olduğu görülmektedir. Ancak aynı hiyerarşi içerisinde yer almamasına rağmen akademik ve idari personelin iştirak halinde işlediği suçlarda soruşturma usûlü ve yetkili yargılama mercii görev itibariyle üst dereceliye göre diğer bir ifadeyle akademik personele göre belirlenmesi kamu hizmetinin işleyişine ters düşmektedir.

Yine yükseköğretim kurumlarında çalışan kamu görevlilerinin atama usûlü sebebiyle soruşturma aşamaları ile soruşturma usûlleri tâbi oldukları yasalardaki hizmet sınıfları ve yürüttükleri görevler esas alınarak son soruşturma kararı vermeye yetkili mercii açısından da farklılık taşıdığından iştirake ilişkin düzenlemeye rağmen değişik statüdeki kimselerin birlikte suç işlemleri halinde hangi soruşturma usûlünün uygulanacağı noktasında karışıklık yaşandığı yargı kararları ile aşıkardır.

⁹⁶ Danıştay 1. Dairesi, E.2011/842, K.2011/1322, K.T.21.09.2011, www.sinerjimevzuat.com.tr, E.T.17.12.2017. SDÜHFD CİLT: 7, SAYI 2, YIL 2017

Açıklanan nedenlerle kanun koyucunun yeni bir düzenleme yaparak yükseköğretim kurumlarında çalışan kamu görevlileri için kurum içinden ve kurum dışından ayrı ayrı kurulların görevli olmasına son vererek, gerek akademik gerek idari kadroda çalışan tüm kamu görevlileri için rektörün seçeceği ve/veya rektör yardımcılarının kendi aralarından seçeceği bir rektör yardımcısının başkanlığında yönetim kurulu üyeleri arasından seçilecek 3 veya 5 kişilik tek bir kurulun görevlendirilmesi yönünde yeni bir düzenleme yapması hem tahkik sistemine uygunluğu hem de suçun işlendiği zamanla soruşturmanın yürütüldüğü zamanda görev ve unvan değişikliği bulunan personelin hangi soruşturma usûlüne tâbi olduğuna ve iştirake ilişkin yaşanan karışıklıkların giderilmesi açısından daha yerinde olacaktır.

Son soruşturmanın ne kadar sürede tamamlanması gerektiğine dair başka bir ifade ile son soruşturma kurulu kararının ne kadar sürede alınması gerektiği ile ilgili 2547 sayılı kanunda yasal boşluk bulunmaktadır. Yasal boşluk nedeniyle suçun zaman aşımına⁹⁷ uğratıldığı, soruşturmanın sürüncemede bırakıldığı durumlarla karşılaşmaktadır.

Yükseköğretim Kanununda ve Kamu Görevlilerinin Yargılanması Hakkında Kanunda da dava zamanaşımı sürelerine dair düzenleme bulunmadığından 5237 sayılı Yeni Türk Ceza Kanunu⁹⁸ hükümlerine göre işlem yapılması gerekmektedir.⁹⁹

100, 101

⁹⁷ Zamanaşımı, “suçun işlenmesinden sonra kanunda öngörülen belirli sürelerin geçmesiyle, sanık hakkında soruşturmanın yürütülmesine, kamu davasının açılmasına veya açılmış kamu davasının devamına engel olan kurum” ya da “suç faili hakkında suçu kovuşturulamaz hale getirmek sonucunu doğurmak üzere belli bir zamanın kanunda yazılı şartlar altında geçmesi” olarak tanımlanmaktadır. Bkz. KOCA, Mahmut ve ÜZÜLMEZ, İlhan, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Seçkin Yayıncılık, 8. Bası, Ankara 2015, s. 673.

⁹⁸ 26.09.2004 tarihli ve 5237 sayılı Yeni Türk Ceza Kanunu, R.G. 12.10.2004, S.25611.

⁹⁹ 5237 sayılı Yeni Türk Ceza Kanunu’un 66. maddesinde kamu davasının zamanaşımı süresi, ağırlaştırılmış müebbet hapis cezasını gerektiren suçlarda otuz yıl; müebbet hapis cezasını gerektiren suçlarda yirmibeş yıl; yirmi yıldan aşağı olmamak üzere hapis cezasını gerektiren suçlarda yirmi yıl; beş yıldan fazla ve yirmi yıldan az hapis cezasını gerektiren suçlarda onbeş yıl; beş yıldan fazla olmamak üzere hapis veya adli para cezasını gerektiren suçlarda sekiz yıl olarak düzenlenmiştir.

Karar ile ilgili olarak tedavi amacıyla kızını Tıp Fakültesi hastanesine yatıran babanın, kızının ölümü üzerine Yükseköğretim Kurumlarında çalışan personel hakkında Cumhuriyet Savcılığına şikâyette bulunduğu, bunun üzerine Cumhuriyet Başsavcılığının görevsizlik kararı ile dosyayı karar vermesi için ilgili yükseköğretim kurumuna gönderdiği olayda, Danıştay İdari Dairesi kararı¹⁰² zamanaşımının başlangıcına, zamanaşımının durduğu hallere, zamanaşımının birkaç kez durmasına rağmen her seferinde verilen men-i muhakeme kararları ile dava zamanaşımının hiç durmamış gibi işlem gördüğüne, kanunda belirtilen sürelerin aşılması ile zamanaşımının gerçekleştiğine, zamanaşımı nedeniyle yetkili kurulca verilen men-i muhakeme kararının bozulması ve kovuşturmayaya yer olmadığı kararı verilmesi gerektiğine ancak suçun isteyerek zamanaşımına uğratılması nedeniyle bozulan

Aynı kanun maddesinde zamanaşımının, tamamlanmış suçlarda suçun işlendiği; teşebbüs halinde kalan suçlarda son hareketin yapıldığı; kesintisiz suçlarda kesintinin gerçekleştiği; zincirleme suçlarda ise son suçun işlendiği günden itibaren işlemeye başlayacağı ifade edilmiştir.

¹⁰⁰ Soruşturma ve/veya kovuşturması izne ya da karara bağlı suçlarda da dava zaman aşımı suçun işlendiği anda başlar. Suçun işlendiği günün belli olmaması halinde, failin en lehine olan gün, suçun işlendiği gün olarak kabul edilerek zaman aşımının başlangıcı hesap edilmektedir. Yükseköğretim kurumları ve üst kuruluşlarında çalışan kamu görevlileri hakkında yargılama yapılması 2547 sayılı kanunun 53. maddesi gereğince karara bağlıdır. Yükseköğretim kurumları ve üst kuruluşlarında çalışan kamu görevlilerinden olan rektörler ile yükseköğretim kurulu başkanı hakkında 3628 sayılı kanun kapsamında soruşturma başlatılabilmesi yetkili mercii izne bağlıdır. 6114 sayılı kanun ile yine Ölçme, Seçme Yerleştirme Merkezinde çalışan kamu görevlilerinin soruşturması 4483 sayılı kanun çerçevesinde izne tabi tutulmuştur. Kamu davası açılabilmesi için kanunda belirtilen makamlarca yerine getirilen ve kamu yararı esasına dayanan soruşturma/kovuşturma şartlarından birisi olan izin ve karar dava zamanaşımını durdurmaktadır.

¹⁰¹ İzin başvurusunda bulunulmasından başlayarak iznin verilmesine kadar zamanaşımını durdurur. İzin verilmez ise, izin talebinde bulunulmamış gibi süre baştan itibaren hesaplanır.

Bu görevliler hakkında soruşturmanın başlamasından lüzum-u muhakeme kararı verilmesine kadar dönemde zamanaşımı işlemmez. Savcının karar için başvurusu ile duran zaman aşımı men-i muhakeme kararı verilmesi halinde hiç durmamış gibi baştan devam eder.

Ceza Muhakemeleri Kanununun 172. maddesinde dava zamanaşımı, davanın düşürülmesini gerektiren nedenlerden birisi olarak sayılmıştır. Nedeniyle, bu durumda kovuşturamama kararı verilemeyecek, dava açıldıktan sonra mahkemece davanın zamanaşımı nedeniyle düşürülmesine karar verilecektir.

¹⁰² Danıştay 1. Dairesi, E.2006/733, K.2006/982, K.T. 02.11.2006, <https://www.sinerjimevzuat.com.tr/>, E.T.17.12.2017.

SDÜHFD CİLT: 7, SAYI 2, YIL 2017

kararın yerine kovuşturmaya yer olmadığı kararı değil lüzum-u muhakeme kararı¹⁰³ verilmesine iyi bir örnektir.

Söz konusu kararda ayrıca suçun zamaşıma uğratılmasından sorumlu olan kişiler hakkında da savcılığa suç duyurusunda bulunulmuştur. Hatta bir başka kararında Danıştay İdari Dairesi¹⁰⁴, *soruşturmanın hukuken kabul edilebilir nedenler olmaksızın makul bir süre geçtikten ve suçların zamaşımı tehdidi altına girmesinden sonra tamamlanmasında ihmali davranışları bulunan şüpheli hakkında yürütülen soruşturma neticesinde verilen lüzum-u muhakeme kararını itirazen incelemiş ve yetkili kurul kararını zamaşımı dolmuş olmasına rağmen onaylamıştır.*

Soruşturma raporunu alan yetkili kurul, dosyayı inceleyerek eksik varsa geri gönderme kararı olarak eksikliğin tamamlanmasını sağlayacaktır. Son soruşturma kurulu soruşturma dosyasında eksiklik bulunmuyor ise tarih ve sayı belirtmek suretiyle bir karar verecek,¹⁰⁵ verdiği kararı tutanağa bağlayacaktır.¹⁰⁶ Kurul kararını

¹⁰³ 01.03.1926 tarihli ve 765 sayılı Türk Ceza Kanunu, 5237 sayılı kanunun yürürlüğe girme ile mülga olmuştur. 5237 sayılı kanunun 7. maddesinde geçen “Suçun işlendiği zaman yürürlükte bulunan kanun ile sonradan yürürlüğe giren kanunların hükümleri farklı ise, failin lehine olan kanun uygulanır ve infaz olunur” şeklindeki hüküm gereğince verilen örnek kararda zamaşımı süresi 5 yıl olarak değerlendirilmiştir. Ayrıca yetkili kurul tarafından verilen men-i muhakeme kararının zamaşımı nedeniyle bozularak yerine kovuşturmaya yer olmadığına karar verilmesi gerektiği belirtilmiştir. Ancak Ceza Usul Kanunu gereğince kovuşturmaya yer olmadığına karar verilemeyeceği yönündeki açıklamalarımız gözden kaçırılmamalıdır.

¹⁰⁴ Danıştay 1. Dairesi, E.2009/56, K.2009/409, K.T. 04.03.2009, <https://www.sinerjimevzuat.com.tr/>, E.T.17.12.2017.

¹⁰⁵ “Rektörlükçe görevlendirilen yetkili kurul fezleke ve eki bilgi ve belgeleri inceleyerek gerek gördüğü takdirde yeniden bilgi ve belge toplayıp ifadeler olarak yapacağı toplantıda şüpheli hakkında lüzum-u muhakeme ya da men-i muhakeme yönünde bir karar vermesi, vereceği kararı tutanağa bağlaması, oçoçluğu ile verilmiş ise muhalif kalan üyenin görüşünün de belirtilmesi gerekmektedir. İncelenen dosyada yetkili kurul üyelerinden birinin mevzuata aykırı olarak kararın rektörlüğe bırakılmasını önerdiği, başkan ve üyeler ile rektörlük arasında yazışmalar yapıldığı ancak, şüphelinin lüzum-u muhakemesi ya da men-i muhakemesi yönünde yetkili kurul tarafından tarihi ve sayısı belirtilerek bir karar oluşturulmadığı görülmektedir.” Bkz. Danıştay 1. Dairesi, E.2008/1037, K.2008/861, K.T. 16.09.2008, <https://www.sinerjimevzuat.com.tr/>, E.T.17.12.2017.

¹⁰⁶ Üniversite yetkili kurullarınca verilen kararlardan dolayı yetkili kurulların soruşturma esnasında elde edilen bilgi, belge ve ifadeler ile hazırlanan fezlekenin değerlendirmesi sonucunda men-i muhakeme ve lüzum-u muhakeme yönünde ortaya koydukları kanaatlerinden dolayı sorumlu tutulmalarının

oy çokluğu¹⁰⁷ ile almış ise muhalif üyenin şerhi de kararda belirtilecektir.¹⁰⁸ Yükseköğretim Kanunu'nun 53. maddesi gereğince, kurulda yargılamanın gerekliliğine dair "lüzum-u muhakeme"; yargılamanın gerekmediğine dair ise "men-i muhakeme" kararı verilmesi kanunen zorunlu olup, bunun dışında karar verilememektedir.¹⁰⁹

mümkün olmadığı da yargı kararında açıkça ifade edilmiştir. Bkz. Danıştay 1. Dairesi, E.2007/1357, K.2007/1507, KT. 11.12.2007, <https://www.sinerjimevzuat.com.tr/>, E.T.17.12.2017. Ancak bu sınırsız sorumsuzluk gibi algılanmamalıdır.

¹⁰⁷ Son soruşturma kurullarının üye tam sayısı ile toplanacağı, bu kurullara ilk soruşturmayı yürüten üyeler ile hakkında karar verilecek üyelerin katılamayacağı, kurulda eksik üye bulunması halinde yedeklerden tamamlanacağı ile asil ve yedek üyelerin görev süresinin bir yıl olduğu ve yeniden seçilmelerinde sakınca bulunmadığı Yükseköğretim Kanunu'nun 53. maddesinde açıkça düzenlenmiştir. Kanun hükmüne aykırı olarak soruşturmacının katılımıyla oluşturulan kurulun, şüphelilerin lüzum-u muhakemelerine ilişkin kararının bozulmasına dair yüksek mahkeme kararı da mevcuttur. Bkz. Danıştay 1. Dairesi, E.2010/892, K.2010/1038, KT. 23.06.2010, www.sinerjimevzuat.com.tr/, E.T.17.12.2017.

Ayrıca bahse konu kanun maddesinin aynı kanunun 61. maddesine yaptığı atıftan da kurulda kabul ya da red oyu kullanılabileceği, çekimser oy kullanılamayacağı, salt çoğunluk ile karar vereceği anlaşılmaktadır. Danıştay 1. Dairesinin *"Jüri ve kurullarda her üyeninin oyunu kabul veya ret yoluyla vermesi lüzumu ve çekimser oy kullanılamayacağına; şüphelinin çekimser oy kullandığı ve şüpheli hakkında kamu davası açılması gerektiği hususunda yeterli şüphe olduğuna"* ilişkin Bkz. Danıştay 1. Dairesi, E.2011/98, K.2011/252, KT. 09.02.2011, www.sinerjimevzuat.com.tr/, E.T.17.12.2017.

¹⁰⁸ Muhalif üyenin karşı oyunun önemi Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulunun vermiş olduğu bir kararda *"... birden çok iradenin katılımı ile oluşan kararların, tarafların iddia ve savunmaları ile ileri sürülen delillerin, kurulu oluşturanlara ortaya konulan görüş ve karşı görüşlerin tartışılması sonunda oluştuğu göz önüne alındığında, kararın değerlendirilmesinde çoğunluk oyları kadar karşı görüşte olanların oylarının da bilinmesi önemlidir. Dolayısıyla, davacının savunma hakkını da ilgilendiren bu yöndeki bir eksikliğin esası etkileyen şekil noksanlığı oluşturduğu tartışmasızdır."* ifadeleriyle açıklanmıştır. Bkz. Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulu, E. 2006/69, K.2009/1089, K.T. 16.04.2009, www.sinerjimevzuat.com.tr/, E.T.17.12.2017.

¹⁰⁹ Danıştay 1. Dairesi konuya ilişkin vermiş olduğu bir kararında "ilk soruşturma tamamlandığında üniversite rektörlerinin oluşturduğu yetkili kurulların son soruşturmanın açılması veya açılmaması yolunda bir karar almayarak ilk soruşturmayı sonuçsuz bırakma yetkileri bulunmadığı gibi yetkili kurulların lüzum-u muhakeme ve men-i muhakeme dışında bir karar vermelerinin mümkün olmadığı açıktır." ifadesine yer vermiştir. Bkz. Danıştay 1. Dairesi, E.2004/663, K.2005/119, K.T. 04.02.2005, www.sinerjimevzuat.com.tr, E.T.17.12.2017.

Kurulların bu iki karar dışında başka bir karar vermesinin mümkün olmadığı yargı kararları ile pekiştirilmiş olsa da bahse konu kurullarca dosyanın geri çevrilmesine de karar verilebilmektedir. Dosyanın geri çevrilmesi bir yargı kararı niteliğinde değildir. Söz konusu karar, soruşturma emrinin usule uygun olmaması, soruşturmaya başka şüphelilerin de eklenmesinin gerekliliği, sanık ve tanık SDÜHFD CİLT: 7, SAYI 2, YIL 2017

Karar vermeye yetkili kurul, soruşturma konusu eylemin disiplin soruşturmasını gerektirmesi, ceza kanunlarına göre suç teşkil etmemesi, idari yargı kapsamında olması, daha önceden aynı konuda kesinleşmiş bir karar olması, şüphelinin kendisine isnat edilen fiili gerçekleştirdiğinin sübuta ermemesi hallerinde kamu davası açılmasına gerek olmadığına ilişkin men-i muhakeme kararı¹¹⁰ verecektir. Ceza Muhakemesi Kanunu'nun ilgili maddesi gereğince men-i muhakeme kararı verildikten sonra yeni delil meydana çıkmadıkça,¹¹¹ aynı fiilden dolayı kamu davası açılmamaktadır.^{112, 113}

Soruşturma evresi sonunda şüpheli hakkında toplanan delillerin suçun işlendiği hususunda yeterli şüphe oluşturması halinde kamu davası açılmasına esas olan yargılamanın gerekliliği yani lüzum-u muhakeme kararı verilecektir. Lüzum-u muhakeme kararları iddianame niteliği taşımaktadır.¹¹⁴ Bu husus yargı kararında *"...Yetkili Kurulca verilen ve kamu davasının açılmasına esas olan "yargılamanın*

ifadelerinin hiç ya da kısmen usulüne uygun alınmaması, soruşturmanın eksik yapılması, bilirkişi incelemesinin gerekliliğine rağmen bilirkişi incelemesi yaptırılmaması, prosedüre aykırı olarak soruşturma yapılması, imzaların eksik olması, soruşturmanın birden fazla kişi tarafından yürütülmesi durumunda varsa karşı oyun soruşturma raporunda belirtilmemesi, bildirimlerin yasanın öngördüğü şekilde yapılmaması veya soruşturma dosyasının yetkisiz kurula gönderilmesi hallerinde verilmektedir.

¹¹⁰ Men-i muhakeme kararları Ceza Muhakemesi Kanununda kovuşturmaya yer olmadığına kararı olarak geçmektedir. *"Kovuşturmaya yer olmadığına, kovuşturma yapılmasına yer olmadığına"* ya da *"yargılamaya yer olmadığına"* şeklinde yetkili kurullarca verilen kararlar men-i muhakeme kararı ile aynı anlamda kullanılmıştır.

¹¹¹ Bazı kanser hastalarına hukuka ve etik kurallara aykırı olarak kök hücre tedavisi ve tümör aşısı uygulamak suretiyle hastalar üzerinde deney yapmak iddiasıyla yürütülen soruşturma sonunda verilen men-i muhakeme kararının re'sen incelenmesi neticesinde Danıştay idari dava dairesince bozularak lüzümü muhakemesine karar verildikten sonra, aynı eylemle ilgili mükerrer soruşturma yapılması ve kurul kararı alınmasına ilişkin yargı kararı için Bkz. Danıştay 1. Dairesi, E.2011/1827, K.2012/390, KT. 13.03.2012, <https://www.sinerjimevzuat.com.tr/>, E.T.17.12.2017.

¹¹² DUMAN, s.84, GÖKCAN ve ARTUÇ, s.706.

¹¹³ Danıştay 1. Dairesi, E.2010/466, K.2010/528, KT. 30.03.2010, <https://www.sinerjimevzuat.com.tr/>, E.T.17.12.2017.

¹¹⁴ DUMAN, s.84, GÖKCAN ve ARTUÇ, s.706; PINAR, 4483 Sayılı Kanuna Göre Memurlar ve Diğer Kamu Görevlileri Hakkında Ceza Soruşturması, s.160.

gerekliği"ne ilişkin kararlar "iddianame" niteliği taşmaktadır." ifadesiyle açıkça belirtilmiştir.¹¹⁵

2547 ve 4483 sayılı kanunlarda hüküm bulunmayan hususlarda 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu uygulanacağından iddianamede yer alacak hususlar da¹¹⁶ buna göre belirlenecektir.¹¹⁷

5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 172. maddesi gereği, son soruşturma kurulu kararında itiraz hakkı, süresi ve itiraz mercii gösterileceği hüküm altına alındığından son soruşturma kurulu kararlarında bu hususların belirtilmesi kanunen zorunludur. Ancak belirtilen hususlara teamülde riayet edilmediği yargı kararlarından¹¹⁸ anlaşılmaktadır.¹¹⁹ Kurul tarafından verilen kararlar, ilgilere

¹¹⁵ Danıştay 2. Dairesi, E.2001/1032, K.2002/3415, KT. 10.10.2002, <https://www.sinerjimevzuat.com.tr/>, E.T.17.12.2017.

¹¹⁶ Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 170. maddesinde, görevli ve yetkili mahkemeye hitaben düzenlenen iddianamede, şüphelinin, müdafii, maktul, mağdur veya suçtan zarar görenin, mağdurun veya suçtan zarar görenin vekili veya kanun temsilcisinin, ağıklanmasında sakınca bulunmaması halinde ihbarda bulunan kişinin şikâyette bulunan kişinin kimliğinin, şikyetin yapıldığı tarihin, isnat edilen suçun ve uygulanması gereken kanun maddelerinin, isnat edilen suçun işlendiği yer, tarih ve zaman diliminin, suçun delillerinin, şüphelinin tutuklu olup olmadığının; tutuklanmış ise, gözaltına alma ve tutuklama tarihlerinin ve bunların sürelerinin gsterileceğinin belirtilmiş olması nedeniyle bu hususlar, iddianame niteliğindeki lüzum-u muhakeme kararında da yer alacaktır.

Bahse konu kanun maddesi uyarınca, lüzum-u muhakeme kararında şüpheliye isnat edilen suçu oluşturan olayların, mevcut delillerle illiyet bağı ağıklanacak ve sonuç kısmında, şüphelinin lehine ve aleyhine olan hususlar ileri sürülecek ayrıca işlenen suç dolayısıyla ilgili kanunda öngörülen ceza ve güvenlik tedbirlerinden hangilerine hükmedilmesinin istendiği; suçun tüzel kişinin faaliyeti çerçevesinde işlenmesi halinde, ilgili tüzel kişi hakkında uygulanabilecek olan güvenlik tedbiri açıkça belirtilecektir.

Söz konusu kanunun 174. maddesinde iddianamenin iadesi yolu getirildiğinden yukarıda belirtilen hususları iğermeyen veya suçun sbtuna etki edeceği mutlak sayılan mevcut bir delil toplanmadan düzenlenen lüzum-u muhakeme kararlarının kararı veren mercie iadesi yapılacaktır.

¹¹⁷ DUMAN, s.84, GÖKCAN ve ARTUNÇ, s.705-706, 783-785.

¹¹⁸ "...soruşturmacuların düzenleyecekleri fezlekeyi soruşturma emri veren makama teslim etmeleri, dosyanın karar iğer Yetkili Kurula gönderilmesi üzerine bu aşamada sözü edilen kurulun sanıkların ismen, iddia konusu suçları da sanıkların ilgilerine göre açık olarak belirtmek suretiyle tarih ve sayısı bulunan bir karar vermeleri, yetkili makamın da bu kararın türüne göre gerekli tebligatın yapılmasını sağlaması gerekli olmaktadır. Dosyanın incelenmesinden, yetkili makam tarafından soruşturma emri verildiği, soruşturma yapılp fezleke düzenlendiği halde, yetkili kurulca sanığın menü muhakemesi ya da lüzumu muhakemesi yolunda bir karar verilip tebligat yapılmadığı anlaşıldığından, niversite Rektörü tarafından SDÜHFD CLT: 7, SAYI 2, YIL 2017

7201 sayılı Tebligat Kanunu¹²⁰ hükümlerine göre¹²¹ tebliğ¹²² edilir ayrıca ilgilinin özlük dosyasına konulmak ve gerekli takipler yapılmak üzere dairesi amirine, re'sen ve/veya itirazın incelenmek üzere Danıştay'a gönderilir.¹²³ İtirazda bulunulmaz ise kurul kararı doğrudan kamu davası açılmak üzere yetkili ve görevli mahkemeye gönderilir.

2547 sayılı Kanun'un 53/c-2/c maddesi uyarınca bir kurul oluşturulması ve sanık hakkında men'i muhakemesi veya lüzumu muhakemesi yolunda bir karar verilmesi, gerekli tebligatın tamamlanarak Dairemize gönderilmesi için dosyanın yerine çevrilmesine karar verilmiştir. Bkz. Danıştay 2. Dairesi, E.2004/432, K.2004/442, K.T. 13.05.2004, www.sinerjimevzuat.com.tr, E.T. 17.12.2017.

"Soruşturmada, şüphelinin, adı, soyadı, kimliği, görevi, görev yeri gibi hususlar belirlenerek ve iddia konularıyla illiyet bağı bulunan tüm şüpheliler saptanarak soruşturmanın yürütülmesi, tanıkların ifadelerinin, şüphelilerin de savunmalarının alınması, iddialarla ilgili tüm delillerin toplanması, gerekiyorsa bilirkişi incelemesi yaptırılması, fezlekede, şüphelilerin isnat edilen eylemlerle illiyet bağlarına göre haklarında men-i veya lüzum-u muhakeme yolunda bir öneri getirilmesi, yetkili kurulun da, iddia konusu suçun şüphelilerle illiyet bağınu irdelemek suretiyle bir karar vermesi gerekmektedir" Bkz. Danıştay 1. Dairesi, E.2009/1503, K.2009/1722, K.T. 10.12.2009, www.sinerjimevzuat.com.tr, E.T.17.12.2017.

¹¹⁹ DUMAN, s.84.

¹²⁰ R. G. 19.2.1959 S. 10139

¹²¹ Tebligatlar posta aracılığıyla yapılabileceği gibi memur eliyle de yapılabilir. Tebligatın posta aracılığıyla yapılması halinde iadeli-taahhütlü olması gerekmektedir. Tebligatın yapıldığı tarihin mutlaka belirtilmesi gerekmektedir.

¹²² Tebligat, itiraz süresinin ve dava açma süresinin belirlenmesi açısından oldukça önemlidir. Yükseköğretim üst kuruluşları başkan ve üyeleri ile yükseköğretim kurumları yöneticilerinin, kadrolu ve sözleşmeli öğretim elemanlarının ve bu kuruluş ve kurumların 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu'na tabi memurlarının görevleri dolayısıyla ya da görevlerini yaptıkları sırada işledikleri ileri sürülen suçlar hakkında uygulanacak ceza soruşturması usulünü düzenleyen 2547 sayılı Kanunda önemine rağmen tebligata ilişkin hükümlere yer verilmemiştir. Dolaylı olarak 4483 sayılı Kanuna yapılan atıf nedeniyle, ilgili kanunun gereği, yetkili mercii soruşturma izni verilmesine veya verilmemesine ilişkin kararının Cumhuriyet Başsavcılığına, hakkında ön inceleme yapılan memur veya diğer kamu görevlisine ve varsa şikâyetçiye Tebligat Kanunu hükümlerine göre tebliği gerekmektedir. Nitekim bu süreler kararın tebliğinden itibaren başlayacağından, verilen kararların ilgililere Tebligat Kanunu Hükümlerine göre tebliğ yapılmaması halinde kişilerin idarenin eylem ve işlemlerine karşı itirazda bulunma ve dava açma hakları hukuka aykırı bir şekilde ellerinden alınmış olacağından usul eksikliği sayılmakta ve bozma nedeni olmaktadır. Şikâyetçiye verilen men-i muhakeme kararının tebliğ edilmemesi ile ilgili Danıştay Kararı da mevcuttur. Bkz. Danıştay 1. Dairesi, E.2006/783, K.2006/938, K.T. 20.10.2006, <https://www.sinerjimevzuat.com.tr/>, E.T.17.12.2017.

¹²³ DUMAN, s.84, GÖKCAN ve ARTUÇ, s.706-707.

d. İtirazı Karara Bağlamaya Yetkili Merciler

2547 sayılı kanun kapsamında yürütülen soruşturma sonunda verilen men-i muhakeme/lüzum-u muhakeme kararlarına karşı itirazda¹²⁴ bulunulabileceği 2547 sayılı kanunu'nun disiplin ve ceza işlerini düzenleyen 53. maddesinde ifade edilmiştir. 2547 sayılı Yükseköğretim Kanunu'nun ilgili maddesinde itirazda bulunulacak mercii belirtilmemiş olmakla birlikte itirazı karara bağlayacak mercii belirtilmiştir. İtirazlar men-i muhakeme veya lüzum-u muhakeme kararını veren makama yapılacaktır. İtirazların kararı veren makama yapılacağı lüzum-u muhakeme kararlarının itiraz üzerine Danıştay'a gönderilmesinden anlaşılmaktadır. Ancak uygulamada karar vermeye yetkili merciler aldıkları kararı dosyayı tevdii eden merciiye göndermekte ve tebligat işlemlerini burası yapmaktadır. Bu nedenle taraflar itirazlarını dosyayı tevdii eden yere vermektedirler.

İtirazı karara bağlayacak mercii, kararı veren yere göre farklı düzenlenmiştir. Yargılamanın gerekip gerekmediğine dair karar Danıştay 1. Dairesince verilmiş ise itiraz Danıştay İdari İşler Kurulunda; karar diğer kurullarca verilmiş ise Danıştay 1. Dairesinde itiraz karara bağlanacaktır. Buna göre Men-i muhakeme kararları itirazen ve re'sen; lüzum-u muhakeme kararları ise itirazen belirtilen Danıştay 1. Dairesine ya da Danıştay İdari İşler Kuruluna gönderilmektedir.

¹²⁴ İtiraz, bir kararın hem maddi hem de hukuki yönden alınması ve kararın hukuka uygunluğunun denetlenmesidir. İtirazlar kural olarak duruşmasız olarak karara bağlanır. İtirazı inceleyen makam, kararda hukuka aykırılık görmez ise itirazın reddine aksi halde kabulüne karar verir. Bkz. YURTCAN, Erdener, *Ceza Yargılaması Hukuku*, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2005, s.458-459.

Tablo - 7		
Yükseköğretim Üst Kuruluşlarında ve Bağlı Kuruluşunda Çalışan		
Kamu Görevlileri Hakkında		
Son Soruşturma Kurulu Kararına İtirazı Karara Bağlamaya Yetkili Merciler		
<i>Hakkında Karar Verilecek Kamu Görevlisi</i>	<i>Son Soruşturma Kararı Veren Mercii</i>	<i>İtirazı Karara Bağlamaya Yetkili Mercii</i>
Yükseköğretim Kurulu Başkanı	Danıştay 1. Dairesi	Danıştay İdari İşler Kurulu
Yükseköğretim Kurulu Üyeleri		
Yükseköğretim Denetleme Kurulu Başkanı		
Yükseköğretim Denetleme Kurulu Üyeleri		
Üniversitelerarası Kurul Başkanı	Yükseköğretim Kurulu Üyelerinden Oluşan 3 Kişilik Kurul	Danıştay 1. Dairesi
Yükseköğretim Kurulu Genel Sekreteri		
Üniversitelerarası Kurul Genel Sekreteri		

<p><i>Yükseköğretim üst kuruluşlarında ve bağlı kuruluşunda çalışan ve yönetim görevi olan;</i></p> <p>Genel Sekreter Yardımcısı Daire Başkanı Özel Kalem Müdürü Döner Sermaye İşletme Müdürü Şube Müdürü Diğer Unvanlı Müdürler</p>	<p>Mahal itibariyle yetkili İl İdare Kurulu</p>	<p>Danıştay 1. Dairesi</p>
<p><i>Yükseköğretim üst kuruluşlarında ve bağlı kuruluşunda çalışan ve Yönetim görevi olmayan</i></p> <p>657 tâbi tüm personel (Yardımcı hizmetler sınıfı dahil)</p>		

<p>Tablo - 8</p>		
<p>Yükseköğretim Kurumlarında Çalışan Kamu Görevlileri Hakkında Son Soruşturma Kurulu Kararına İtirazı Karara Bağlamaya Yetkili Merciler</p>		
<p><i>Hakkında Karar Verilecek Kamu Görevlisi</i></p>	<p><i>Son Soruşturma Kararı Veren Mercii</i></p>	<p><i>İtirazı Karara Bağlamaya Yetkili Mercii</i></p>
<p>Rektör (Devlet ve vakıf yükseköğretim kurumu)</p>	<p>Yükseköğretim Kurulu Üyelerinden Oluşan 3</p>	<p>Danıştay 1. Dairesi</p>
<p>Rektör Yardımcıları (Devlet ve vakıf yükseköğretim kurumu)</p>	<p>Kişilik Kurul</p>	

Bağımsız Vakıf Meslek Yüksekokulu Müdürü	Yükseköğretim Kurulu	Danıştay	1.
Bağımsız Vakıf Meslek Yüksekokulu Müdür Yardımcısı	Üyelerinden Oluşan 3 Kişilik Kurul	Dairesi	
Üniversite Yönetim Kurulu Üyeleri			
Senato Üyeleri			
Dekan/Dekan Yardımcısı			
Fakülte Kurulu/ Fakülte Yönetim Kurulu Üyeleri			
Yüksekokul Müdürü/Yüksekokul Müdür Yardımcı			
Yüksekokul Kurulu / Yüksekokul Yönetim Kurulu Üyeleri	Rektör ve Rektör Yardımcılarından oluşan 3 kişilik kurul (Rektörlük Son Soruşturma Kurulu)	Danıştay Dairesi	1.
Meslek Yüksekokulu Müdürü/Meslek Yüksekokulu Müdür Yardımcısı			
Meslek Yüksekokulu Kurulu / Meslek Yüksekokulu Yönetim Kurulu Üyeleri			
Enstitü Müdürü/Enstitü Müdür Yardımcısı			
Enstitü Kurulu/ Enstitü Yönetim Kurulu Üyeleri			
Üniversite Genel Sekreteri			

Bağımsız Vakıf Meslek Yüksekokulu Kurulu / Bağımsız Vakıf Meslek Yüksekokulu Yönetim Kurulu Üyeleri	Bağımsız Vakıf Meslek Yüksekokulu Müdürü ve Müdür Yardımcılarından oluşan 3 kişilik kurul	Danıştay Dairesi	1.
Bağımsız Vakıf Meslek Yüksekokulu Genel Sekreteri			
Bağımsız Vakıf Meslek Yüksekokulunda görev yapan 2914 sayılı kanuna tâbi tüm personel (Bağımsız Vakıf Meslek Yüksekokulu Müdürü/Bağımsız Vakıf Meslek Yüksekokulu Müdür Yardımcısı hariç)			
2914 sayılı kanuna tâbi tüm personel (Dekan/Dekan Yardımcısı/Yüksekokul Müdürü/ Yüksekokul Müdür Yardımcısı/Meslek Yüksekokulu Müdürü/Meslek Yüksekokulu Müdür Yardımcısı/Enstitü Müdürü/Enstitü Müdür Yardımcısı hariç)	Üniversite Yönetim Kurulu Üyelerinden Oluşacak 3 Kişilik Kurul (Üniversite Son Soruşturma Kurulu)	Danıştay Dairesi	1.
Fakülte Sekreteri			
Yüksekokul Sekreteri			
Meslek Yüksekokulu Sekreteri			
Enstitü Sekreteri			

<i>Yükseköğretim kurumlarında çalışan ve yönetim görevi olan;</i> Genel Sekreter Yardımcısı Daire Başkanları Üniversite Hastaneleri Başmüdürü Özel Kalem Müdürü Hastane Müdürü Döner Sermaye İşletme Müdürü Şube Müdürü Diğer Unvanlı Müdürler	Mahal itibariyle yetkili İl İdare Kurulu	Danıştay Dairesi	1.
<i>Yükseköğretim Kurumlarında çalışan ve Yönetim görevi olmayan;</i> 657 sayılı kanuna tâbi tüm personel (Yardımcı hizmetler sınıfı dahil)			
Bağımsız Vakıf Meslek Yüksekokulunda görev yapan 657 sayılı kanuna tâbi tüm personel			

Yetkili kurullar tarafından verilen lüzum-u muhakeme kararlarının ilgililerin itirazı üzerine; men-i muhakeme kararlarının ise re'sen inceleneceğini hüküm altına alan yükseköğretim kanununda itirazın hangi süre içerisinde yapılacağına ilişkin bir hükme de yer verilmemiştir. 2547 sayılı kanunda itiraz süresine yer verilmemiş olması nedeniyle 4483 sayılı kanun hükümleri doğrultusunda itiraz süresinin kararın

tebliğinden itibaren 10 gün olarak uygulanacağı ile sağlık raporlarının itiraz süresini kesmeyeceği yüksek mahkeme kararında¹²⁵ belirtilmiştir.

2547 sayılı kanunda men-i muhakeme kararlarının kendiliğinden inceleneyeceği hüküm altına alınmış olmasına rağmen şikâyetçinin ya da Cumhuriyet Başsavcısının men-i muhakeme kararlarına itiraz hakkının bulunup bulunmadığına ilişkin bir hüküm konulmadığından belirtilen kişilerin itiraz hakkının olup olmadığı yargı kararlarından yararlanılarak tespit edilmektedir.

2547 sayılı Yükseköğretim Kanununda yetkili kurulca verilen lüzum-u muhakeme kararına ya da men-i muhakeme kararlarına Cumhuriyet Başsavcılarının itiraz edebileceklerine dair bir hükme yer verilmediğine ilişkin Danıştay Kararı¹²⁶ mevcuttur. Ayrıca Danıştay Dairesi,¹²⁷ şüpheliler hakkında verilen men-i muhakeme kararını, şikâyetçilerin itirazı üzerine ve yasa gereği kendiliğinden inceleyerek, itirazın kabulüne ve men-i muhakeme kararının bozulmasına karar vermiştir. Söz konusu kararlar dikkate alındığında şikâyetçinin men-i muhakeme kararına itiraz hakkı bulunurken, Cumhuriyet Başsavcılarının itiraz hakkı yoktur. Dolayısıyla, men-i muhakeme kararları re'sen veya itirazen Danıştay tarafından incelenmektedir.

2547 sayılı kanuna göre yapılan ceza soruşturması sonunda verilen men-i muhakeme ve lüzum-u muhakeme kararlarına karşı itiraz dışında başka bir yargı yolu öngörülmemiştir. Danıştay 1. Dairesi'nin vermiş olduğu bir kararın yeniden incelenmesi için Danıştay 1. Dairesine yaptığı başvuru, 2547 sayılı Yükseköğretim Kanununun 53. maddesinin (c) fıkrasında itiraz üzerine Danıştay İdari Dairesince verilen kararların yeniden incelenmesi yolu öngörülmediğinden, diğer bir anlatımla

¹²⁵ Bkz. Danıştay 2. Dairesi, E.2001/754, K.2001/1585, K.T. 08.06.2001, <https://www.sinerjimevzuat.com.tr/>, E.T.17.12.2017.

¹²⁶ Danıştay 1. Dairesi, E.2008/746, K.2008/784, K.T. 26.06.2008, <https://www.sinerjimevzuat.com.tr/>, E.T.17.12.2017.

¹²⁷ Danıştay 1. Dairesi, E.2008/617, K.2008/878, K.T. 16.09.2008, <https://www.sinerjimevzuat.com.tr/>, E.T.17.12.2017.

itiraz üzerine verilen kararların kesin olduğu yüksek mahkeme kararında¹²⁸ açıkça belirtilerek reddedilmiştir.¹²⁹

2547 sayılı kanuna göre yapılan ceza soruşturması sonunda verilen men-i muhakeme ve lüzum-u muhakeme kararları idari işlem niteliği taşımadığı kabul edilmektedir.

Danıştay ve İdari Dava Daireleri (*Genel*) Kurulu farklı tarihli kararlarında ceza yargılamasına izin verip vermemeyi karara bağlayan idari kararları “idari işlem niteliğinde” kabul etmemekte ve yargı işlevinin parçası (*ceza kovuşturmasının başlangıç-yargılamasın ön işlemi*) kabul etmektedir.¹³⁰ Yani idarenin ‘ceza yargılaması’ alanında mahkeme (yargılama) öncesi bir aşamayı oluşturan ve yine yargılama alanında sonuç doğuracak/doğurabilecek işlemleri, ‘idari’ nitelikte kabul edilmemekte, “idarenin kamu görevlileri hakkında verdiği yargılama izni kararları *yargı işlevi* içinde” sayılmaktadır.¹³¹ Çünkü “...idarenin yargılama(ya) izin vermeme kararlarına karşı, konusuna göre bölge idare mahkemelerine veya Danıştay’a itiraz yolunun bulunması” ve “idarenin ceza yargılamasında bir unsur olan işlemin başka

¹²⁸ Danıştay 1. Dairesi, E.2005/661, K.2005/1048, K.T. 22.09.2005, www.sinerjimevzuat.com.tr, E.T.17.12.2017.

¹²⁹ Ayrıca verilen kararların kesin olduğu, bu kararlara karşı, karar düzeltme veya itiraz yolu öngörülmediğinden itirazın incelenmeksizin reddi gerekeceği hakkında Bkz. Danıştay 2. Dairesi, E.2003/252, K.2003/457, K.T. 12.03.2003, <https://www.sinerjimevzuat.com.tr/>, E.T.17.12.2017.

¹³⁰ DİDDGK, 8.11.1985 tarih ve 1985/126 E. 1985/109 K., *Danıştay Dergisi*, S.62-63, Y.1986, s.133; DİDDK, E. 2006/871, K. 2006/759, K.T. 23.6.2006, *Danıştay Dergisi*, S.114, Y.2007, s.81-85, http://www.danistay.gov.tr/upload/yayinlar/12_03_2014_104149.pdf; E. DİDDK, 2004/125, K. 2007/2320, 22.11.2007, *Danıştay Dergisi*, S.118, Y.2008, s.59-62, http://www.danistay.gov.tr/upload/yayinlar/12_03_2014_104247.pdf; Danıştay 5.Dairesi, E. 1990/4543, K. 1991/13, K.T.10.1.1991, *Danıştay Dergisi*, S.82-83, Y.1992, s.443; Danıştay 10. Dairesi, E. 1991/3500, K. 1992/46, K.T.15.1.1992, *Danıştay Dergisi*, 86, 1993, s.594; Danıştay 12. Dairesi, E.2003/1018, K.2006/1436, K.T.14.4.2006, *Danıştay Dergisi*, S.113, Y.2006, s.386-388, http://www.danistay.gov.tr/upload/yayinlar/12_03_2014_104137.pdf ; Danıştay 13. Dairesi, E. 2011/1527, K.2011/2296, K.T. 16.5.2011, *Danıştay Dergisi*, S.127, Y.2011, s.454-456. http://www.danistay.gov.tr/upload/yayinlar/12_03_2014_104443.pdf ; Bu tür kararları bir idari işlem ve eylem olmadığı için tam yargı davasını da reddetmektedir. Bkz. Danıştay 5. Dairesi, E.1985/3117, K.1985/3117, K.T. 12.12.1985, *Danıştay Dergisi*, S.62-63, Y.1986, s.218.

¹³¹ KARAHANOGULLARI, Onur, *İdarenin Hukukla Kavranması: Yasallık ve İdari İşlemler (Yargı Kararlarına Dayalı Bir İnceleme)*, Turhan Kitabevi, 3.Bası, Ankara, 2015, s.40-42.

bir yargı düzeninde denetlenmesinin yaratacağı sorunlar da işlemin nitelenmesinde belirleyici olmaktadır”.¹³²

Yukarıdaki değerlendirmeye örnek 27.10.1995 tarihli Danıştay İdari Dava Daireleri (Genel) Kurul kararında; “...soruşturma ve kovuşturmaya yönelik kavramların ve bu kavramlarda anlatımını bulan yönteme yönelik aşamaların son soruşturmayı yapacak ... ceza mahkemesine kadar oluşan, adli halkaların birer parçası niteliğinde bulunduğu, ceza yargılamasına varan ve Cumhuriyet Savcısının yürüteceği soruşturma ve iddianamenin başlangıç evresini oluşturan soruşturma izninin, idari faaliyetle ilgisinin bulunmadığı, adli suçtan kaynaklanan ve ceza yargılamasına etken olan takdir yetkisinin, idari makamlara bırakılmış olmasının, onun idari işlem niteliğini kazanmasını sağlamayacağı(na)...” karar vermiştir. Kararın devamında; “...soruşturma izninin yargısal prosedürden ayırmaya olanak bulunmadığı ... birbirine bağlı faaliyetin ilk halkasını idari görüp, izleyen bölümlerini ceza yargısına bırakmanın çelişiklere neden olacağı, yargı işlevinin karışmasına yol açacağı(nı) ... soruşturma izninin Cumhuriyet Savcısınca irdelenmesini, giderek kovuşturma izninin yine Cumhuriyet Savcısı ve olay yerine en yakın ... ceza mahkemesince son soruşturma açılıp açılmaması kararına varılması için değerlendirilmesini gerekli kıldığına göre ceza yargısına yönelik idari iznin yargısal denetiminin de yapılmış olacağı...”¹³³ tespit edilmektedir.

Yükseköğretim Kurulu Başkanlığı'nca verilen men-i muhakeme kararının iptali istemiyle açılan davada Danıştay. Dairesince,¹³⁴ “ceza soruşturması kapsamında verilen kararların idari işlem niteliği taşımadığı” gerekçesiyle ret kararı verilmiştir.

2547 sayılı kanundan farklı olarak 4483 sayılı kanun, soruşturma izni verilmemesi kararlarına karşı Danıştay tarafından res'en incelenmesi yönünde bir

¹³² KARAHANOGULLARI, s.43.

¹³³Danıştay İdari Daireler Genel Kurulu; E.1994/926, K.1995/739, K.T.27.5.1995, <http://emsal.danistay.uyap.gov.tr/BilgiBankasiIstemciWeb/DokumanGosterServlet?dokumanId=6dQp1E3JN2TqHn5HwZgd7pMO1SCDoLe%2BRwsNJGzcYM%2Fa%2B6gU8dOQaq%2FfBdKB2ere%2F7zot5O5KLbU2fxMw%2Bgjy7URZMzkk8F2JAQB1MAXubnSKr5Yowr4i6GziylhUchFm5pcCsQIp7SXxUKYQ68mQ%3D%3D&aralan=&dokumanTuru=DANISTAYKARAR>

¹³⁴Danıştay 5. Dairesi, E.1990/4543, K.1991/13, K.T. 10.01.1991, <https://www.sinerjimevzuat.com.tr/>, E.T.17.12.2017, <https://www.sinerjimevzuat.com.tr/>, E.T.17.12.2017.

düzenlemede bulunmamış bunun yerine şikâyetçiye ve Cumhuriyet Başsavcısı'na men-i Bölge İdare Mahkemesine itiraz yoluna başvurulabileceğini öngörmüştür. Ayrıca 4483 sayılı kanunda itirazların öncelikle inceleneceği ve en geç 3 (üç) ay içerisinde karara bağlanacağı ile itiraz üzerine verilen kararların kesin olduğu hüküm altına alınmıştır.

Yükseköğretim Kurulu'nun ilgili kuruluşu olan Ölçme, Seçme ve Yerleştirme Merkezinde çalışan kamu görevlilerinin yargılanmaları 2547 sayılı kanuna göre değil 4483 sayılı kanun hükümleri doğrultusunda gerçekleştirilmektedir. Bu nedenle itiraz mercii, 4483 sayılı kanuna uygun olarak Ölçme Seçme ve Yerleştirme Merkezi Başkanı için Danıştay 1. Dairesi, diğerleri için izin vermeye yetkili mercii yargı çevresinde bulunduğu Bölge İdare Mahkemesi olarak düzenlenmiştir.

4483 sayılı kanuna göre yürütülen soruşturmalarda takipsizlik kararına şikâyetçi (suçtan mağdur ise), kararın kendisine tebliğinden itibaren 15 (on beş) gün içerisinde, söz konusu kararı veren Cumhuriyet Savcısının bağlı bulunduğu ağır ceza işlerini gören mahkemeye en yakın Ağır Ceza Mahkemesi Başkanına itirazda bulunma hakkına sahiptir.

e. Yargılamaya Yetkili Mercii

Kesinleşen¹³⁵ son soruşturma kararları üzerine yükseköğretim kurumları ve üst kuruluşlarında çalışan kamu görevlilerinin yargılamalarında hangi mahkemenin görevli olduğu 2547 sayılı Yükseköğretim Kanunu'nun 53. maddesinde belirtilmiştir. Buna göre, Yükseköğretim Kurulu Başkan ve Üyelerinin Yargılamaları "*Yargıtay İlgili Ceza Dairesinde*", temyiz incelemesi ise "*Yargıtay Ceza Genel Kurulunda*"; diğer görevlilerin yargılanmaları suçun işlendiği yer adli mahkemesinde; temyiz

¹³⁵ Yükseköğretim kurumları ve üst kuruluşlarında çalışan kamu görevlileri ile ilgili yürütülen hazırlık soruşturması sonunda haklarında lüzum-u muhakeme kararı verilmesi halinde bu karara itiraz edilmemesi yahut itiraz edilmesine rağmen itirazın kabul edilmemesi halinde söz konusu karar kesinleşmektedir.

Bunun dışında bahse konu kamu görevlileri hakkında verilen men-i muhakeme kararlarının Danıştay İdari İşler Kurulunda ya da Danıştay 1. Dairesinde re'sen veya itirazın incelenmesi neticesinde bozularak lüzum-u muhakeme kararı verilmesi halinde de men-i muhakeme kararı kesinleşmektedir.

incelemesi “*Yargıtay İlgili Ceza Dairesinde*” yapılmaktadır. Görevli mahkeme, 5235 sayılı Adli Yargı İlk Derece Mahkemeleri İle Bölge Adliye Mahkemelerinin Kuruluş, Görev ve Yetkileri Hakkında Kanun’un¹³⁶ 10, 11 ve 12. maddelerine göre belirlenmekte olup, yetkili mahkeme ise suçun işlendiği yer¹³⁷ mahkemesidir.¹³⁸

¹³⁶ R.G. 26.09.2004, S.25606.

¹³⁷ İştirak halinde işlenen suçlarla ilgili olarak 2547 sayılı kanunda “*değişik statüdeki kişilerin birlikte suç işlemeleri halinde soruşturma usulü ve yetkili yargılama mercii görev itibarıyla üst dereceliye göre tayin olunur*” hükmüne yer verilmiştir. Yükseköğretim kanununun iştirakle ilgili başka bir hükme yer vermemiş olması nedeniyle 4483 sayılı Kanunun 10. maddesi gereğince memur olmayan memurla, ast memur üst memurla aynı mahkemede yargılanacaktır. Başka bir ifade ile iki idari personelin ya da iki akademik personelin veya akademik ile idari personelin birlikte suç işlemesi halinde unvanı yüksek olanın yargılanacağı mahkemede hepsinin yargılaması yürütülecektir. Ancak yükseköğretim kurumları ile üst kuruluşlarında çalışan personelin, memur olmayan bir kişi ile iştirak halinde suç işlemesi durumunda yargılamaları aynı mahkemede yapılmasına rağmen soruşturmaları birlikte yürütülmektedir. Kurum personelinin soruşturması 2547 sayılı kanun uyarınca yapılırken memur olmayan personelin soruşturması genel hükümlere göre Cumhuriyet savcılarınca yapılmaktadır.¹³⁷

Nitekim Danıştay kararında yükseköğretim kanunun ilgili maddesinin uygulama alanının yükseköğretim kuruluş ve kurumlarında görevli personelle sınırlı olduğu belirtilerek iştirak halinde işlendiği ileri sürülen suçla ilgili olarak şüpheliler hakkında verilen men-i muhakeme kararının kurum personeli ile ilgili kısmı onaylanmış ancak Dış Hekimliği Fakültesi 5. Sınıf öğrencisi olan şüpheli hakkındaki kısmı ise “*üniversite personeli olmadı, bu nedenle hakkında 2547 sayılı Kanun’un 53. maddesi uyarınca ceza soruşturması yapılamayacağı ve son soruşturmanın açılıp açılmaması yolunda bir karar alınamayacağı*” gerekçesiyle men-i muhakeme kararının bozulmasına karar verilmiştir. Bkz. Danıştay 1. Dairesi, E.2006/238, K.2006/434, K.T. 19.04.2006, <https://www.sinerjimevzuat.com.tr/>, E.T.17.12.2017.

¹³⁸ GÖKCAN ve ARTUÇ, s.708.

Tablo - 9		
Hakkında Lüzum-u Muhakeme Kararı Verilen Kamu Görevlisinin Yargılanmasında Görevli ve Yetkili Merciler		
<i>Hakkında Lüzum-u Muhakeme Kararı Verilen Kamu Görevlisi</i>	<i>Görevli ve Yetkili Mahkemeler</i>	
	<i>Yargılama Mercii</i>	<i>Temyiz Mercii</i>
Yükseköğretim Kurulu Başkanı	Yargıtay İlgili Ceza Dairesi	Yargıtay Ceza Genel Kurulu
Yükseköğretim Kurulu Üyeleri		
Yükseköğretim Denetleme Kurulu Başkanı		
Yükseköğretim Denetleme Kurulu Üyeleri		
Yükseköğretim Kurulu Üniversitelerarası Kurul'da görevli 2914 ve 657 sayılı kanunlara tâbi tüm personel	Suçun işlendiği yer Adli Mahkemesi	Yargıtay İlgili Ceza Dairesi
Yükseköğretim Denetleme Kurulu'nda görevli görevli 2914 ve 657 sayılı kanunlara tâbi tüm personel		
Yükseköğretim Kurumlarında görevli görevli 2914 ve 657 sayılı kanunlara tâbi tüm personel		

Tablo - 9'dan da anlaşılacağı üzere yargılamada görevli ve yetkili merciler, yargılananın görev ve unvanına göre Yargıtay ilgili ceza dairesi ya da suçun işlendiği yer adli mahkemesi olarak belirlenmiştir. İştirak halinde işlenen suçlarda ast üst ile,

memur ile memur olmayan birlikte aynı mahkemede yargılanacaktır.

DEĞERLENDİRME VE SONUÇ

4483 sayılı Memurlar ve Diğer Kamu Görevlilerinin Yargılanması Hakkında Kanun kamu görevlileri için görevleri sırasında ya da görevleri dolayısıyla işledikleri suçlardan dolayı soruşturma açılmasını izin sistemine bağlamış, ancak kamu görevlileri için (unvan ve sıfatları nedeniyle) özel soruşturma usulleri benimsenmiştir. Bunlar arasında yükseköğretim kurumları ile üst kuruluşlarında çalışan kamu görevlileri de bulunmakta ve bunlar için ceza soruşturması 2547 sayılı Yükseköğretim Kanunu'nun 53/c maddesine göre *tahkik* (soruşturma) usulüne uygun yapılması gerekmektedir.

20.12.2016 tarih ve 6764 sayılı kanun ile 2547 sayılı Yükseköğretim Kanununun 53. maddesinde değişiklik yapılarak ilk soruşturma yükseköğretim kurumları ile üst kuruluşlarında çalışan kamu görevlilerinin görevleri dolayısıyla ya da görevlerini yaptıkları sırada işledikleri ileri sürülen suçlar hakkında yetkili makamlarca inceleme başlatılabileceği hüküm altına alınmıştır. Suçun niteliği ve zaman bakımından aciliyet bulunmayan hallerde doğrudan soruşturma açılması yerine öncelikle ön inceleme başlatılması, soruşturmaya konu eylemin soruşturma açılmasını gerektiren bir fiil olmadığı, disiplin soruşturması niteliği taşıdığı, ceza soruşturması açılmasını gerektirecek boyutta olmadığı ya da genel hükümlere göre Cumhuriyet Başsavcılığınca soruşturması gerektiği tespit edilebileceğinden gereksiz soruşturma açılması önlenmiş olacak, karar vermeye yetkili olan kurulların ve yargının yükü hafifletilecek, personelin gereksiz yere açılan soruşturmalarda yıpratılması önlenecektir.

Yükseköğretim kurumları ve üst kuruluşlarında çalışan kamu görevlileri hakkında inceleme sonucunda (soruşturma açılmasına karar verilmesi halinde) ya da doğrudan başlatılan ceza soruşturması Cumhuriyet Başsavcılarınca değil kurum içerisinde iki aşamalı olarak yapılmaktadır. Bu aşamalar (1) fezleke hazırlama (ilk soruşturma) aşaması, (2) yetkili kurul tarafından karara bağlanma (son soruşturma) aşamasıdır. İlk soruşturma ile yetkili kurul tarafından karara bağlanması aşaması

olan son soruşturma aşaması Cumhuriyet savcılarının yürüttüğü hazırlık soruşturması niteliğindedir.

Hazırlık soruşturmasının ilk aşaması olan fezleke hazırlama (ilk soruşturma) aşamasında bilgi, belge ve deliller toplanmakta ikinci aşamasında yani 2547 sayılı kanununun 53. maddesinde son soruşturma olarak belirtilen karar aşamasında, yetkili kurullarca şüpheli hakkında kamu davası açılıp açılmamasına yönelik karar verilmektedir.

Yükseköğretim üst kuruluşlarında çalışan kamu görevlilerinin soruşturma usûlleri atandığı kadroya, mevzuata, unvanına ve görev yaptığı birime göre değişiklik arz etmektedir.

2547 sayılı kanununun 53. maddesi gereğince yönetici olsun olmasın tüm akademik ve idari personel hakkında ilk soruşturmanın kurum içerisinde yapılmasına rağmen, son soruşturmanın kurum içinden ve kurum dışından belirlenen kurullarca yapılması yönünde ikili bir ayrıma gidilmiştir. Bununla da kalmamış 657 sayılı kanuna tâbi yöneticilik görevi bulunan personelin bir kısmı hakkında (genel sekreterler ve sekreterler) kurum içinde teşkil edilen kurullarca, diğer yöneticiler (genel sekreter yardımcıları, daire başkanları, şube müdürleri vd) için ise kurum dışı kurullarca (il idare kurulları) karar verilecek olması durumu daha da karmaşıktır.

Yetkili kurulların kamu görevlisinin yargılanmasına ilişkin aldığı lüzum-u muhakeme kararları kesinleştiğinde iddianame niteliği taşıyan belge olarak kabul edildiğinden, iddianamede bulunması gereken tüm hususları içerecek şekilde titizlikle hazırlanması gereken ve uzmanlık isteyen bir iştir. İddianame niteliği taşıması nedeniyle adliyeye intikal ettiğinde savcılarca yeniden soruşturma yapılmamakta ve iddianame düzenlememekte doğrudan esas kaydı verilerek dava açılmaktadır.

Cumhuriyet Savcılarınca yürütülmesi gereken soruşturmanın ve kovuşturma kararının çoğunlukla bu konuda eğitim almamış kişi ve kurullarca (Danıştay hariç) yapılması hem soruşturmacılar hem son soruşturma kurulu üyeleri hem de

şüpheliler için sıkıntılı bir durumdur. Sadece Cumhuriyet Savcılarının iddianame hazırlama yetkisi bulunmasına rağmen yükseköğretim kurumlarında yürütülen soruşturma sonunda iddianamede bulunması gereken bazı bilgilerin son soruşturma kararlarında yer almadığı da göz önüne alınarak, iddianame benzeri bir karar alınması üzerinde düşünülmesi gereken bir durumdur.

2547 sayılı kanunun ilgili maddesinde soruşturmaların tamamlanması için gerekli olan sürelerin (Fezleke hazırlama aşaması olan ilk soruşturma ve karar aşaması olan son soruşturma için) tespiti yapılmamıştır. İtirazı karara bağlayacak mercii belirtilmiş olmasına rağmen itirazın yapılacağı mercii ve itiraz süresine ilişkin hükümlere yer verilmemiştir. İtiraz süresinin ve dava açma süresinin belirlenmesi açısından oldukça önemli olan tebligata, dava ve ceza zamanaşımı sürelerine ilişkin hükümlere de değinilmemiştir.

Soruşturma ve kovuşturmaya ilişkin en temel sayılabilecek hususlarda bile eksikliği bulunan 2547 sayılı kanun, hali hazırda yürürlüğü olmayan 1412 sayılı Ceza Muhakemeleri Usûl Kanunu ile Memurin Muhakematı Hakkında Kanun döneminde hazırlandığından günümüzde yaşanan sıkıntıları atfin atfi yoluyla çözmeye çalışılmaktadır.

Sonuç olarak 1982 tarihli Yükseköğretim Kanunu'nun disiplin ve ceza ile ilgili hükümlerinin güncelliğini kaybettiği, değişen zamana ve mevzuatlara uyum sağlayamadığı, sayılamayacak kadar eksikliklerinin ve yanlışlıklarının bulunduğu açıktır. Kanun koyucunun 20.12.2016 tarih ve 6764 sayılı kanun ile 2547 sayılı Yükseköğretim Kanununun "Disiplin" iş ve işlemleri hakkında yaptığı düzenleme sırasında "Ceza soruşturma usulü" hakkında da (tespit edilen eksik ve yanlışları dikkate alarak) iyileştirme yapması beklenirdi. Ancak bu gerçekleştirilememiştir. Yukarıda vurguladığımız hususların göz önüne alındığı yeni bir düzenlemenin yapılmasının yerinde olacağı kanaatini taşımaktayız.

KAYNAKÇA

AKKAN, T. M., 4483 Sayılı Kanun'a Göre Memurların Yargılanmasında İdari Süreç, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara, 2009.

AKYILMAZ, B., - SEZGİNLER, M. ve KAYA, C., Türk İdare Hukuku, 8. Bası, Seçkin Yayınları, Ankara 2017.

ASLAN, O. E., "Memurların Yargılanması Hakkındaki Yeni Yasa Üzerine Düşünceler", Amme İdaresi Dergisi, C. 33, S. 1, Mart 2000.

AVCI, M., "Memurlar ve Diğer Kamu Görevlilerinin Yargılanması Hakkında Kanun Üzerine Bir İnceleme", EÜHFD, C. XI, S. 3-4, 2007.

ÇAĞLAYAN, R., "Memurlar ve Diğer Kamu Görevlilerinin Yargılanmasına İlişkin 4483 Sayılı Kanununun Hakkında Bir Değerlendirme", AÜEHFD, C.VII, S.1-2, Haziran 2003.

ÇETİN, E., Açıklamalı-İçtihatlı Ceza Hukukunda ve Özel Yasalarda Memur Memurlar ve Diğer Kamu Görevlilerinin Yargılanma Usulü ve Memur Suçları, Seçkin yayıncılık, Ankara, 2003.

ÇİÇEK, İ., Gerekçeli-Açıklamalı-İçtihatlı Memurlar ve Diğer Kamu Görevlilerinin Yargılanması Hakkında 4483 Sayılı Kanun, Kazancı Hukuk Yayımevi, İstanbul, 2008.

DUMAN, B., Yükseköğretim Ceza ve Disiplin Soruşturması, Seçkin Yayınları, Ankara, 2006.

EREN, A., "Memurin Muhakematı Hakkında Kanunu Muvakkat" İle Onu Yürürlükten Kaldıran "Memurlar ve Diğer Kamu Görevlilerinin Yargılanması Hakkında Kanun"un Karşılaştırılması", Ankara Üniversitesi, Siyasal Bilimler Fakültesi Dergisi S.55-3.

GÖKCAN H. T. ve ARTUÇ, M., Kamu Görevlisi ve Özel Soruşturma Usülleri (Memur Yargılaması), Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2008.

GÜLTEKİN, Ö., "İddianame Yerine Geçen Belgeler İddianamenin İadesine Konu Olabilir mi?" Adalet Dergisi, S.37.

KARAHANOGULLARI, O., İdarenin Hukukla Kavranması: Yasallık ve İdari İşlemler (Yargı Kararlarına Dayalı Bir İnceleme), Turhan Kitabevi, 3.Bası, Ankara, 2015.

KAYAR, N., Kamu Personel Yönetimi, Ekin Yayınevi, Bursa, 2008.

KOCA, M. ve ÜZÜLMEZ, İ., Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, Seçkin Yayıncılık, 8. Baskı, Ankara, 2015.

MESÇİ, H., Yükseköğretim Kurumları ve Üst Kuruluşlarında Çalışan Kamu Görevlilerinin Yargılanmaları Öncesi Soruşturmaları, Süleyman Demirel Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Isparta, 2011.

PINAR, İ., 4483 Sayılı Kanuna göre Memur Suçlarında İdari ve Adli Soruşturma Usûlleri, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2003.

-----, 4483 Sayılı Kanuna Göre Memurlar ve Diğer Kamu Görevlileri Hakkında Ceza Soruşturması, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2009.

SALİHOĞLU, E. ve DEMİRKOL, S., 4483 sayılı Kanun ile Memurlar ve Diğer Kamu Görevlilerinin Yargılanması Öncesi Aşamaya ilişkin Usûl ve İşlemler, Beta Yayın, İstanbul, 2005.

ŞAHİN, F., "Memur Yargılama Sistemi Kaldırılıyor mu?" Sayıştay Dergisi, S.48.

YAYLA, Y., İdare Hukuku, Beta Basım, İstanbul, 2009.

YURTCAN, E., Ceza Yargılaması Hukuku, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2005.

ZENGİN, R., Kamu Görevlilerinin Görev Suçlarında Soruşturma Usûlü, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Süleyman Demirel Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Isparta, 2006.

https://www.tbmm.gov.tr/tutanaklar/TUTANAK/MGK_/doi/c007/mgk_010_07118ss0450.pdf, E.T. 12.12.2017.

11.02.1959 tarihli ve 7201 sayılı Tebligat Kanunu, R.G.19.02.1959, S.10139.

14.07.1965 tarihli ve 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu, R.G. 23.07.1965, S.12056.

04.11.1981 tarihli ve 2547 sayılı Yükseköğretim Kanunu, R.G. 06.11.1981, S.17506.

11.10.1983 tarihli ve 2914 sayılı Yükseköğretim Personel Kanunu, R.G. 13.10.1983, S.18190.

19.04.1990 tarihli ve 3628 sayılı Mal Bildiriminde Bulunulması, Rüşvet ve Yolsuzluklarla Mücadele Kanunu, R.G. 04.05.1990, S.20508.

02.12.1999 tarihli ve 4483 sayılı Memurlar ve Diğer Kamu Görevlilerinin Yargılanması Hakkında Kanun, R.G. 4.12.1999, S. 23896.

02.06.2004 tarihli ve 5183 sayılı Danıştay Kanunda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun, R.G. 09.06.2004, S.25487.

26.09.2004 tarihli ve 5237 sayılı Yeni Türk Ceza Kanunu, R.G. 12.10.2004, S.25611.

26.09.2004 tarihli ve 5235 sayılı Adli Yargı İlk Derece Mahkemeleri İle Bölge Adliye Mahkemelerinin Kuruluş, Görev ve Yetkileri Hakkında Kanun, R.G. 07.10.2004, S.2606.

04.12.2004 tarihli ve 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu, R.G. 17.12.2004, S.25673.

12.01.2011 tarihli ve 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu, R.G. 04.02.2011, S.27836.

17.02.2011 tarihli ve 6114 sayılı Ölçme, Seçme ve Yerleştirme Merkezi Başkanlığının Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun, R.G.03.03.2011, S.27863.

02.12.2016 tarihli ve 6764 sayılı Milli Eğitim Bakanlığının Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararname ile Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun, R.G.09.12.2016, S.29913.

Yükseköğretim Denetleme Kurulu Teşkilât, Görev ve Çalışma Usûlleri Yönetmeliği, R.G. 03.08.1982, S. 17771.

Yükseköğretim Kurumları Yönetici, Öğretim Elemanı ve Memurları Disiplin Yönetmeliği, R.G. 21.08.1982, S. 17789. (Mülga)

Anayasa Mahkemesi, E.2013/58 K.2013/114 K.T.10.10.2013, R.G.: 09.05.2014, S. 28995.

Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulu, E. 2006/69, K.2009/1089, K.T. 16.04.2009, www.sinerjimevzuat.com.tr/, E.T.17.12.2017.

Danıştay İdari Daireler Genel Kurulu; E.1994/926, K.1995/739, K.T.27.5.1995, <http://emsal.danistay.uyap.gov.tr/BilgiBankasiIstemciWeb/DokumanGosterServlet?dokumanId=6dQp1E3JJN2TqHn5HwZgd7pMO1SCD0Le%2BRwsNJGzcYM%2Fa%2B6gU8dOQaq%2FfBdKB2ere%2F7zot5O5KLbU2fxMw%2Bgjy7URZMzkk8F2JAQB1M AXubnSKrSYowr4i6GziyLhUcHFm5pcCsQIp7SXxUKYQ68mQ%3D%3D&aranan=&dokumanTuru=DANISTAYKARAR>

DİDDGK, 8.11.1985 tarih ve 1985/126 E. 1985/109 K., Danıştay Dergisi, S.62-63, Y.1986.

Danıştay 5. Dairesi, E.1985/3117, K.1985/3117, K.T. 12.12.1985, Danıştay Dergisi, S.62-63, Y.1986.

Danıştay 2. Dairesi, E.1990/4543, K.1991/13, K.T. 10.01.1991.

Danıştay 5.Dairesi, E. 1990/4543, K. 1991/13, K.T.10.1.1991, Danıştay Dergisi, S.82-83, Y.1992.

Danıştay 10. Dairesi, E. 1991/3500, K. 1992/46, K.T.15.1.1992, Danıştay Dergisi, S.86, Y.1993.

Danıştay 2. Dairesi, E.1991/2690, K.1992/67, K.T.16.01.1992, <http://emsal.danistay.uyap.gov.tr/BilgiBankasiIstemciWeb/DokumanGosterServlet?dokumanId=6dQp1E3JJN2TqHn5HwZgd7pMO1SCD0Le%2BRwsNJGzcYM%2Fa%2B6gU8dOQaq%2FfBdKB2eryxhEWjR2W2QtSiYAS2Q7AyGmxzCy3IxEkDlfp2rIvIUOV>

[DoKQBTKs4XfW%2B6foaHDnleL7HDLcuUDdXOD%2FIRwUA%3D%3D&aranan=&dokumanTurü=DANISTAYKARAR](https://www.sinerjimevzuat.com.tr/), E.T. 17.12.2017.

Danıştay 1. Dairesi, E.1996/18, K.1996/124, K.T. 07.06.1996,
<https://www.sinerjimevzuat.com.tr/>, E.T.17.12.2017.

Danıştay 1. Dairesi, E.1997/77, K.1997/131, K.T. 21.10.1997,
<https://www.sinerjimevzuat.com.tr/>, E.T.17.12.2017.

Danıştay 2. Dairesi, E.2001/754, K.2001/1585, K.T. 08.06.2001,
<https://www.sinerjimevzuat.com.tr/>, E.T.17.12.2017.

Danıştay 2. Dairesi, E.2001/1516, K.2002/1991, K.T. 16.04.2002,
<https://www.sinerjimevzuat.com.tr/>, E.T.17.12.2017.

Danıştay 2. Dairesi, E.2002/316, K.2002/2734, K.T. 07.05.2002,
<https://www.sinerjimevzuat.com.tr/>, E.T.17.12.2017.

Danıştay 2. Dairesi, E. 2001/1035, K.2002/3424, K.T. 10.10.2002,
www.sinerjimevzuat.com.tr, E.T. 17.12.2017.

Danıştay 2. Dairesi, E.2001/1032, K.2002/3415, K.T. 10.10.2002,
<https://www.sinerjimevzuat.com.tr/>, E.T.17.12.2017.

Danıştay 2. Dairesi, E. 2002/23, K.2002/3570, K.T. 23.10.2002,
<https://www.sinerjimevzuat.com.tr/>, E.T.17.12.2017

Danıştay 2. Dairesi, E.2000/2103, K.2002/3569, K.T. 23.10.2002,
<https://www.sinerjimevzuat.com.tr/>, E.T.17.12.2017.

Danıştay 2. Dairesi, E.2003/252, K.2003/457, K.T. 12.03.2003.

Danıştay 2. Dairesi, E. 2003/297, K.2003/848, K.T. 18.04.2003,
www.sinerjimevzuat.com.tr, E.T. 17.12.2017.

Danıştay 2. Dairesi, E.2003/910, K.2003/2067, K.T.21.10.2003,
<https://www.sinerjimevzuat.com.tr/>, E.T.17.12.2017.

Danıştay 2. Dairesi, E.2004/432, K.2004/442, K.T. 13.05.2004,
www.sinerjimevzuat.com.tr, E.T. 17.12.2017.

Danıştay 1. Dairesi, E.2004/663, K.2005/119, K.T. 04.02.2005,
www.sinerjimevzuat.com.tr, E.T.17.12.2017.

Danıştay 1. Dairesi, E.2004/687, K.2005/221, K.T. 24.02.2005,
www.sinerjimevzuat.com.tr, E.T.17.12.2017.

Danıştay 1. Dairesi, E.2005/325, K.2005/938, K.T.12.07.2005,
www.sinerjimevzuat.com.tr, E.T.17.12.2017.

Danıştay 1. Dairesi, E.2005/661, K.2005/1048, K.T. 22.09.2005,
www.sinerjimevzuat.com.tr, E.T.17.12.2017.

Danıştay 1. Dairesi, E.2005/769, K.2005/1235, K.T. 19.10.2005,
www.sinerjimevzuat.com.tr, E.T.17.12.2017.

Danıştay 1. Dairesi, E.2005/964, K.2005/1322, K.T. 10.11.2005,
www.sinerjimevzuat.com.tr, E.T.17.12.2017.

Danıştay 1. Dairesi, E.2005/1113, K.2005/1461, K.T. 08.12.2005,
www.sinerjimevzuat.com.tr, E.T.17.12.2017.

Danıştay 1. Dairesi, E.2005/1194, K.2005/1499, K.T. 14.12.2005,
www.sinerjimevzuat.com.tr, E.T.17.12.2017.

Danıştay 1. Dairesi, E.2005/1255, K.2006/95, K.T. 24.01.2006,
www.sinerjimevzuat.com.tr, E.T.17.12.2017.

Danıştay 1. Dairesi, E.2006/42, K.2006/193, K.T.14.02.2006,
<https://www.sinerjimevzuat.com.tr/>, E.T.17.12.2017.

Danıştay 1. Dairesi, E.2006/207, K.2006/357, K.T. 29.03.2006,
www.sinerjimevzuat.com.tr, E.T.17.12.2017.

Danıştay 12. Dairesi, E.2003/1018, K.2006/1436, K.T.14.4.2006, Danıştay
Dergisi,S.113,Y.2006,http://www.danistay.gov.tr/upload/yayinlar/12_03_2014_104137.pdf
df

Danıştay 1. Dairesi, E.2006/238, K.2006/434, K.T. 19.04.2006

DİDDK, E. 2006/871, K. 2006/759, K.T. 23.6.2006, Danıştay Dergisi, S:114,
Y.2007, http://www.danistay.gov.tr/upload/yayinlar/12_03_2014_104149.pdf

Danıştay 1. Dairesi, E.2006/783, K.2006/938, K.T. 20.10.2006,
<https://www.sinerjimevzuat.com.tr/>, E.T.17.12.2017.

Danıştay 1. Dairesi, E.2006/733, K.2006/982, K.T. 02.11.2006.

Danıştay 1. Dairesi, E.2006/1183, K.2006/1322, K.T. 28.12.2006,
www.sinerjimevzuat.com.tr, E.T. 17.12.2017.

Danıştay 1. Dairesi, E.2007/431, K.2007/539, K.T.15.05.2007,
www.sinerjimevzuat.com.tr, E.T.17.12.2017.

DİDDK, E. 2004/125, K.2007/2320, 22.11.2007, Danıştay Dergisi, S.118, Y.2008,
http://www.danistay.gov.tr/upload/yayinlar/12_03_2014_104247.pdf

Danıştay 1. Dairesi, E.2007/1357, K.2007/1507, KT. 11.12.2007,
<https://www.sinerjimevzuat.com.tr/>, E.T.17.12.2017.

Danıştay 1. Dairesi, E.2008/311, K.2008/670, K.T. 06.06.2008,
<https://www.sinerjimevzuat.com.tr/>, E.T.17.12.2017.

Danıştay 1. Dairesi, E.2008/746, K.2008/784, K.T. 26.06.2008.

Danıştay 1. Dairesi, E.2008/1037, K.2008/861, KT. 16.09.2008.

Danıştay 1. Dairesi, E.2008/617, K.2008/878, K.T. 16.09.2008,
<https://www.sinerjimevzuat.com.tr/>, E.T.17.12.2017.

Danıştay 1. Dairesi, E.2008/1231, K.2009/63, KT. 14.01.2009,
<https://www.sinerjimevzuat.com.tr/>, E.T.17.12.2017.

Danıştay 1. Dairesi, E.2009/56, K.2009/409, K.T. 04.03.2009.

Danıştay 1. Dairesi, E.2009/1503, K.2009/1722, K.T. 10.12.2009,
<https://www.sinerjimevzuat.com.tr/>, E.T.17.12.2017.

Danıştay 1. Dairesi, E.2010/466, K.2010/528, KT. 30.03.2010,
<https://www.sinerjimevzuat.com.tr/>, E.T.17.12.2017.

Danıştay 1. Dairesi, E.2010/892, K.2010/1038, KT. 23.06.2010,
www.sinerjimevzuat.com.tr/, E.T.17.12.2017.

Danıştay 1. Dairesi, E. 2010/1638, K.2010/1901, K.T.07.12.2010, <https://www.sinerjimevzuat.com.tr/>, E.T.17.12.2017.

Danıştay 1. Dairesi, E.2011/98, K.2011/252, KT. 09.02.2011, www.sinerjimevzuat.com.tr/, E.T.17.12.2017.

Danıştay 13. Dairesi, E. 2011/1527, K.2011/2296, K.T. 16.5.2011, Danıştay Dergisi, S.127, Y.2011, http://www.danistay.gov.tr/upload/yayinlar/12_03_2014_104443.pdf

Danıştay 1. Dairesi, E.2011/842, K.2011/1322, K.T.21.09.2011, www.sinerjimevzuat.com.tr, E.T.17.12.2017.

Danıştay 1. Dairesi, E. 2011/1781, K. 2011/1940, K.T. 06.12.2011, www.sinerjimevzuat.com.tr/, E.T.17.12.2017.

Danıştay 1. Dairesi, E.2011/1827, K.2012/390, KT. 13.03.2012, <https://www.sinerjimevzuat.com.tr/>, E.T.17.12.2017.

Danıştay 1. Dairesi, E.2012/510, K.2012/894, K.T.24.05.2012, www.sinerjimevzuat.com.tr, E.T. 17.12.2017.

Danıştay 1. Daire E. 2013/777, K. 2013/804, K. T. 11.06.2013, www.sinerjimevzuat.com.tr, E.T. 17.12.2017.

Danıştay 1. Dairesi, E.2014/821, K.2014/809, K.T. 29.05.2014, (yayımlanmamış yargı kararı)

Danıştay 1. Dairesi, E.2014/2037, K.2014/1929, K.T. 18.12.2014, <https://www.sinerjimevzuat.com.tr/>, E.T.17.12.2017.

Danıştay 1. Daire, E.2014/2080, K.2014/2000, K. T. 26.12.2014, www.sinerjimevzuat.com.tr, E.T. 17.12.2017.

Danıştay 1. Dairesi, E.2016/373, K.2016/410, K.T. 30.03.2016, www.sinerjimevzuat.com.tr, E.T. 17.12.2017.

Yargıtay 4. Ceza Dairesi, E.2001/12308, K.2001/13227, K.T. 20.10.2001, www.sinerjimevzuat.com.tr, E.T. 17.12.2017.

Yargıtay 5. Ceza Dairesi, E.2000/5349, K.2001/3166, K.T. 09.05.2001, www.sinerjimevzuat.com.tr, E.T. 17.12.2017.

Yargıtay 5. Ceza Dairesi, E.2015/11479, K.2016/8413, K.T. 17.10.2016,
www.sinerjimevzuat.com.tr, E.T. 17.12.2017.

Yargıtay 5. Ceza Dairesi, E.2000/7112, K.2001/3571, K.T. 23.05.2001,
www.sinerjimevzuat.com.tr, E.T. 17.12.2017.

Yargıtay 5. Ceza Dairesi, E.2014/6049, K.2016/6864, K.T. 27.06.2016,
www.sinerjimevzuat.com.tr, E.T. 17.12.2017.

Not: Yargı kararları Sinerji Mevzuat ve içtihat programından yeniden taranarak erişim tarihleri güncellenmiştir.

HAKEMLİ MAKALE/ PEER REVIEWED ARTICLE

AVRUPA'DAKİ MÜSLÜMANLARIN YENİ KİMLİĞİ; RAWLS'UN VEYA
SCHMITT'İN PERSPEKTİFİ

Murat TÜMAY*
İsmail MUTLU**

ÖZET

İslam, Batı'da her zamankinden daha fazla görünür hale geliyor. Bir kamusal alanda Müslüman olma fikri ve dolayısıyla Avrupa ülkelerindeki Müslüman nüfus sembollerinin görünürlüğü bazı sonuçlar doğurmuştur. Bu makale, bu etkileri John Rawls ve Carl Schmitt'in perspektiflerinden tartışacaktır. İlk iki bölüm, John Rawls ve Carl Schmitt'in kitapları ve ikincil kaynakları aracılığıyla fikirlerini tasvir ediyor. Üçüncü bölüm, Rawls ve Schmitt'in teorik çerçevesini, bazı özel davaları inceleyerek açıklamadan önce, Avrupa ülkelerinde dini özgürlük kavramını, bu konudaki politik kararları ve yasal uygulamaları analiz edecektir.

Anahtar Kelimeler: *Dini özgürlük, Müslüman kimliği, Müslüman sembolleri, Carl Schmitt, John Rawls.*

* Yrd. Doç. Dr, İstanbul Medeniyet Üniversitesi Hukuk Fakültesi Anayasa Hukuku Anabilim Dalı.

** Londra Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yüksek Lisans Öğrencisi.

THE NEW IDENTITY OF MUSLIMS IN EUROPE RAWLS'S OR SCHMITT'S PERSPECTIVE

Murat TÜMAY*
İsmail MUTLU**

ABSTRACT

Islam is becoming more visible than ever before in the West. The idea of being Muslim in a public space and consequently the visibility of the symbols of the Muslim population in European countries have paved the way for some implications. This article will discuss these implications from the perspectives of John Rawls and Carl Schmitt. The first two parts outline the ideas of John Rawls and Carl Schmitt via their books and secondary sources. The third part will analyse the concept of religious freedom in European countries and the political decisions and legal implementations regarding this issue, before attempting to reveal Rawls' and Schmitt's theoretical framework by examining a number of specific cases.

Key words: *Religious freedom, Muslim identity, Muslim symbols, Carl Schmitt, John Rawls.*

* Asst.Prof.Dr, Istanbul Medeniyet University Faculty of Law, Constitutional Law Department.

** LLM Student at Birkbeck College University of London.

INTRODUCTION

The concept of religious freedom can be considered in the light of individual activities because all religions reveal themselves through some kind of human activities, worship, and practices. The issue of religion is considered a controversial area in a number contexts. However, this article argues that the phenomenon of religious freedom can play a key role in understanding, questioning, and accounting for governments' approach and their courts' legal implementations regarding religious differences. In this sense, this article claims that the political and legal decisions of governments and courts are the most crucial and valid indicators to analyse the different perspectives of governments concerning religious differences.

The literature on Islam and the West contains various popular and controversial topics, especially in terms of Islamic identity through terrorism and immigration. An assumption in the literature is that these debates arise due to Islam becoming more apparent. In other words, Islam is becoming more visible than ever before in the West. In each country of Europe, especially in Western Europe, not only mosques, halal shops, and various kinds of Islamic-oriented places are becoming more visible but Islamic symbols such as veils. The idea of being Muslim in a public space and the domination of the symbols of the Muslim population have paved the way for the opening of debates. The majority of debates focus on the phenomenon of Islamophobia. Departing from previous studies, however, this article discusses the concept of religious freedom as it concerns a formation of a new identity through political and legal decisions.

This essay consists of three parts. The first two parts outlines the ideas of John Rawls and Carl Schmitt via their books and secondary sources. The third part will analyse the concept of religious freedom in European countries and the political decisions and legal implementations regarding this issue, before attempting to reveal Rawls' and Schmitt's theoretical framework by examining a number of specific cases.

1) John Rawls' *A Theory of Justice*

One of the best ways to understand and capture the essence of an idea is to determine its main conceptual framework, reveal its basic assumptions, and clarify its definitions, which give shape to the idea's whole paradigm. Then, we need to reveal the connections between them. This methodology allows us to comprehend ideas and provides a field to discuss them, question them, and finally evaluate their suitability as a methodology for other areas. Before reaching the limits of an idea, we need to engage in comparisons of the idea with other related ideas; therefore, in this part the study will focus on Rawls' main conceptual framework and identify the differences between Rawls' ideas and those of others, in the light of the aforementioned reasoning mechanism.

Every society and all people need to guarantee the virtue of their social institutions so that they can provide order and security. Through virtuous institutions, people can deal with conflicts and secure a peaceful life. According to Rawls' theory, this virtue is held to be justice.¹ Rawls used fresh reasons and methods in order to advance a new concept of justice. First, he states: "My aim is to present a conception of justice which generalises and carries to a higher level of abstraction the familiar theory of the social contract as found, say, in Locke, Rousseau, and Kant."² In this sense, his theory of justice is based on an abstraction of the social contract theory; namely, he recreates social contract theory through new conceptions and from a new perspective.

First, the notion of a hypothetical agreement³ can be seen as a distinctive and fundamental feature of his theory. This agreement must be prepared by a special person and in special conditions because through it, the public can solve their conflicts or problems and each group within society can ensure the protection of its interests. However, individuals can have different ideas and belong to different races,

¹ John Rawls, *A Rawls: Theory of justice (cloth)* (Belknap Press of Harvard University Press 1974) 10

² John Rawls, *A Rawls: Theory of justice (cloth)* (Belknap Press of Harvard University Press 1974) 11

³ John Rawls, 'Justice as fairness: Political not metaphysical' (1985) 14(3) *Philosophy & Public Affairs* accessed 27 December 2016 223–251

classes, genders, and religions. They may also differ with regard to their conception of what is good. To bring all these different parties together, society needs the notion of impartiality; otherwise, every person would like to impress varying interests on others or in some way dominate them. Therefore, individuals must agree on not to impose their interests or their personal concept of the good; people need to find common ground regarding basic structures and social institutions in order to reach an agreement. The question then remains how societies can reach such an agreement and what the fundamental requirements are for such a common base? To solve this problem, Rawls generates a new concept: the “original position,” which is a special condition for hypothetical agreements. Rawls says that people persons need to suppose that they cannot know their place in society, class, race, and gender, and especially the conception of good, when deciding on how to act and structure their institutions. They are behind a “veil of ignorance,” which provides society with impartiality because people can override their biases and interests.

Through this conceptualisation, Rawls offers a hypothetical individual and this person takes part in the “original position.” Rawls emphasises that the original position does not correspond to the natural position of a person and the person behind the veil of ignorance does not correspond to the nature of the person; rather, they are methodological devices that help us to reach the fundamental principles of justice. Hence, Rawls’ concept of justice cannot be considered a metaphysical perspective; it is determined through a political framework.⁴ As mentioned previously, if a person in the original position – and therefore behind the veil of ignorance – needs to come to an agreement with other people, they need to find common ground and a shared concept of good. At this point, Rawls argues that people have a “thin theory of the good”⁵ and through this theory, they can determine “primary goods” such as liberties, opportunities, wealth, and income. People can

⁴ John Rawls, 'Justice as fairness: Political not metaphysical' (1985) 14(3) *Philosophy & Public Affairs* accessed 27 December 2016 223–251

⁵ Jonathan Wolff, *An Introduction to Political Philosophy* (Oxford University Press 1996) 55

then use their rationality and mutuality as free and equal persons and come to an agreement about these “primary goods.”

Rawls makes use of the concept of “justice as fairness” to clarify his theory, which he said “conveys the idea that the principles of justice are agreed to in an initial situation that is fair.”⁶ He uses the “original position” as a representative device because in this position, each element represents something that people accept on moral grounds. The purpose of this is to determine which principle of justice would be chosen in the original position. To do that, Rawls establishes two principles of justice:

- “1. Each person has an equal right to a fully adequate scheme of equal basic rights and liberties, which scheme is compatible with a similar scheme for all.
2. Social and economic inequalities are to satisfy two conditions: first, they must be attached to offices and positions open to all under conditions of fair equality of opportunity; and second, they must be to the greatest benefit of the least advantaged members of society.”⁷

These principles could be summarised as the liberty principle, the difference principle, and the fair opportunity principle. These principles would be chosen from behind the veil of ignorance, in the original position.

In summary, first, Rawls outlines the initial situation, and the problem of the rational and impartial choice. Then, he establishes principles that are acceptable to all parties and applicable across society. By doing this, Rawls presents his theory of justice as not a comprehensive moral doctrine but rather that “justice as fairness tries to present a conception of political justice rooted in the basic intuitive ideas found in the public culture of a constitutional democracy.”⁸

⁶ John Rawls, 'Justice as fairness: Political not metaphysical' (1985) 14(3) *Philosophy & Public Affairs* accessed 27 December 2016 223–251

⁷ John Rawls, 'Justice as fairness: Political not metaphysical' (1985) 14(3) *Philosophy & Public Affairs* accessed 27 December 2016 223–251

⁸ John Rawls, 'Justice as fairness: Political not metaphysical' (1985) 14(3) *Philosophy & Public Affairs* accessed 27 December 2016 223–251

2) Carl Schmitt's Main Ideas

Every theoretical argument based on central ideas, or even only one sentence, can be the source and fundamental basis of a theoretical structure. To grasp and capture a complex theoretical structure, one needs to determine this central sentence and focus on the connection between it and other arguments. These connections may serve as indicators to assess whether the structure of the argument is substantive.

In the work of Carl Schmitt one of the central sentences is as follows: "...sovereign is he who decides on the exception."⁹ In this sentence, three main issues are notable: the definition of "sovereign," the concept of the "decision," and the "exception." We will consider these concepts to understand Schmitt's ideas. Almost every political entity aspires to order, and especially legal order. In Schmitt's view, there can be no functioning legal order without a sovereign authority. Therefore, one needs to initially define the concept of "sovereign" and in Schmitt's concept, sovereign authority manifests itself in the exception. In his work *Dictatorship* the concept of sovereignty is clearly associated with absolute freedom from constitutional constraints and the power to create a constitutional order, with constituent power. Schmitt argues that "the constituent power is not tied to legal forms and procedures; it is always state of nature when it appears in its inalienable character... it never constitutes itself through constitutional laws."¹⁰ For Schmitt, sovereign authority and constituent power is inconsistent but intimate;¹¹ in other words, Schmitt's use of these concepts is changeable, according to the context. Briefly, Schmitt defines a sovereign dictator as someone capable of overthrowing old constitutional forms and establish new ones.

⁹ Carl Schmitt and Tracy B Strong, *Political theology: Four chapters on the concept of sovereignty* (George Schwab ed, University of Chicago Press 2006) 5

¹⁰ Schmitt C, Hoelzl M and Ward G, *Dictatorship* (Polity 2017)

¹¹ LiorBarshack, 'Constituent power as body: Outline of a constitutional theology' (2006) 56(3) The University of Toronto Law Journal accessed 27 December 2016 185–222

According to Schmitt, each legal order is based on a decision, not on a norm. Here, the first question is who has the authority and competence, in terms of the formation of the decision. Another issue concerns when the legal system fails to answer the question of competence. Schmitt argues that “the decision frees itself from all normative ties and becomes in the true sense absolute.”¹² In other words, the decision derives its validity not from norms but by virtue of being absolute. Since sovereign authority is absolute, the authority decides how to apply general rules to concrete cases and how to deal with problems of contested interpretation; in exceptions, “authority proves that to produce law it need not be based on law.”¹³

In terms of the definition of an “exception” in Schmitt’s work, he first states that attempts to legalise exceptional situations are doomed to failure because the exception confirms not only the rule but also its existence, which derives only from the exception. For Schmitt, “the political sovereign is shown not to be constituted by law but rather as the actor who has the legitimacy to make law because it is he who decides the fundamental or existential issues of politics.”¹⁴ The exception is beyond the law, and at that point, the sovereign comes into existence. Therefore, the exception can be more vital than the rule because, as Schmitt writes, “The seriousness of an insight goes deeper than the clear generalisations from what ordinarily repeats itself.”¹⁵

Another significant perspective regarding Schmitt’s ideas is the concept of political and political existence. These concepts are associated with the “main sentence” discussed previously. Schmitt discusses this issue in the light of the polarity of friend and enemy. In his view, identifying an enemy is very significant for political unity and a stable democracy. In his book *Constitutional Theory*, Schmitt

¹² *ibid*, 220

¹³ *ibid*, 195

¹⁴ Carl Schmitt and Tracy B Strong, *Political theology: Four chapters on the concept of sovereignty* (George Schwab ed, University of Chicago Press 2006) 50

¹⁵ Carl Schmitt and Tracy B Strong, *Political theology: Four chapters on the concept of sovereignty* (George Schwab ed, University of Chicago Press 2006) 15

defines a sovereign entity as a group united through the willingness of its members to die in war against a particular enemy.¹⁶

Finally, Schmitt's critique of liberalism is very important in coming to an understanding of the tremendous impact of his theory in contemporary political thought. He criticised liberal constitutionalism from a number of perspectives, but I will focus on this aspect in the following sections.

In brief, Schmitt first and foremost uses the concept of sovereign in terms of who is able to declare a state of emergency/exception and determines which way is useful to return normality to that state. This decision is based on political existence, which is created by the polarity of enemy and friend. Schmitt regards two basic elements as being of particular importance: legal order and political unity. Order and unity are based not on laws or rules that derive from politics but rather stem from norms that are basically existential (*seinsmäßige*).

3) Islam In The West As 'The Enemy'

The historical origin of liberal values can be traced to the Reformation period and its consequences. These values are also rooted in the religion wars in Europe in the 16th and 17th centuries. Hence, one of the historical roots of liberalism is the development of doctrines urging religious toleration,¹⁷ during a period of religious strife. The critical concern is the advantage of the liberal value of religious freedom because almost every conflict is caused by differences and, most importantly, these so-called differences often emerge from religious factions. In the light of this issue, in my opinion, the issue of religious freedom stands at the core of liberal democracies.

Today's European liberal democracies are facing a number of dilemmas. They can be categorised into conceptual and actual dilemmas. In my opinion, the most challenging conceptual predicament consists of identity-related claims. Then,

¹⁶ Carl Schmitt, Trans. Jeffrey Seitzer, *Constitutional theory* (Duke University Press 2008)

¹⁷ John Rawls, 'Justice as fairness: Political not metaphysical' (1985) 14(3) *Philosophy & Public Affairs* accessed 27 December 2016 223–251

the most intractable actual problems are global terrorism and immigration. Of course, this list does not include all such problems, yet I will choose these because they are the most controversial ones, in terms of the relationship between the West and Islam. These dilemmas may affect each other because current reality also leads to new conceptual analyses. Western liberal democracies are attempting to protect their unitary states against global terrorism and identity-related claims that derive mostly from immigration. In this context, European governments tend to see Islam and Muslims as a major cause behind today's global terrorism, and immigration is largely associated with Islam. Moreover, these issues have created a new phenomenon – Islamophobia. Susanna Mancini writes: “From frankly racist populist parties and social movements to enlightened defenders of women’s rights, from Christian conservative circles to mainstream political actors, Islamophobia seems capable of gluing together apparently irreconcilable components of European democracies.”¹⁸ However, while European governments struggle with these issues, they should not abandon their ideals of religious freedom, which are rooted in their liberal values.

In this chapter, I further analyse the legal and political responses of European governments against these dilemmas that are associated with Islam and Muslims. In the first part, I discuss global terrorism and immigration in terms of the formation of a new identity. The second part makes use of Mancini’s article and demonstrates the legal and political responses regarding Islam, and highlights the different approaches to Christianity and Islam in court decisions. The third part questions whether European liberal democracies have been transformed in the light of John Rawls’ and Carl Schmitt’s theoretical frameworks.

A) Global Terrorism And Immigration

Global terrorism is the most controversial issue in the world at the moment, and it is generally correlated with Islam. Both in the media and the political arena,

¹⁸ Susanna Mancini and Michel Rosenfeld, *Constitutional Secularism in an Age of Religious Revival*. (Oxford University Press 2014)

Islamic fundamentalism is regularly mentioned as a symbol of horror. For instance, after September 11, 2001, al-Qaeda was marked as a symbol of evil, as Schmitt says “the danger is that Al-Qaeda type Islamic extremism may win the pyrrhic battle of establishing itself in the western popular imagination as representative of a single, uncomplicated and un-modernised ‘Muslim world’ and of an essentially intolerant, non-rationalised ‘Islamic religion’.”¹⁹ To be precise, this kind of terrorist activities could lead to the formation of new Muslim identity which has no space for Western values such as democracy and modernity. Consequently, global terrorism could create a large gap between European countries and Islamic ones, described by Balibar as “insurmountability of cultural differences.”²⁰

Immigration is the other actual reality that affects current political conflicts all around the world. Especially following the “Arab Spring,” many Middle Eastern countries experienced humanitarian problems such as food shortages and infectious diseases caused by civil war. The five-year-long civil war in Syria has proven very intractable and a substantial number of people have been obliged to migrate to other countries to save their lives. Many immigrant Muslims would like to live in Europe; however, European countries frequently do not allow them to enter their countries, and approve the entry of only a small number of immigrants. These issues are usually discussed against a background of concern about the presence of Islam in Europe, and the situation is considered dangerous in terms of the preservation of European cultural values. Eventually, as Casanova mentioned, it has transpired that “immigration and Islam are almost synonymous.”²¹

¹⁹ Marinus Diamantides, *Threats and Phantoms of Organised Crime, Corruption and Terrorism* (Petrus C. van Duyn and others eds, Wolf Legal Publishers 2004)

²⁰ Etienne Balibar, “Istherea’Neo Racism?,” in Etienne Balibar and Immanuel Maurice Wallerstein (eds), *Nation, Class, Ambiguous Identities* (1991), 17–28. London: Verso

²¹ José Casanova, “the Long, Difficult, and Tortuous Journey of Turkey into Europe and the Dilemmas of European Civilization” (2006) 13(2) *Constellations* 242.

B) Political And Legal Responses Against The New Identity Of Muslims

As a result of the problems of terrorism and immigration, the new perceptions the West has about Islam and Muslims have been manifested in political and legal responses. In this chapter, we analyse and assess political propaganda and court decisions in Western European countries, following Mancini's standpoint and her attempts to reveal how European countries engage in discrimination towards Islam and favouritism towards their culture – namely, the European Christian tradition.

Mancini asserts that “Religion symbols play a key role in identity-related dynamics.”²² On the one hand, these symbols have the capacity to evoke the sense of unquestioned belonging, while they also adorn the public sphere. Mancini looks at the crucifix, which is a symbol of “Christian cultural inheritance,” and the “veil,” which is understood as a public display of someone as “Muslim.” She further argues: “The display of a crucifix in state schools or court rooms clearly identifies the ‘official culture’ with that of the majority, whereas the ban on the wearing of the veil in state schools unambiguously marks the marginalisation of the culture the veil is supposed to represent.”²³

A profound discussion of all these cases is beyond the limits of this article, and therefore I would like to focus on the related reasons behind these political and legal decisions. In general, European countries offer only very questionable reasons, in terms of legality. First of all, in France, the headscarf was deemed to constitute a religiously proselytising symbol, which means the authorities were disturbed by it and felt that it threatened their religion or culture. In another political decision, headscarves were declared a threat to public order because they are associated with communitarianism; however, the commission did not explain what is the relationship between headscarves and communitarianism. Furthermore, they argued that women are pressured into wearing the headscarf by their family and other

²² Susanna Mancini and Michel Rosenfeld, *Constitutional Secularism in an Age of Religious Revival*. (Oxford University Press 2014) 15

²³ *ibid*, 17

group members. These arguments are important because they feature in almost all related cases and emphasise gender: “Sex and gender play a key role in relation to the identity-related dynamics.”²⁴ Lastly, in 2010 in France, full facial veils were banned in all public spaces, with the reasons being offered that they militated against the public order, secularism, and gender equality.²⁵

In Germany, the “headscarf unlike the nun’s habit is interpreted as a political symbol that denies the equality of women.”²⁶ In particular, in one notable incident, the Bavarian Constitutional Court argued that “Christianity does not coincide with the Christian faith but rather with values that, albeit rooted in the Christian tradition, have become part of the common inheritance of Western civilisation.”²⁷ However, the court claimed that religious freedom can be limited in the name of “constitutional values.” It is very obvious that Court considered Christianity not as a religion but rather a fundamental value and that the Christian, Western, and European tradition represent neutrality. In the United Kingdom, wearing the jilbab in schools, a court asserted “violated the religious freedom of others and made pupils and teachers feel “uncomfortable” in the presence of clothes that are generally associated with fundamentalism.”²⁸

The European Court of Human Rights has also dealt with the “Islamic veil issue.” We would like to briefly mention the cases *Sahin v. Turkey* and *Dahlab v. Switzerland*. Carolyn Evans argues that the Şahin case is the first significant decision

²⁴ *ibid*, 18

²⁵ Susanna Mancini and Michel Rosenfeld, *Constitutional Secularism in an Age of Religious Revival*. (Oxford University Press 2014)

²⁶ Human Rights Watch, “Discrimination in the Name of Neutrality: Headscarf Bans for Teachers and Civil Servants in Germany” (2009), 26 available at <http://www.hrw.org/sites/default/files/reports/germany0209_web.pdf> (citing the explanatory comments in the Bavarian government draft law, Gesetzesentwurf der Staatsregierung zur Änderung des Bayerischen Gesetzes über das Erziehungs- und Unterrichtswesen, Bavarian parliament, 15th election period, Drucksache 15/368, 18 February 2004).

²⁷ Bayerischer Verwaltungsgeschichtshof [BayVGH] [Bavarian Higher Administrative Court], 15 Jan. 2007, No. Vf. 11-VII-05, available at <<http://www.bayern.verfassungsgeschichtshof.de/>>.

²⁸ *Regina (Shabina Begum) v. Governors of Denbigh High Sch.* [2006] UKHL 15, [2007] 1 AC 100 (HL) (appeal taken from Eng.).

by the ECHR's Grand Chamber on the issue of religious symbols, while the Dahlab case is also very important because it directly concerns religious freedom

legal sense, but Dahlab is likely to be more representative and typical of the fate that awaits other applicants in religious freedom cases of this nature.²⁹ Furthermore, Altıparmak highlighted that the Şahin case revealed the implied perception of Islam in Europe and the dilemma of the incorporation of Islamic values into Western democracies. Banning the headscarf from the schools can be seen as one of the main steps backwards in this regard.³⁰ In other words, these two cases are very significant because they reveal a new identity regarding Islam and Muslims, from the European perspective.

These veil cases allow one to evaluate the discrimination affecting Islam and its new identity, between "Islamic" terrorism and immigration and Christianity, which is seen as the basis of Western liberal democracies. Furthermore, one can observe the same perception in different situations. For instance, Mancini mentioned that European Union Enlargement Commissioner Olli Rehn stated, "It will be a very long and difficult journey. European values need to become reality in all walks of life, in all corners of the country, before Turkey can join the European Union."³¹ However, this gives rise to speculation about what these European values are, and whether they are related to the Western Christian tradition.

The final case is the dissolution of Welfare Party (Refah Partisi, RP) in Turkey. Kevin Boyle has said that the RP was dissolved because it was deemed a religious party, and the Constitutional Court in Turkey claimed that it planned to establish a new Islamic order and enact Shariah law; that is to say, it would change Turkey's secular order and undermine democracy. In addition, in the Refah Partisi

²⁹ Carolyne Evans, 'The Islamic Scarf in the European Court of Human Rights' (2006) 7 Melbourne Journal of International Law 23-43

³⁰ Kerem Altıparmak and Onur Karahanogullari, 'European Court of Human Rights After Sahin: The debate on headscarves is not over, Leyla Sahin v. Turkey, Grand Chamber Judgment of 10 November 2005, Application No. 44774/98' (2006) 2 European Constitutional Law Review 268-292

³¹ Turkey Must Embrace EU Reforms' In all Walks of Life"(1July2005), quoted by Casanova, Long, Difficult, and Tortuous Journey of Turkey into Europe and the Dilemmas of European Civilization" SDÜHFD CİLT: 7, SAYI 2, YIL 2017

case “The European Court of Human Rights indulged in a wholly unnecessary and inappropriate critique of this religion, which has over 100 million followers in the European legal space of forty-five States over which the Court exercises jurisdiction”³²

In the authors opinion, all of these cases indicate that in the opinion of European courts and governments, Islam is incompatible with European values, which are basis of European identity. Some of these values are associated with the concept of secularism, such as the RP case, while others are associated with gender equality, as in France; still others are associated with religious freedom, as in the UK, others with proselytism like Dahlab, and others with the Christian tradition, as in Germany. However, the common point is clear: Islam represents the formation of the new identity and this identity cannot comply with the European values. Consequently, all these cases and discussions indicate that European governments have transformed from liberal pluralistic democracies into identitarian democratic states, which is discussed below.

C) Rawls' Theory Of Justice Or Schmitt's Democratic State

Rawls argues that in order to provide impartiality, we need a “veil of ignorance,” in which people make decisions that are not based on their biases and particular interests, religions, moral values, genders, and traditions. So that people can live together and ensure pluralism without conflict, they should make a hypothetical agreement behind the “veil of ignorance.” All people need to participate in this agreement equally and come to an appropriate agreement. In this way, society reach a higher standard and all people will be equal.

In contrast to Rawls, Schmitt argued that society is not based on equality but rather homogeneity. In order to bring about homogeneity, he argue that “all political communities are based on a constitutive distinction between insiders and outsiders,

³² Kevin Boyle, 'Human Rights, Religion and Democracy: The Refah Party Case' (2004) 1(1) Essex Human Rights Review

polarity of friend and enemy.”³³ This conceptualisation is necessary in order to unify the members of society. According to Schmitt, the polarity between friend and enemy provides homogeneity, an essential part of political unity, and in turn, this unity is the essence of democracy. In his words, “the concrete existence of the politically unified people is prior to every norm.”³⁴ Therefore, for Schmitt, all political communities, including democratic ones, need to create an identity that is the enemy and they should not seek agreement with them; rather, they should exclude and fight them, if the “enemy” threatens the political unity of the people. Basically, the “enemy” threatens homogeneity. In my point of view, the crucial part of Schmitt’s thought is the identification of the enemy to democracy as this is the only way for “the state safeguard, the principles, and the values of democracy.”³⁵ For Schmitt, pluralism is a threat to democracy and militates against homogeneity and political unity.

Rawls’ and Schmitt’s ideas are derived from different conceptual frameworks. Miguel Vatter highlights that “Rawls’s ‘political’ liberalism considers only the possibility of deep-seated consensus instead of radical antagonism, rational deliberation instead of political decision, and justice instead of power.”³⁶ However, in the Schmittian conception, the “political” refers to a level of social conflict that is irreducible to the project of establishing a stable political order. In other words, Rawls’ conception of the “political” is based on deep-seated, rational deliberation and justice, but Schmitt’s is based on radical antagonism, political decisions, and power.

Schmitt’s critique of liberalism also plays a key role in understanding his ideas. It is composed of a number of parts but here, it is his critique of the rule of law that is significant. This last is twofold, as outlined by Monk and Zimmerman. First, it

³³ Carl Schmitt, “the Concept of the Political,” in Carl Schmitt, *Political theology: Four Chapters on the theory of Sovereignty* (George Schwab trans., Chicago: University of Chicago Press, 1996), 27

³⁴ Carl Schmitt and others, *Constitutional theory* (Duke University Press 2008)

³⁵ Susanna Mancini and Michel Rosenfeld, *Constitutional Secularism in an Age of Religious Revival*. (Oxford University Press 2014)

³⁶ Miguel Vatter, ‘The idea of public reason and the reason of state: Schmitt and Rawls on the political’ (2008) 36(2) *Political Theory* accessed 27 December 2016 239–271

is conceptual, seeing liberal theory as insufficient to perceive the reality of legal practice. It is also practical, in that it believes that liberal politics cannot sustain the polity against “the enemy” because it depends on the rule of law.³⁷

As mentioned previously, European governments, either through judicial cases or political activities, are creating a new identity that corresponds to the Schmittian notion of “the enemy.” They initially identify their culture, namely “Christianity,” and then identify “the enemy” as Muslims. Such political and legal action cannot find any justification in Rawls' ideas. Rawls's concept of the “veil of ignorance” runs almost completely opposite to their actions because their decisions are based on their so-called culture and traditions. Secondly, they are not concerned with a “deep-seated consensus” or “justice” but rather pay more importance to a stable political order and radical antagonism between friend and enemy. Thirdly, the reasons put forward by European governments, courts and the ECHR are consistent and may not be fully legal. Their decisions are derived not from the liberal rule of law but the Schmittian concept of “decision,” which marks the “Muslim” as an enemy.

For Schmitt, the church represents the historical background of Jesus, and Catholicism represents the values that separate it from barbarism,³⁸ and are the essence of European civilisation. However, Schmitt did not conceive of Christianity as a moral system or religion but as a “historical event.”³⁹ Likewise, in Europe, Christianity for the most part is not a genuine religion; it is a kind of “belonging without believing”. In today's secularised Europe, “Christianity” plays the key role instead of Schmitt's Catholicism and Muslims have been given the role of the enemy, instead of Schmitt's enemy, the Jews. To be more precise, Christianity has come to represent Europe's liberal tradition and fights against “Muslim” illiberal projects, and

³⁷ Iain Hampsher-Monk and Keith Zimmerman, 'Liberal Constitutionslism and Schmitt's Critique' (2007) XXVIII(4) *History of Political Thought*

³⁸ John P. McCormick, “Carl Schmitt's Europe: Cultural, Imperial and Spatial Proposals for European Integration 1923–1955,” quoted by Mary Anne Perkins, *Christendom and European Identity: e Legacy of a Grand Narrative Since 1789* (Berlin: Walter de Gruyter, 2004), 315.

³⁹ Carl Schmitt , *Glossarium* 283, translated in Gross, *Carl Schmitt and the Jews* 218.

whether courts should ban or limit Muslim symbols in order to protect “European” values from others, in the name of homogeneity. However, the Schmittian identity is not real but rather transcendent, and he considered that homogeneity, unity, and identity do not actually exist: “they are ultimately nothing more than a myth.”⁴⁰

CONCLUSION

In conclusion, today, European governments are experiencing a transformation in their perceptions of democracy, in terms of ideology. These transformations, in my opinion, are creating a sizeable gap between the European and Muslim worlds. This gap is expanding day by day, and far-reaching conflicts becoming increasingly unavoidable. European governments are aware that in order to protect artificial homogeneity, unity, and identity, they must not sacrifice pluralism, religious freedom, and fundamental rights. They also notice that Islam is the very complex religion; it is open to different kind of interpretations and should not be condemned based on simplistic interpretations. In the words of Diamantides, “Our modern ignorance of Muslim politics and the history of Islamic religion and law are compounded by the terrorist phenomenon.”⁴¹ To be more precise, neither West nor Islam are homogeneous entities. Each one consist of diversity of cultures, social formations and weltanschauungs. Therefore, in our perspective, the significant solution is that each culture should attempt to understand other cultures through genuine sources which are formed by the whole culture rather than manipulated sources. In this way, each culture may comprehend others as a part of cultural diversities which are necessary for whole humanity instead of ‘the enemy’.

⁴⁰ Susanna Mancini and Michel Rosenfeld, *Constitutional Secularism in an Age of Religious Revival*. (Oxford University Press 2014)

⁴¹ Marinos Diamantides, *Threats and Phantoms of Organised Crime, Corruption and Terrorism* (Petrus C. van Duyne and others eds, Wolf Legal Publishers 2004)

BIBLIOGRAPHY

Altiparmak K and Karahanogullari O, 'European Court of Human Rights After Sahin: The debate on headscarves is not over, Leyla Sahin v. Turkey, Grand Chamber Judgment of 10 November 2005, Application No. 44774/98' (2006) 2 *European Constitutional Law Review* 268–292

Barshack L, 'Constituent power as body: Outline of a constitutional theology' (2006) 56(3) *The University of Toronto Law Journal* accessed 27 December 2016 185–222

Boyle K, 'Human Rights, Religion and Democracy: The Refah Party Case' (2004) 1(1) *Essex Human Rights Review*

Diamantides M, *Threats and Phantoms of Organised Crime, Corruption and Terrorism* (Petrus C. van Duyne and others eds, Wolf Legal Publishers 2004)

Dyzenhaus D, *The constitution of law: Legality in a time of emergency* (Cambridge University Press 2006)

Evans C, 'THE 'ISLAMIC SCARF' IN THE EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS' (2006) 7 *Melbourne Journal of International Law*

Hampsher-Monk I and Zimmerman K, 'LIBERAL CONSTITUTIONALISM AND SCHMITT'S CRITIQUE' (2007) XXVIII(4) *HISTORY OF POLITICAL THOUGHT*

Lindahl H, *The Paradox of Constitutionalism. Martin Loughlin and Neil Walker*. (Martin Loughlin and Neil Walker eds, Oxford University Press 2007)

Mancini S and Rosenfeld M, *Constitutional Secularism in an Age of Religious Revival*. (Oxford University Press 2014)

Rawls J, *A Rawls: Theory of justice (cloth)* (Belknap Press of Harvard University Press 1974)

——, 'Justice as fairness: Political not metaphysical' (1985) 14(3) *Philosophy & Public Affairs* accessed 27 December 2016 223–251

Schmitt C and others, *Constitutional theory* (Duke University Press 2008)

——, *Dictatorship*

—— and Strong TB, *Political theology: Four chapters on the concept of sovereignty* (George Schwab ed, University of Chicago Press 2006)

Vatter M, 'The idea of public reason and the reason of state: Schmitt and Rawls on the political' (2008) 36(2) *Political Theory* accessed 27 December 2016 239–271

Vinx L, 'Carl Schmitt' (1 October 2014) <<https://plato.stanford.edu/entries/schmitt/>> accessed 27 December 2016

Wolff J, *An Introduction to Political Philosophy* (Oxford University Press 1996)

HAKEMLİ MAKALE/ PEER REVIEWED ARTICLE

TARİHSEL PERSPEKTİFLE MODERN DEVLETİN OPTİMUM ÖZELLİKLERİNİN BELİRLENMESİ

Ar. Gör. Didem ERDOĞAN*

ÖZET

Bu makalenin konusu, öncelikle devlet kavramının ortaya çıkışının felsefi temeller üzerinde incelenmesi olup, zamanla kuvvetler ayrılığı ve hukuk devleti ilkelerinin de benimsenmesiyle modern devlete geçiş aşamalarının araştırılması ve modern devlette bulunması gereken optimum özelliklerin belirlenmesidir. Bu bağlamda monarşiler döneminde yer alan Niccolo Machiavelli, Jean Bodin ve Thomas Hobbes gibi önemli düşünürlerin modern siyasi düşüncelerine yer verilmiş, modern devletin egemen ve güçlü olmasında öne çıkan unsurların başında nelerin yer alması gerektiği araştırılmıştır.

Anahtar Kelimeler: *Devlet, Modern devlet, Anayasa, Kuvvetler ayrılığı, Monarşi.*

*Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi Anayasa Hukuku Anabilim Dalı,
didemerdoğan@sdu.edu.tr.

DETERMINING THE PRINCIPAL ELEMENTS OF MODERN STATE WITH THE HISTORICAL PERSPECTIVE

Research Assistant Didem ERDOĞAN*

ABSTRACT

This article examines the philosophical foundations and emergence of the state as a concept and transition from classical to modern state with the adoption of the principles of separation of powers and rule of law. By doing this, the article seeks to identify principal elements of a modern state. In this context, political views of prominent thinkers such as Niccolo Machiavelli, Jean Bodin and Thomas Hobbes are reviewed in order to determine the main elements which make a state modern, sovereign and powerful.

Key Words: *State, Modern state, Constitution, Separation of powers, Monarchy.*

*Süleyman Demirel University, Faculty of Law, Constitutional Law Department, didemerdogan@sdu.edu.tr.

GİRİŞ

Toplum yapısının her yönüyle incelendiği sosyal bilimleri meydana getiren siyasal bilimler ile ekonomi ve toplum bilimi alanlarının, aslında kesin çizgilerle birbirinden ayırlamayacağı ve disiplinler arası yaklaşımla bir bütün halinde ele alınması gerektiği doktrinde bazı yazarlar tarafından savunulmaktadır¹.Milletin teşkilatlanmış şekli oluşturulan devletin ve toplumun ana karakterini ortaya koymak açısından sosyal bilimlere bu tarz bir yaklaşım önem arz etmektedir. Bilindiği gibi modern devletin faaliyetlerinin ve yetkilerinin dayanağı, işte bu ana karakteri ortaya koyan anayasadır.Hiç kimse ve hiçbir kurum anayasadan almadığı bir yetkiyi kullanamaz².

Bilindiği gibi anayasa, tarih boyunca çatışan iki tarafa -devlet gücü ile halk-yönelik olarak, devletin kuruluş ve işleyişi ile temel hak ve özgürlükleri düzenlemek amacıyla hazırlanan,ancak iki tarafın da üzerinde ve iki tarafı da bağlayan en üst hukuk kurallarından meydana gelmektedir. Anayasa hukukunun varlık nedeni de bu iki taraf arasında en şık dengeyi sağlamaktır. Anayasalarda hayat bulacak bu dengenin sağlanmasında, yüzyıllardır kabul gören toplumun siyasi, ahlaki, sosyal, kültürel yapısının da göz önüne alınması gerektiği anlayışı hâkimdir.

Gerçek bir kuvvetler ayrılığı ve evrensel hukuk devleti öğelerini benimsemiş bir anayasanın, “*anayasa devleti*”ni kurmuş olduğunu söylemek mümkündür³. Fakat şeklen bir anayasa yargısı kurmuş olsa bile özde hukuk devletinin öğelerinden uzak bir şekilde hazırlanan anayasaya sahip olan devletlerin, “*anayasalı devlet*” olmaktan öteye gidemeyeceği aşikârdır⁴. Bu nedenle anayasaların toplumun değişen yapısına

¹ PIERSON, Christopher, “Modern Devlet”, Çevirenler: Neşet Kutluğ/ Burcu Erdoğan, Chiviyazıları Yayınevi, İstanbul 2014, s. 11; BASTIAT, Frederic, “Hukuk”, Çevirenler: Dean Russell/ Yıldırım Arsan, Liberal Düşünce Topluluğu Yayınları, Ankara 1997, s. 57.

² FENDOĞLU, Hasan Tahsin, *Anayasa Hukuku*, Yetkin Yayınları, Ankara 2017, s. 297.

³ CANIKLIOĞLU DİKMEN, Meltem, “Anayasalı Devletten Hukuk Devletine Daha Çok Var Mı?”, *İstanbul Aydın Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Yıl 1, Sayı 1, 2015, s. 39.

⁴ CANIKLIOĞLU, s. 40-41.

uyum süreci, anayasa yapımı veya anayasanın değiştirilmesi yoluyla sağlanabileceği gibi anayasal değişim yoluyla da sağlanabilmektedir⁵.

Anayasalar yoluyla açıklanabilen devlet yapısının 21. yüzyılda yeniden tanımlanması amacıyla iletişim toplumu, postmodern devlet, düzenleyici devlet, rekabet devleti, Avrupalılaştan devlet, davranış odaklı devlet gibi kavramlar ortaya atılmaya başlanmışsa da bu mozaik yapıda her bir tanımın bir araya gelerek oluşturacağı unsurların modern devlet tanımının oluşumuna ışık tutacağı söylenebilir⁶.

Çalışmamızda, insanların toplulaşmasıyla meydana gelen toplum yapısının kurduğu devlet düzeninin, olması gerekenin yanında beklentileri de karşılaması gerekir, kuralı⁷ karşısında modern devletlerin felsefi temeller üzerinde oluşumunun yanı sıra, egemen siyasi varlık olarak dünya devletleri sahnesinde nasıl yer bulabileceklerinin ve bu yeri nasıl koruyabileceklerinin yolu aydınlatılmaya çalışılmıştır. Şimdi modern devleti temellendiren ve tanımlamamıza ışık tutan aşamaları sırasıyla inceleyelim.

I- DEVLET KAVRAMI, DEVLETİN MAKSADI VE MENŞEİ

Çalışmamızın konusunu oluşturan tarihsel perspektifle modern devletin optimum özelliklerini incelemeden önce “*devlet*” kavramı üzerinde durmak gerektiği inancındayım. Zira devlet teriminin dört başı mamur tarifini kimse yapamadığı için ünlü Fransız ekonomist Bastiat, “*Devletin tam bir tarifini yapacak kimseye beşbin altın mükâfat verilmelidir*” demiştir. Başgil de kamu hukukunun esaslarının, devlet kelimesine verilecek tanıma ve devlet kelimesinden anlaşılacak manaya bağlı olduğunu söyleyerek, gerçekten de devletin, tarifine emek vermeye değer bir kelime olduğunu vurgulamıştır⁸.

⁵ METİN, Yüksel, *Anayasal Değişim*, Beta Yayıncılık, İstanbul 2014, s. 28-29.

⁶ DOĞAN, İlyas, *Devlet ve Toplum Kuramlarına Yeni Yaklaşımlar*, Astana Yayınları, 3. Baskı, Ankara 2014, s. 390.

⁷ DOEHRING, Karl, “Genel Devlet Kuramı”, Çeviren: Ahmet Mumcu, İnkılâp Kitabevi, İstanbul 2002, s. 15-16.

⁸ BAŞGİL, Ali Fuat, *Esas Teşkilat Hukuku*, Birinci Cilt, Fasikül I, İstanbul 1960, s. 126.

Devletin esaslı ve herkesin üzerinde ittifak kurduğu bir tarifinin yapılmasının önünde iki önemli engelin olduğu otoritelerce kabul edilmektedir⁹. Bunlardan birincisinin, devlet kavramının oldukça geniş bir bağlamda, tarihin belirli bir evresinde, belirli bir siyasi iradeyi belirtmekte kullanılması (Bizans İmparatorluğu, Papalık Devleti gibi), batı toplumlarına has bir siyasi yapılanma biçimini ifade etmek için kullanılmasıdır¹⁰. İkincisi ise devletin kimliği konusundaki tavırların, devletin dinamik yapısı gereği, farklı siyaset felsefesi anlayışlarına bağlı olarak sistemli biçimde değişiklik göstermesidir¹¹. Bu görüş ve düşüncelerden hareketle devletin aşağıda belirtilen şekilde farklı tariflerine ulaşmamız mümkün hale gelmektedir.

Bir tarife göre devlet, herkesçe tanınmış, en başta gelen bağlılık ögesi ile var olan en büyük otorite, en yüksek ve en kapsamlı siyasal kurumdur¹².

Başka bir genel tarife göre ise devlet; en ileri şekilde oluşmuş insan topluluğuna sahip, üstün, zorlayıcı, baskın gücün, kararlı, değişmez, kalıcı biçimde ve belirli bir alan içinde tek bir otoriteyi elinde bulundurmasını ifade etmektedir¹³.

Antik Roma'da ise devlet kelimesi (özellikle Roma hukukunda) yurttaşlık, vatandaşlık durumu, statüs civilis ile özdeş tutulmuştur¹⁴. İyice genelleştirildiğinde devlet; batı dillerinde state, etat, stato, estado gibi durum ya da varoluş yolunu¹⁵, bu teşkilatlanmış oluşum içinde insanın güçlü ve sağlıklı olma durumunu ihtiva etmektedir¹⁶.

⁹ ÖZER, Attila, *Anayasa Hukuku*, Gazi Kitabevi, Ankara 2016, s. 31; UYGUN, Oktay, *Devlet Teorisi*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2014, s. 187-189; OKANDAN, Recai, *Umumi Amme Hukuku Dersleri*, Fakülteler Matbaası, İstanbul 1959, s. 9-10; BAŞGİL, s. 125-126.

¹⁰ UYGUN, *Devlet Teorisi*, s. 188-189.

¹¹ ÖZER, s. 42.

¹² ÖZER, s. 43; OKANDAN, s. 9; USLU, Ferhat, *Anayasa Hukuku*, Adalet Yayınevi, Ankara 2017, s. 147.

¹³ BAŞGİL, s. 134; DEMİRKOL, Ferman, *Anayasa Hukuku*, Filiz Kitabevi, İstanbul 2015, s. 60.

¹⁴ GÖZLER, Kemal, *Devletin Genel Teorisi*, Ekin Basım Yayın, Bursa 2012, s. 7-8; OKANDAN, s. 8 (5 numaralı dipnot).

¹⁵ GÖZLER, s. 7; BAŞGİL, s. 126; OKANDAN, s. 8 (5 numaralı dipnot).

¹⁶ BAŞGİL, s. 127.

Tanımlar bu kadar çeşitlilik kazandığı zaman bu kez de devletin vasıfları ve menşei sorusu gündeme gelmektedir. Bu ayrımları merkeze oturtan tariflerin yapıldığı gözlemlenmektedir. Devletin vasıflarına göre yapılan devlet tariflerinde, yalnızca tabiat kanunlarına ağırlık vermeyi ve tabii hakları savunmayı amaçlayan, insanların eşit ve özgür doğduklarını, ortak temel gereksinimlerini karşılamak için devleti kurduklarını iddia eden ve dar kapsamlı bir devlet anlayışını savunan Locke kökenli liberal görüşün¹⁷, devletin yeryüzünde rasyonel, neolist bir hürriyetin somut gerçekleşmesi olduğunu ileri süren Hegelci görüşle¹⁸ ya da devletin, üretim araçlarını elinde bulunduran toplumsal sınıfın çıkarlarına hizmet eden bir kurum olduğunu iddia eden Marksist görüşle¹⁹ ters düştüğünü söylemek mümkündür.

Sabit bir görüşü savunan, dogmacı bir tavırla bütün öbür görüşlerden sıyrılıp, özgül, belirli bir devlet kavramının doğruluğu ileri sürüldükçe, devletin tarifini yapmak da o ölçüde zorlaşmaktadır. Bu nedenle aynı zorluk devletin maksadının²⁰ ve menşeinin araştırılmasında da karşımıza çıkmaktadır. Mesela, Aristoteles, devlet oluşturmanın tabii bir toplulaşma merhalesi olduğunu ileri sürerek, devletsiz insanın ya hayvan ya da Tanrı olması gerektiğini, erdemi ve insanlık onurunu ön planda tutan uygar toplumların, iyi ve rahat bir yaşam fikriyle devleti meydana getirdiğini savunurken²¹, “*İnsan insanın kurdudur*” -*homo homini lupus*- deyimi ile ünlü İngiliz filozofu Thomas Hobbes, devletin menşesinde, insanın emniyet ve barış isteğinin yattığını ileri sürer²². Edmund Burke ise devletin amacının, insandaki emeğin paylaşımı veya sınıf ekonomisi özlemi gibi iktisadi sebepler

¹⁷ ZABCI, Filiz, “Spinoza ve Locke: Siyasal Özgürleşmeden Bireysel Özgürlüğe”, *Batı'da Siyasal Düşünceler*, Editör: Mehmet Ali Ağaogulları, İletişim Yayınları, İstanbul 2013, s. 485; UYGUN, Oktay, *Demokrasi, Tarihsel, Siyasi ve Felsefi Boyutlar*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2011, s. 175.

¹⁸ LÜTEM, İlhan, *Egemenlik Kavramı ve Devletlerarası Hukuk*, Sakarya Basımevi, Ankara 1947, s. 25-26.

¹⁹ AKIN, İlhan, *Devlet Doktrinleri*, Beta Yayıncılık, İstanbul 2013, s. 205.

²⁰ Mesela, Jeremy Bentham, devletin maksadının bireyin en yüksek derecede mutluluğu; Immanuel Kant ise insanların birbirine saygı ile yaklaşımının devletin maksadı olduğunu kabul eder.

²¹ AKIN, s. 12.

²² AKIN, s. 94-95; UYGUN, *Devlet Teorisi*, s. 210.

olduğunu ileri sürerek, devlet yapısı içinde gücün merkezileştirilmesi ve emeğin bir otorite tarafından pay edilmesi gerektiğini öne çıkarmıştır²³.

Poggi, devletlerin kurulduktan sonra sürekli olarak bir amaca ya da işleve yönelik faaliyet gösterdiğini ve devletlerin bunu, gelecekteki meşruiyetini sağlamlaştırmak ve etkinlikleri için gerekçe oluşturacak karmaşık bir görevi yüklenmek üzere yaptığını savunmaktadır²⁴. Bu düşünceden hareketle Poggi, modern devleti, “*devlet dairelerindeki memurların sürekli ve talimatlara uygun çalışmaları yoluyla üretimi sağlamak için oluşturulmuş karmaşık yapılar*” olarak tanımlamaktadır²⁵.

Toplumsal düzenin, modern devletlerde kanuna dayalı düzenin kurulmasıyla ve bunun sürdürülmesiyle sağlanacağını savunan Durgun’a göre²⁶ modern devlet, “*ülkesel olup, sosyal olarak soyutlanmış, şahsileşmemiş ve egemen*” yapıyı ifade eder²⁷.

Devlet kavramı, devletin maksadı ve menşei konusunda yukarıda yapılan açıklamalardan sonra, modern devlet kavramının oluşumuna; laiklik, egemenlik ve otoriter denge gibi birçok kavrama ışık tutan monarşiler döneminin önemli filozoflarından Niccolo Machiavelli, Jean Bodin ve Thomas Hobbes’un katkılarını inceleyelim.

²³ GÖZE, Ayferi, *Siyasal Düşünceler ve Yönetimler*, Beta Yayıncılık, İstanbul 2015, s. 255-256; OKANDAN, s. 786.

²⁴ POGGI, Gianfranco, “Modern Devletin Gelişimi-Sosyolojik Bir Yaklaşım”, Çevirenler: Şule Kıt/ Binnaz Toprak, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, 6. Baskı, İstanbul 2012, s. 117.

²⁵ POGGI, s. 15.

²⁶ DURGUN, Şenol, “Modern Devlet Olmanın Zorunlu Koşulu Ulus-Devlet Midir?”, *GÜ İİBF Dergisi, Yıl: 2000, Cilt: 2, Sayı: 3*, s. 112.

²⁷ DURGUN, s. 113.

II- MONARŞİLER DÖNEMİNDE MODERN SİYASİ DÜŞÜNCENİN ORTAYA ÇIKIŞI

1. Niccolo Machiavelli

İlk modern siyaset filozofu, bazı uzmanlar tarafından ilk siyaset bilimcisi, aynı zamanda “*egemen devlet*” mimarlarının ilk çağdaş kuramcısı olarak kabul edilen Niccolo Machiavelli, modern devletin teorisyeni olarak bilinir²⁸. Gerçekten de siyasetin kendine has kanunları olduğunu ilk vurgulayan, evrensel otoritelerin (özellikle papalığın) güçsüzlüğünü de ispatlayan Niccolo Machiavelli olmuştur²⁹.

Ancak Machiavelli'nin siyasi idare, siyasi düzen anlayışı son derece ferdidir. Machiavelli; kanunlar, merkezileşme, bürokrasi kavramlarından çok Romulus Augustus, Cesare Borgia gibi kişilikler üstünde durmuş ve muasır devletin niteliği olan laiklik ve karşı evrensellik kavramlarını telaffuz etme ve gündeme getirmekle beraber daha ileri gitmemiştir³⁰. Machiavelli'nin teorisinin, Hobbes veya Hegel'in teorilerinden daha çok Floransa Rönesansına yakın olduğunu söylemek mümkündür³¹. Mesela Hegel gibi neolist bir devletçi, bir hükümdarın olağanüstü şahsi vasıflar taşımasına ihtiyacının bulunmadığını, çünkü kanunlarla ve bürokrasi ile yönetilen rasyonel -akılcı- devletin kendi kendine yeterli olduğunu müdafaa eder³². Hegelci devlet, tarafsız sivil hizmetlerin, pozitif kaidelere bağlanma fonksiyonu ile dengelenen ılımlı bir monarşik devletin üstte yer alan temel denge unsuru, kendi iradeleri ile akılcı, özgür bir kurumun üyeleri olmaktan özel bir mutluluk, öznel bir doyum duyacakları yolundaki Hegelci anlayıştır³³. Söz konusu özgür kurum; felsefe, sanat ve dindeki içkin mutluluk değerlerinin sürdürülmesini de güvenlik altına alacaktır. Machiavelli ise barış ve mutluluk değerlerinin yanı sıra

²⁸ AĞAOĞULLARI, Mehmet Ali, “Niccolo Machiavelli: Prensın İktidarından Devlete”, *Batt'da Siyasal Düşünceler*, Editör: Mehmet Ali Ağaoğulları, İletişim Yayınları, İstanbul 2013, s. 319; AKBAY, Muvaffak, *Umumi Amme Hukuku Dersleri*, Ankara Basımevi, Ankara 1948, s. 156-157; DOEHRING, s. 22.

²⁹ UYGUN, *Devlet Teorisi*, s. 189.

³⁰ AKBAY, s. 159; AKIN, s. 69.

³¹ GÖZE, s. 112.

³² OKANDAN, s. 681.

³³ DOEHRING, s. 102.

hükümdarın yetkilerinin genişletilmesini de tartışmaya açarak, hükümdarın, bütün gücünü iktidarı sağlamak uğruna sınırsızca kullanabileceğini vurgulamaktadır³⁴.

Bütün bu açıklamalara bakıldığında Machiavelli'nin, devletin hedefinden yola çıkarak, hükümdarın yetkilerinin sınırını tartışmaya açtığı gözlemlenmektedir. Yönetemeyen bir yönetime tahammülü olmayan Machiavelli'ye göre en iyi hükümet şekli her ne surette olursa olsun *yönetebilen* bir hükümet şeklidir. Bu anlamda Machiavelli'nin, modern devlet kavramına, istikrarlı bir yönetim anlayışının nasıl olacağını belirleme noktasında katkılarının olduğunu söylemek mümkündür.

2. Jean Bodin

Egemen devlet teorisinin herkesçe bilinen ilk siyaset bilimcisi Fransız Jean Bodin'dir³⁵. Bütün devletlerin temelini adalete dayandığını iddia eden Bodin, devleti; aileleri ve onların malik oldukları şeyleri egemen kudret tarafından adilane bir şekilde idare eden, herkese ve idaresi altındaki her ferde kanunlar veren, ancak onlardan hiçbir şey almayan otoriter giz olarak tarif etmiştir³⁶. Ona göre devlet; yasa koyucu, kamusal otoritelerden yalnızca biri değil, yüce yasa koyucudur³⁷. Bodin'e göre hükümdar, egemen güç kanunlarının koyucusu olduğundan, pozitif ya da sivil kanunların üstünde olmasına rağmen, uhrevi ve tabii yasalara bağlı olmalıdır³⁸.

Egemen devlet, ülkenin temel kanunlarına saygı gösterdiği gibi, tebaasının mülkiyet haklarına da saygı göstermelidir. Kısaca, Bodin'e göre modern devlet anlamında kullanılmayan egemen devlet, en yüce ve son otorite olduğu kadar, aynı zamanda keyfi ve kaptisli hareket etmeyen bir kanun koyucu olma vasfını da bünyesinde taşımaktadır. İçinde yaşadığı dönemde dini çatışmaların ülkeyi iç savaşa

³⁴ MACHIAVELLI, Niccolo, "Prens", Çeviren: Gamze Alpaslan, Maviçatı Yayınları, İstanbul 2016, s. 69; DOEHRING, s. 100.

³⁵ KAPANİ, Münci, *Politika Bilimine Giriş*, Bilgi Yayınevi, 16. Baskı, Ankara 2004, s. 56; UYGUN, *Devlet Teorisi*, s. 197; ERÖZDEN, Ozan, *Ulus-Devlet*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2013, s. 62.

³⁶ AKBAY, s. 168.

³⁷ YALÇINKAYA, Ayhan, "Bodin'den Hobbes'a Doğru", *Batt'da Siyasal Düşünceler*, Editör: Mehmet Ali Ağaoğulları, İletişim Yayınları, İstanbul 2013, s. 408; AKBAY, s. 169.

³⁸ YALÇINKAYA, s. 410.

götürecek noktalara vardığını gözlemleyen Bodin, egemene, farklı dinlere mensup kişilere hoşgörülü davranması gerektiği tavsiyesinde bulunarak, modern devletin oluşumuna dinsel hoşgörü noktasında da katkı sağlamıştır denilebilir³⁹.

Bodin'e göre devlet yönetiminde mutlakiyetçilikle keyfilik arasında temel bir fark vardır⁴⁰. Devletin hükümete tabi olanlardan ayrı bir varlık olduğunu vurgulayan, Fransa kralı XIV. Louis'nin, "*l'etat, c'est moi! (Devlet benim!)*" sözü, halkın da devleti kendisinden ayrı ve kendisinin üzerinde bir kuvvet olarak görme algısını pekiştirmiştir⁴¹. XIV. Louis'nin bu sözünü hiç benimsemeyen Bodin, bu farkı (Montesquieu de aynı kanaattedir⁴²); mutlakiyetçilikte, tek kişinin mutlak egemenliği söz konusu olduğu halde, monarkın bu yetkiyi önceden belirlenen kanunlara, kurallara göre kullanması, keyfiliğin ise mutlak yetki sahibinin bu yetkisini kendi iradesine ve kendi keyfine göre kullanması⁴³ durumu olarak açıklamaktadır⁴⁴.

Bilindiği gibi iç hukuk açısından egemenliğin ortaya çıkışı ulus devletlerin kurulmasına dayanmaktadır. Yukarıda açıkladığımız şekilde egemenlik kuramı ile egemen arasındaki farkı ortaya koymaya çalışan düşünür Jean Bodin olmuştur. Bunun için Bodin'in dile getirdiği egemenlik kavramı modern devleti açıklamada büyük öneme sahiptir. Onun için egemenlik; kralın, yukarıdaki papadan ve aşağıdaki feodal beylerden bağımsız karar vermesidir⁴⁵.

Günümüze baktığımızda yöneten ve yönetilen, mümkün olduğunca eşit konumda tutulmaya çalışılmaktadır. Bu durumda, sorumluluk kimde olacaktır,

³⁹ YALÇINKAYA, s. 415.

⁴⁰ UYGUN, *Devlet Teorisi*, s. 200-201.

⁴¹ KUBALLI, Hüseyin Nail, *Anayasa Hukuku Dersleri*, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, İstanbul 1969, s. 24-25.

⁴² Montesquieu, güçlerin tek elde toplanmasının topluma ciddi zararlar verebileceğini, her biri diğeri karşısında özerk konumda olan güçlerin kendi alanlarında etkinlik göstermesi gerektiğini vurgulamaktadır. DOEHRING, s. 101,195.

⁴³ Siyasi liberalizmde buna despotizm de denmektedir.

⁴⁴ AKAD, Mehmet, VURAL DİNÇKOL, Bihterin, BULUT, Nihat, *Genel Kamu Hukuku*, Der Yayınları, İstanbul 2016, s. 102-103.

⁴⁵ UYGUN, *Devlet Teorisi*, s. 200.

sorusu gündeme gelmektedir. Tarihi gelişim süreci içinde konuyu ele alırsak, ilk zamanlar egemenlik halkta değilse ve Tanrı iradesindeyse bir yöneten ve yönetilen grup ayrımı söz konusudur. Yönetim, faaliyetlerinden sorumlu tutulmaz konumdadır. Bu durumda ortada sorumluluk sahibi kalmamaktadır. Bu durum aydınlanma döneminde kralın tüzel kişiliğiyle devletin tüzel kişiliğinin olduğunun kabul edilip ikisinin birbirinden ayrılmasıyla sorumluluk kavramını doğurarak, sorumluluğun maddi tazmini için devlet hazinesinin oluşturulmasını sağlamıştır. Monarşiden cumhuriyete geçilen dönemden sonra yönetenle yönetilenin özdeşleşmesi farklı bir boyutta ortaya çıkmış, temsil durumunda, halk ve parlamento ayrışması söz konusu olmuş ve günümüzde sorumluluk devlet tüzel kişiliğine kalmış durumdadır. Bodin ile başlayan egemen devlet teorisi bu şekilde hayata geçirilmiş ve modern devlet algısını pekiştirmiştir.

3. Thomas Hobbes

Devlet teorisinin kurucusu sayılan ve İngiltere iç savaşı nedeni ile otoriter bir idareyi savunan Thomas Hobbes, "*Leviathan*" adını taşıyan eserinde; hükümdarı, aynı isimle "*Leviathan*" (*dev, ejderha*) olarak nitelendirmiş, Leviathan'ın toplum sözleşmesi sayesinde tebaanın bütün tabii haklarını kendi üstünde topladığını, bunun karşılığında da onların savunmasını, korunmasını üstüne aldığını ve aynı zamanda hükümdarın mutlak bir yasa koyucu olduğunu ileri sürmüştür⁴⁶.

Hobbes'un Leviathan adlı eserinde tasvir ettiği hükümdar yalnızca pozitif kanunların yaratıcısı değil, aynı zamanda doğruluk yanlışlık kıstaslarının, din dışı ve dini doktrinlerin yani bir ölçüde kamuoyunun yaratıcısıdır⁴⁷. Ayrıca Hobbes'a göre devlet, ahlaki kuralların yanı sıra, toplum yasalarını da belirlediği gibi insanların varlıklarını sürdürebilmesi için o yasalara toplum tarafından uyulmasını da sağlamalıdır. Hobbes'a göre devletler neticeten bağımsızdırlar. Kamu iktidarını kendi isteğine göre kullanmaya yetkili tüzel kişi olan devletler, sadece kendi iradeleri

⁴⁶ OKANDAN, s. 677.

⁴⁷ OKANDAN, s. 681.

doğrultusunda sözleşmelerle başka devletlere bağlanabilirler⁴⁸. Devletler arasındaki ahlaki ve kanuni boşlukları dolduran münasebetler, toplum sözleşmesi öncesi dönemdeki insanlar arasındaki münasebetlere benzetilebilir. Neticeden üstün pek çok manada yüce devletin doğuşu –Orta Çağın tabii kanunu ile Roma'nın Ius Gentium'u bir yana bırakılırsa- öbür benzer devletlerle çatışma ihtimalini de ihtiva etmektedir. Hobbes'a göre iç egemenlik doktrini insanları pozitif kanunlara tabi kılmasının yanı sıra devletleri, doğal devletler kapsamına da sokar. Böylece iç egemenlik doktrini mantıki bir netice ile dış egemenliğin de doğmasını sağlar⁴⁹.

Monarşiler döneminde temelleri sağlamlaştırılan devlet egemenliği kavramının doğuşunun, Avrupa siyasi düşüncesinin üstünde kalıcı etkisi olduğunu söylemek mümkündür. Zaman içinde kilise ile kiliseye has kanunlar ve kilisenin kanunlardan doğan hak ve yetkileri devre dışı bırakılmıştır. Bunun sonucunda, Fransız devriminde doruğa varan Orta Çağ karşıtı düşünce doğmuş, fert ile devlet arasına giren lonca özellikli unsurlar ya kaldırılmış ya da bu unsurlar pozitif kanunlara bağlanmıştır. Bu süreç, pek tabii siyasi münasebetin münferit bireylerle devlet arasında olduğunu kabul eden Hobbes gibi⁵⁰ Kant'ın eserlerine de yansımıştır⁵¹. Düşünce alanında oluşan bu gelişmeler, doğal olarak Orta Çağın küçük topluluklardan oluşan toplum düşüncesinin de terk edilmesini sağlamıştır.

En büyük devletçi Frederic Hegel'den, Karl Marx'a da ilham veren, devleti insanlardan oluşan yapay bir olgu olarak gören ünlü düşünür Hobbes'a göre çağdaş, modern devlet; yeryüzündeki akıl, aklın en yüce hiyeroglifi, akılcı özgürlüğün somut tahakkukudur⁵².

⁴⁸ GÜRİZ, Adnan, *Hukuk Felsefesi*, Siyasal Kitabevi, 11. Baskı, Ankara 2015, s. 181.

⁴⁹ AKAD, VURAL DİNÇKOL, BULUT, s. 109, 124.

⁵⁰ GEMALMAZ, Mehmet Semih, *Devlet, Birey ve Özgürlük*, Legal Yayıncılık, İstanbul 2015, s. 209.

⁵¹ BOZKURT, Enver, "Kant'ın Ebedi Barış Üzerine Denemesinin Günümüze Yansımaları" *Anayasa Yargısı 24: Anayasa Mahkemesi'nin 45. Kuruluş Yıldönümü Nedeniyle Düzenlenen "Evrensel Barış ve Medeniyetler Buluşmasında Anayasa Mahkemelerinin Rolü" Konulu Sempozyumda Sunulan Bildiriler Kitabı*, 25-26 Nisan 2007, Ankara, s. 502; ÇÖREKÇİOĞLU, Hakan, *Kant Felsefesinin Politik Evreni*, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, İstanbul 2010, s. 57, 209.

⁵² OKANDAN, s. 677; DOEHRING, s. 25.

En nihayetinde çalışmamızın genelinde yer aldığı şekilde Machiavelli'nin, Bodin'in ve Hobbes'un 16. ve 17. yüzyıllarda mutlak, sürekli ve bölünmez bir iktidar fikrini savunmalarının temelinde, bütün hukuk düzenlerinin yalnızca kapalı, tekil, üniter devlet sistemlerinde mevcudiyetini muhafaza edebildiği düşüncesi yatmaktadır⁵³.

SONUÇ

Modern devletin temellerini ve optimum özelliklerini belirleme konusunda herhangi bir teşebbüs, çok sayıda hukuk ve siyaset felsefesi ile karşı karşıya kalma sonucunu doğursa da modern devlet kavramı, gerek terimsel açıdan gerek tarihi yönleriyle öteki siyasi idare kurumlarından bazı nitelikleri ile ayrılır. Bu nitelikler şöyle sıralanabilir.

Öncelikle modern devletin, faaliyetlerinin devamlılığı için olağanüstü merkezçiliği ya da gücün derin, içsel yoğunlaşması ile birlikte ulus üstü gücü iterek, yadsıması gerekecektir.

Modern devletin laik olma özelliği ya da en azından dini olmayan bir temeli bulunmalıdır. Modern devletin bu özelliği dinî çok çeşitliliğe karşı hoşgörülü olmayı da ifade etmektedir. Modern devlet, devlet gücünün karar tarafını, gücün uygulanmasını, kararların infazını kilise gibi dini kurumlara, loncalar gibi özel topluluklara bırakmayı kesinlikle reddetmelidir.

Ayrıca modern devlet, herkesin günü gününe alınan kararlara doğrudan doğruya katılmasından ziyade, yurttaşların, kanuni haklarını ısrarlı ve kararlı bir biçimde savunabilecek siyasi olgunluğa erişmesini amaç edinmelidir.

Öte yandan modern devlet, bir kanun yürürlüğe girdikten sonra var olan bürokrasi mekanizması ya da hiyerarşi aracılığı ile temelde halka hizmeti daha ileri götürme yolunda çaba göstermeli, koyduğu kaidelere (kanuni, idari vs.) bağlılığı, vekilleri aracılığı ile yürütmenin kusursuz işleyişini ve kanun gücünün daimiliğini ve kalıcılığını sağlamalıdır.

⁵³ UYGUN, *Devlet Teorisi*, s. 218-219.

KAYNAKÇA

AĞAOĞULLARI, Mehmet Ali, “Niccolo Machiavelli: Prensın İktidarından Devlete”, Batı’da Siyasal Düşünceler, Editör: Mehmet Ali Ağaoğulları, İletişim Yayınları, İstanbul 2013.

AKAD, Mehmet, VURAL DİNÇKOL, Bihterin, BULUT, Nihat, *Genel Kamu Hukuku*, Der Yayınları, İstanbul 2016.

AKBAY, Muvaffak, *Umumi Amme Hukuku Dersleri*, Ankara Basımevi, Ankara 1948.

AKIN, İlhan, *Devlet Doktrinleri*, Beta Yayıncılık, İstanbul 2013.

BASTIAT, Frederic, “Hukuk”, Çevirenler: Dean Russell/ Yıldray Arsan, Liberal Düşünce Topluluğu Yayınları, Ankara 1997.

BAŞGİL, Ali Fuat, *Esas Teşkilat Hukuku*, Birinci Cilt, Fasikül I, İstanbul 1960.

BOZKURT, Enver, “Kant’ın Ebedi Barış Üzerine Denemesinin Günümüze Yansıması” *Anayasa Yargısı 24: Anayasa Mahkemesi’nin 45. Kuruluş Yıldönümü Nedeniyle Düzenlenen "Evrensel Barış ve Medeniyetler Buluşmasında Anayasa Mahkemelerinin Rolü" Konulu Sempozyumda Sunulan Bildiriler Kitabı, 25 - 26 Nisan 2007, Ankara, s. 501-523.*

CANİKLİOĞLU DİKMEN, Meltem, “Anayasalı Devletten Hukuk Devletine Daha Çok Var Mı?”, *İstanbul Aydın Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Yıl 1, Sayı 1, 2015, s. 37-71.*

ÇÖREKÇİOĞLU, Hakan, *Kant Felsefesinin Politik Evreni*, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, İstanbul 2010.

DEMİRKOL, Ferman, *Anayasa Hukuku*, Filiz Kitabevi, İstanbul 2015.

DOEHRING, Karl, “Genel Devlet Kuramı”, Çeviren: Ahmet Mumcu, İnkılâp Kitabevi, İstanbul 2002.

DOĞAN, İlyas, *Devlet ve Toplum Kuramlarına Yeni Yaklaşımlar*, Astana Yayınları, 3. Baskı, Ankara 2014.

DURGUN, Şenol, “Modern Devlet Olmanın Zorunlu Koşulu Ulus-Devlet Midir?”, *GÜ İİBF Dergisi*, Yıl: 2000, Cilt:2, Sayı: 3, s. 109-124.

ERÖZDEN, Ozan, *Ulus-Devlet*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2013.

FENDOĞLU, Hasan Tahsin, *Anayasa Hukuku*, Yetkin Yayınları, Ankara 2017.

GEMALMAZ, Mehmet Semih, *Devlet, Birey ve Özgürlük*, Legal Yayıncılık, İstanbul 2015.

GÖZE, Ayferi, *Siyasal Düşünceler ve Yönetimler*, Beta Yayıncılık, İstanbul 2015.

GÖZLER, Kemal, *Devletin Genel Teorisi*, Ekin Basım Yayın, Bursa 2012.

GÜRİZ, Adnan, *Hukuk Felsefesi*, Siyasal Kitabevi, 11. Baskı, Ankara 2015.

KAPANİ, Münci, *Politika Bilimine Giriş*, Bilgi Yayınevi, 16. Baskı, Ankara 2004.

KUBALI, Hüseyin Nail, *Anayasa Hukuku Dersleri*, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, İstanbul 1969.

LÜTEM, İlhan, *Egemenlik Kavramı ve Devletlerarası Hukuk*, Sakarya Basımevi, Ankara 1947.

MACHIAVELLI, Niccolo, “Prens”, Çeviren: Gamze Alpaslan, Maviçatı Yayınları, İstanbul 2016.

METİN, Yüksel, *Anayasal Değişim*, Beta Yayıncılık, İstanbul 2014.

OKANDAN, Recai, *Umumi Amme Hukuku Dersleri*, Fakülteler Matbaası, İstanbul 1959.

ÖZER, Attila, *Anayasa Hukuku*, Gazi Kitabevi, Ankara 2016.

PIERSON, Christopher, “Modern Devlet”, Çevirenler: Neşet Kutluğ/ Burcu Erdoğan, Chiviyazıları Yayınevi, İstanbul 2014.

POGGI, Gianfranco, “Modern Devletin Gelişimi-Sosyolojik Bir Yaklaşım”, Çevirenler: Şule Kut/ Binnaz Toprak, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, 6. Baskı, İstanbul 2012.

USLU, Ferhat, *Anayasa Hukuku*, Adalet Yayınevi, Ankara 2017.

UYGUN, Oktay, *Demokrasi, Tarihsel, Siyasi ve Felsefi Boyutlar*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2011.

UYGUN, Oktay, *Devlet Teorisi*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2014.

YALÇINKAYA, Ayhan, “Bodin'den Hubble'a Doğru”, *Batı'da Siyasal Düşünceler*, Editör: Mehmet Ali Ağaoğulları, İletişim Yayınları, İstanbul 2013.

ZABCI, Filiz, “Spinoza ve Locke: Siyasal Özgürleşmeden Bireysel Özgürlüğe”, *Batı'da Siyasal Düşünceler*, Editör: Mehmet Ali Ağaoğulları, İletişim Yayınları, İstanbul 2013.

MAKALE ÇEVİRİSİ

Seyyid HAŞİM, “HUKUKA BİR NAZAR” (KÂNUNUSANİ, 1329- Miladi takvime göre: Ocak 1914)

YIL: 1 CİLT:1 BİLGİ MECMUASI, MATBA-İ SAHRA – İSTANBUL, s. 283-292.

OSMANLI TÜRKÇESİ ASLINDAN GÜNÜMÜZ TÜRKÇESİNE ÇEVİRİ

Derya SINAKÇI*

TAKDİM

Seyyid Haşim'in Bilgi Mecmuası'nda yer alan 1329 (1911) yılına ait 10 sayfalık makalesi, Osmanlı Türkçesi ile yazılmış olup aslında bu kadarla sınırlı değildir. Devamı olabileceği sonuna yazdığı 'bitmedi' ifadesinden sanılmaktadır. Makale var olan haliyle hukuk okullarını ve hak mefhumunun bu okullara ve düşünürlere göre nasıl farklı yorumlandığını açıklamaktadır. Bu makaleyi kaleme almasındaki amacı, hukukun o zamanlardaki anlayış tarzlarının izah etmek olarak özetleyebiliriz.

Seyyid Haşim, Hukuk-u Tabiiye mektebi yani günümüzde bilinen adıyla, Doğal (Tabii) Hukuk okuluna mensup olan düşünürlerin hakkı nasıl yorumladıklarına ve bu anlayışlarının hangi devirlerde mevcut olduğuna yer vermiştir. Bu hususta, Yunanlılar ve Romalılarda hakkın nasıl bir yer bulduğundan, Hıristiyanlığın ortaya çıkışıyla kiliselerin hakkı nasıl tanımladıklarından bahsetmiştir. Tam bu noktadan sonra sözü Grotius'a getirdiği, onun hakkı tabir edişi ve kiliseye karşı nasıl bir tavır takındığını aktardığı görülmektedir. Grotius'dan sonra Doğal Hukuk'un Avrupa'ya yayıldığını söyleyerek; Hobbes ve Locke'un birbirine zıt hak anlayışlarını ele almıştır.

Doğal Hukuk akımının Fransa'da tamamıyla benimsenmediğinden bahisle, Fransız düşünürler Montesquieu ve Rousseau'nun görüşlerini aktarmıştır. Burada da Montesquieu'nun eseri, günümüzdeki adıyla 'Kanunların Ruhu'nun nasıl yeni bir

* Süleyman Demirel Üniversitesi Kamu Hukuku Yüksek Lisans Öğrencisi.

saha açmış olduğunu anlatmaktadır. Bu eserin o güne kadarki hukuk tarihinde ne anlamda 'ilk' kabul edildiğinden, ne gibi unsurlara cevap verdiğine kadar değerlendirme yaptığı görülmektedir. Son olarak Rousseau'nun görüşleriyle makalesini bitirmiştir.

Özetle; Seyyid Haşim, hukuk okullarından Doğal Hukuk'u baz alarak bu okula mensup olanlar ve olmayanlar üzerinden hukuka bakış açılarını anlatmaya çalışmıştır. Seyyid Haşim'in hukuka bakışı anlatabilmekteki en doğru yolu, düşünürlerin öncelikle hakka nasıl baktıklarını incelemekte bulduğu görülmektedir.

HUKUKA BİR NAZAR

Bu satırları yazmaktan maksat hukukun zamanımızdaki tarz-ı telakkisini ve menbaı itibariyle mütehammil olduğu sur-u tefsiriyeyi ve tayin mebdei meşkul bir tarihindən beri memleketimizde usulsüzlük dolayısıyla asr-ı hazırın tevliid ettiği ihtiyacat ile te'lifyı gayrı kabul cereyanını imkân mertebesinde tavnzih etmektir.

Her vesile ile hukuk sedası esma'ı çalışıldığı, istihsal-i hak yolunda bazen feda-i nefse kadar mücadele edildiği ve her zaman bir hakta bahis olunduğu halde bu sahar ve munis kelimenin mefhumu vazıhan anlaşılmmış ve hukuk mahiyeti mümeyyiz alameti hakkında fikir imal edilmemiştir.

Bütün kavimler nazarında: hak, insanların e'falini tanzime hadim bir kavaid silsilesinden ibarettir.

Fakat hukuk menşei ve esası, kuvve-i müeyyidesi ve mevzuu hakkındaki telakkilerde oldukça mühim farklar mevcuttur. Filhakika, hak bazen akıl ve tabiatın mahsulü, bazen menfaatten ve kuvvetten mütevellid olmak üzere kabul edilmiştir. Bazı mütefekirler ise hukuk menşeiini kâh meşarkat hayatına mecburiyetinden, kâh şahsiyet fikrinin tekemmülünde ve kâh bazı şartlar dairesinde hâsil olan kanaat ve emr-i vaka'da görmüşlerdir. Hukuk kuva-i müeyyidesi de her asırda bir olmamıştır. İptidai kavimler andında kuvve-i müeyyide Allah korkusu <Mehafetullah> idi; bilahare devletin daimi nezareti bu hususu tekfil etmiştir.

Hak fikri, bir milletin içtimai ve siyasi ahvaliyle kaviyen alakadardır. Bugünkü tarz-ı telakkiye göre hak, muayyen kat'i arziyede mütemekkin ve aralarında nizamı temin ve idame ile mükellef bir idare-, meşterki altında müctemi efradın vücudiyle kaimdir; tabir-i ahirle hak, devletin vücudunu istilzam eder. Hâlbuki devlet fikri de yalnız müterakki, muntazan bir hayat-i içtimaiyede mütecelli olabilir.

Hukuk-u tabiiye mektebine¹ mensup olan mütefekirler böyle düşünmüyordı. Onlara göre, insan, hal-i içtimandan mukdem ve devletin

¹ (Ecole du droit naturel) Bunlara, cemiyetin bidayet teşekkülünü mukaveleye müstenid ad ettikleri için (her mukaveleciler) dahi denebilir.

tasdikinden azade olarak –hatta vücuduna muhtaç olmaksızın- hakka maliktir. Ferdin hukuku bütün hukukun esasıdır. Ferdin hakkı her türlü kanunların, cemiyetlerin ve mukavelatın fevkinden sabit ve tağir etmez bir mahiyeti haizdir. Hak, bunlar andında bir mefkûre değil, aklın mahsulü, tabiatın akl-ı selime kabul ettirdiği bir fikirden ibarettir. Efradın hakkının kavi bir esasa rabet etmek ve onu tarzından mesun kılmak maksadıyla hukuk-u tabiiye mektebi müntesibleri hakkı yalnız akli bir tarzda ispata çalışmışlardır.

Tarihi tetkikler neticesinden anlaşılıyor ki bu tarz-ı telakki on yedinci asırda teşekkül eden hukuk mektebinin teşrihatında evvelde mevcut idi. Bu mektebin bihakkın müessisliği namını alan Grotius’dan evvel gerek kurun-u vustada ve gerek eski Yunanlılar ve Romalılar devrinde, hak, tabiattan <akıl gel>den muktebes birisi ad olunurdu. Vaka’ bu fikir Roma’ya Yunan felsefesinin tatbi’inden sonra girmişti fakat sonradan hâkimler ve müçtehitler için Roma Hukukunun dürüş vakuru kavaidinden mütevellit adl ve nıfta muhalif neticeleri ta’dile gayet güzel bir vasıta olmuştur. (Jus naturale) Birçok ahvalde Roma müçtehidlerinin insaniyete daha layık içtihatlarda bulunmalarına hizmet etmiştir.

Bidayeten hukukçular, <hak-ı tabii> ile ecnebilere tatbik edilen <hukuk-u beynelmilel>i birbirine karıştırırlardı; fakat hakikatte, ahkâm bütün kavimlere ve milletlere amm menafi bunların kafasına şamil olan tesisat tabiat ve akla muvaffak ad olunmak agza ederdi. Bununla beraber ‘hak’ın tefsirinde hâsıl olan tahvil her türlü netayicle kabul tatbik olamamıştı. Nitekim kadim milletlerin tesisatında cay kabul bulan esaret gibi bugünkü hasyeti rencide edecek kaideler devam etmekte ve <hükümet devlet> namına en şedid cezalar tatbik olunmakta idi.

Bilahare hıristiyanlığın zuhuruyla (Kaysere ait olanı Kaysere ve Allah’a ait olanı Allah’a veriniz) kelam-ı meşhuru ilan edilerek insan (homme) ile vatani (citoyen)’nin tefrik olunması efradı bir dereceye kadar esaretten kurtarabilirdi; fakat ferdin hakkını tamamıyla tarif edemediği gibi güya devletin mezalimine karşı müdafaalarını taahhüt eylediği efradı kilisenin kucağına atmaktan çekinmedi. Vaka’ hıristiyanlık efradıyla kilise arasında ihtilaf zuhuruna ihtimal vermiyordu. Hâlbuki kilise her türlü saadetini temin için ma’sus olduğunu beyan ile efradın bütün

hayatlarına hâkim oluyor ve bu suretle kilise devlet makamına kaim olmuş bulunuyordu. Nitekim bir zamanlar kilise adamları o derece ileri gitmişlerdir ki Roma kilisesi tarafından sadır olan emir ve kararlardan başka hak ıtlakına layık bir şey yok farz ederlerdi.

Binaenaleyh, (Hukuk-u tabiiye) mektebinin tesisi şerefi yine Grotius’a raci’ olmak iktiza eder. Filhakika Grotius hukuk-u tabiiye fikrini kilisenin hâkimiyetinden kurtararak medeni bir şekilde ifrağa muvaffak olduğu gibi kral ve prenslerin kudret ve salahiyetlerinde bir had tayinine imkân ihzar eylemiştir.

Grotius (Harp Hakkı Sulh Hakkı) nam kitabında tabii hakkı şu suretle tarif eder: ‘Tabii hak, akliselimin telkin ettiği bir kaidedir ki, bu nakle bir failin –tabiata muvafakatine nazaran- adil ve ahlaka muhalif veya muvaffak olduğuna hükmederiz ve tabiatın halığı olan Allah da evvelisinin (nehiy) ikincisini (emr) eder.’

Grotius hakkı yalnız akıl ve tabiata müstenid ad etmez, bunda ilahi bir menşei de tasvir eyler.²

Bu derece dine merbut bulunan Grotius kilisenin mezalimine karşı isyandan men’i nefis edememiştir. Filhakika ismi geçen kitabında: ‘Hıristiyanlık âlemi hunriz muharebeler eylemelidir. Sadece ilan-ı harp etmekle en şeni’ cinayetleri, en müthiş zulümleri irtikâp ve ika’i meşruiyet kesb edermiş gibi pek adi vesilelerle muhasamata başlarlar ve bu suretle birçok masum kanı dökülmesine sebep olurlardı.’ diyor. Ancak diğer taraftan kral ve zadegânın nüfuz ve iktidarlarının izdiyat ve tevessüüne ma’ruz görünmezdi. Fakat bunu da kral on üçüncü Louis’in hizmetinde bulunmuş olmasına atf etmek iktiza eder. Nitekim kralların adalet ve insaniyet kavaidi kaidesinde icra-i hükümet etmeleri için Cenabı Hakk’ın lütuf ve inayetine tedri’ eylemiştir.

Grotius’tan sonra hukuk-u tabiiye mektebi tamamıyla teessüs ederek bütün Avrupa’da nüfuz ve tesirâtı tevessü ve devam eyledi. Hatta büyük mütefekkirlerin bu mektebin müdafii olmamaları bu fikirlerin intişarını ve icra’ı tesir eylemesine mani olmamıştır. Hobbess ve Locke on yedinci asrın bu iki sima-ı muhteremi İngiltere’de

² Grotius tabii hak için Cenabı Hakk’ın (haşa) lazım mevcudiyetine hacet görmediğini de ilave eder.

büyük tesir ve nüfuz icra ettiler. Hobbes fikir hukuku münker idi; buna göre hak, kuvvete müstenid; adalet, kavanin mevzuuya muhtaç olduğundan kavanin devlete itaat – kanun-u ilahiye muhalif de olsa- lazımdı.

Sarahaten söylemek istemediği bu netayıcı Hobbes'un nazariyatından istihraç kabildir. Bakınız, hakkın tarif ve teşrihinde ne diyor: ' hak, insanın muhafaza-i hayat zamanında istiane eylediği vesaitin mecmuudur. Bu vesaitin birincisi kuvvettir. Binaenaleyh insanlar arasında mücadele zaruridir. Salahlı tesis için efradın kendilerine daha yüksek bir merciin emrine tabi olmayacak bir reis tayin eylemeleri iktiza eder.

Locke'un nükte-i nazarı bunun tamamıyla zıddıdır. Gerçi Hobbes gibi o da hal-i tabiiyi mebdei ittihaz ederse de bunu başka surette telakki eyler; Hobbes mebdei tabiiyi hali bir emr-i fealiden ibaret ad ettiği halde, Locke bunu hukuki mahiyeti haiz bir hal farz eder ve bu devreye 'hürriyet-i kâmile' devresi unvanını verir. Bu devrede insan gayrın iradesine muhtaç ve onun hiçbir müsaadesine müftekir olmaksızın gerek zati ve gerek emvali üzerinde dilediği veçhile tasrif eder. Fakat faalen; bazısının hukuku diğerlerinin tecavüz ve ta'disi tehlikesine maruz bulunduğundan insanlar hukuklarının temin-i muhafazası için cemiyetler tesis ederler. Binaenaleyh bu cemiyetlerden matlup olan gaye şahsi hürriyetlerin himayesiyle temini kaziyesidir. Kuvvet, bir reis veya hükümdar tayinine salâhiyettar mebuslara müfevzadır. Bu nakille beraber hükümdar keyfi bir kudreti haiz değildir. Saltanat (souveraineté) yine millette kalır.

Saltanatı millet hakkında vazı ve müdafaai eylediği bu nazariye ile hakkın semavi bir menbadan terşettiğine kail olanları cerh etmek istemiştir.

Cemiyetlerde verdiği vazifeye nazaran Locke hukuk-u tabiiye mektebi salıklarına yaklaşır; hatta hürriyet pervalıkta (?) onları geçer. Bununla beraber ahlakiyatta müfidiyet (utilité) taraftandır. Hukuk hakkındaki nükte-i nazarı da hukuk-u tabiiye müntesiplerinin tarz-i telakkisinden başkadır. Bunlar hakkı, ilham tarikiyle aklın mahsulü ad ettikleri halde Locke, hakta içtimai surette temin edilmiş bir menfaatten başka bir şey görmez. Binaenaleyh yine hukuk-u tabiiye

tarafklarlarından ayrılarak menafi-i içtimaiye karşısında ferdin feda edilmesine muvafık görünür.

Fransa’da hukuk-u tabiiye mektebinin tesirâtı inkâr edilemezse de Fransız mütefekkirleri buna tamamıyla iltihak eylememişlerdir; mesela Montesquieu, Voltaire, Rousseau efradın hukukunu tasdik ve teyid hususunda o dereceye varmamışlar, hatta bu mektepten ayrılmışlardır. Bununla beraber Fransa ihtilalıyla hukuk-u beşer beyannamesinde³ bu mektebin tesir ettiği efkârın ilhameti görülür. On dördüncü Louis’nin zaman sebavetinden sonra krallık derebeyliği yıkarak bütün kuvai devleti nefsinde cem’ etmişti. Diğer taraftan Roma kilisesinin nüfuzunu da kırmaya son derece çalıştı. Mutlakiyet-i idare bu suretle tesis etti.

Birbirini veli eden bu hadisat yakından tatbik edilirse daima kuvainin zayıfı ezdiği kuvvein geçtiği el hakkın mevcut ve vaz’ı olduğu görülür. Kilise Romalıların ‘vatani’ ve ‘ecnebi’ diye insanları ikiye tefrik etmesini muvafık bulmuyor. Temin-i mesavat zamanında Roma’nın nüfuzunu kırarak bütün beşeriyetin refahını tahsil vazife-i mübeccele (!)’siyle meydana çıkıyor. Aynı zamanda İspanya ve Purutkiz mezalimini tarihinin pür mefahir (!) sahayifine kayd ediyor. Bu defa Romalıların taksimi kilise elinde şu şekli alıyor: ‘İsevi’, ‘Gayri İsevi’.

Bundan sonra krallık salah mücahedesine derebeyleri hakkında olduğu gibi roma kilisesine de tevcih ediyor. Mutlakiyet-i idare esası da kısmen kilise nüfuzunun lüzum kısra fikrinden çıkmış oluyor.

Fakat henüz on dördüncü Louis’nin evahir saltanatına doğru mutlakiyet-i siyasiye aleyhinde refi’ sadai şikâyet edilmeye başlanılmıştı. Bidayet-i emirde bunlar –vaka’- temenni ve rica dairesinde kalmıştır.

On yedinci asrın sonlarına doğru imzasız olarak on dördüncü Louis’ye gönderilen bir mektup şu sözleri ihtiva ediyordu:

³ (Jellinek) Hukuk-u beşer beyannamesinin Amerikalıların ‘Bills of rights’ndan mehaz olduğu maddi delail ile ispat eder: L’Etat moderne et son droit

'Size hitap eden adamın bu dünya da hiçbir menfaati yoktur. Bu mektubu ne yeis ve keder, ne hırs ve tama saikesiyle, ne de büyük münasip ihrazı sevdasıyla yazmıyor. Şayet size şiddet ve kuvvet ile hitap ediyorsa hakikaten har ve kuvvetli olduğuna müptenidir.'

Fenalığına isnad edilen bu mektup mutlakiyet usulünün bir memleketin kuva-i maneviyesini tahrip ettiğini ilan eder.

'Ruh El Kavanin'⁴in intişariyle efkâra yeni bir saha açılmış oldu. O tarihe kadar bütün hukuk kitapları adi şerhler ve münakaşalar ile doluydu: o zamanlar tesisat ve adat yalnız bizatihi tetbi edilir ve mevadd-ı kanuniyenin manisi ve adetlerin suret-i tatbiki tahririyle uğraşılırdı. 'Ruh El Kavanin'in mevzuu ise bu sübutun başkadır. İlk defa olarak bütün devirlerin ve bütün memleketlerin kavanini cem'i ve mukayese edilmiş, bunlara ilmi ve intikadi bir usul tatbik olunmuş ve bu tesisatın alet ve za'yeleri tahri edilerek zamanın, içtimaı ve iktisadı itibarlarla muhitin, efkâr ve nazariyatın ve edvar mezkuredeki örf ve âdetin tesirâtı nazar-ı itinaya alınmıştır.

'Ruh El Kavanin' gayet vasi bir mukayese şerayi mecmuasıdır. Bu kanunlar ne gibi ihtiyacattan tevellüd etmiştir? Bunların tatbikatından ne gibi netayic hâsıl olmuştur? Bir usulden diğerine geçmeyi ne gibi; esbab ahzar ve ikmal etti? Hep bu nükteler tetkik olunmuştur.

'Montesquieu' üç şeyin istihsaline çalışmış ve akvam ve hükümete de kabul ettirmiştir:

- 1-Kavanin-i cezaiyeye adalet ve insaniyet fikirlerinin ithali;
- 2-Esaretin ve zenci satımının ilgası;
- 3-Dini mücadelatın ref'ile bunların temin serbestisi.

İnsaniyete pek büyük hizmetler eden ve hukukun terkisinde azim dâhili olan Montesquieu hukuk-u ferdiyenin ispatını hiç düşünmemiş ve hukuk-u tabiiye mektebini işgal eden meseleye pek bigâne kalmıştır.'Ruh El Kavanin' hakkın

⁴ Espririt des lois (Kanunların Ruhu)
SDÜHFD CİLT: 7, SAYI 2, YIL 2017

esaslarını taharri etmez. Kanunları ‘tabiat-ı eşyadan mütevellid münasebat’ suretinde tarif etmesi bunları muhtelif devir ve muhitlerde his olunan ihtiyacat-ı insaniyenin mahsulü addettiğine dalalet eyler. Bu tarif-i kavanin ve hadisatın hep nisbi olduğu hakkındaki kanaatin neticesidir.

Montesquieu nazarında hak, muayyen bir memleket veyahut bir zamanın efkâr ve ihtiyacatının ifadesinden ibarettir. Bu suretle ona göre hemen her şey tarihini birtakım zaruriyatın neticesi addolunur. Hürriyet-i siyasiye hakkında der ki ‘Bu insanın her istediğini değil belki istemesi muktezi olanları yapmaktır.’ Ve bundan şu neticeyi istihrac eder: ‘Hürriyet, kanunların müsaade ettiği şeyleri icradır.’ Ve kanunların kimler tarafından ve nasıl vücuda getirildiğini nazar-ı itibara almayarak kanunun men ettiği ahvale tesaddiyi fevza (anarchie) ad eyler. Bu tarz-ı telakkide nefsel emre muvaffak ve şayan-ı kabuldür. Hak-ı mülkiyeti dahi ‘kanunun bahşettiği bir ruhsat’dan başka bir şey farz etmez.

Binaenaleyh Montesquieu’yu hukuk-u tabiiye mektebine mensub addetmek doğru olamaz. Zira hakkın menşei ve menbaini kanunda görüyor. Böyle bir kaide kabul edilince devletin müdahalatında mahzur tasavvur edilmemek icap eder. Esasen Montesquieu devletin serveti bildiği gibi taksim ve her şeyi bir nizama rabt edebileceğini kabul ediyor.

Efradın hukukunu ilan ve teyit için yapılan inkılâplar ve ihtilâfların ba’sı olmak itibarıyla burada kendisinden bahsedeceğimiz ‘Rousseau’ mutlakiyet taraftandır. ‘Locke’un cemiyetlerin teşekkülünden mukdem insanların hürriyet-i kamileyeye malik oldukları ve cemiyeti teşkil ile mevcut hukuklarının bir kısmından –mütebaki hukuklarının muhafazası için- tecrid eyledikleri yolundaki nazariyatını kabul eder.

Rousseau’nun hayatıyla müdafaa ettiği nazariyatın tarihini tetbi’ edilirse anlaşılır ki tecrübenin kontrolünden kaçarak mantık kavaidinin hasyete hadim kılmak pek büyük hatalar ika’na sebebiyet verir.

İstiklali en birinci ve en büyük servet ad ile mütebaki mamelekini ona fedaya müheyya bulunan Rousseau'nun mutlakiyetin en müthiş taraftarı olmasına hayret etmemek elden gelmiyor.

Malumdur ki Rousseau'nun birinci prensibi insanın fitraten saf olmasına itikadıdır. Onun için insanı bedbaht ve haşin kılan kanun ve medeniyetten başka bir şey değildir. Binaenaleyh medeniyet-i hazıranın tevlide ettiği mefasıdı izale ve insaniyeti tasfiyeye ve ıslah edecek surette şekil içtimaiyi yeniden tesise –icabında haber istimal ederek- sırf himmet ettiği labud addeder. Rousseau'nun son derece ferdiyet esasıyla başlayan nazariyatına mutlakiyet ile nasıl neticelendirdiğini ferd ve devlet (l'individu et l'Etat) müellifi 'Beudant' şu suretle izah ediyor: 'Rousseau nazarında hürriyet, son derece kıymetdar ve lazım ala muhteremdir.' O 'hürriyetten fariğ olmak insanlık şerefinden ve bilcümle zaaftan tecrid etmek demektir. Hürriyetten maidesinin terkinden bir zarar hasıl olmaz, fakat hürriyetten ferağ olmak fitrat-ı insaniye ile kabil telif değildir. İradenin hürriyetini selb etmek efail ve hareketin ahlakıyatını izale eylemek demektir' diyor. Fakat bu hürriyet muhafaza ve teminata muhtaçtır. Zalimin adil üzerine tecavüz ve ta'disini men için mukavele ve kanunlar lazımdır. O halde gaye nedir? Her azanın zat ve emvalini bütün kuva-i müşterekesi ile müdafaa ve siyanet edecek bir şekil içtimai bulmak.

Bu cemiyette 'herkes kendisini umuma terk ederse de yine yalnız nefse münkad olur ve bu suretle yine evvelki gibi muhafaza-i hürriyet eder.' Meselenin bu tarzda vaz edilmesi halini işkâl eyler. Bütün hukukundan ferağ olduktan sonra bir insanın, mezkûr hukukundan tecridden mukdem olduğu gibi, ivaz olarak bir hasse-i saltanata malik olduğu için muhafaza-i hürriyet etmesine imkân tasvir edilemez.

Hâlbuki bu feragate mahal var mı: Rousseau nazarında bu feragate zaruridir. Zira ferd başka suretle bazı hukuki muhafazaya muktedir olamaz. 'Cemiyet ile ferd arasında ihtilaf vukuunda bu hususta mevki hâkimiyeti haiz olacak olan cemiyetle beraber bulunması icap eder. Ferdin, bilcümle hukukunu muhafaza emrinde ısrarı fevza (anarchie) tevlid eder.' Efradın bazı hukukunun kendilerinde kalması halinde ferd ile umum beyanındaki ihtilafatı hal ve fasla salâhiyettar bir ma-fevk bulunamayacağından ve her biri birtakım hususatta kendi hâkimi olacağı cihetle

umum üzerinde de icrai hükme nefsinde hak göreceğinden hali tabiiyi devam eder ve teşekkül edecek cemiyette zalim ve binaenaleyh matlub olan faide de elde edilmemiş olur.

Nazariyatına daima nafiz bir mantık hâkim olan Rousseau efrad ile cemiyet ve şuur (conscience) ile kanun (loi) arasında zuhur edebilecek ihtilafların haline çare bulamıyor ve fevza (anarchie) ile ‘mutlakiyet’ten birini intihab mecburiyetinde bulunduğu zaman mutlakiyeti tercih ederek mutavassıt bir hal tasvir edemiyor.

Ma heza ferdi iradelerin mecmuundan bulamadığı bitaraflığın umumi irade de Volonté générale mevcudiyetinin tasvir ederek müteselli oluyor. Ve diyor ki ‘İrade-i umumiye ile herkesin iradesinin mecmuu arasında çok kere fark vardır. İrade-i umumiye münafi müşterekten gayrısını düşünmez, hâlbuki diğeri hususi menfaatleri nazar-ı itibara alır.’

Fakat irade-i umumiye ekseriyetin iradesi demek olmadığı gibi zimamdarının iradesini olmasına da mani yoktur. Devlet namına hareket bir ekaliyatın iradesi de olabilir.⁵

İhtilaller esnasında ika edilen mezalimin, irtikab olunan cinayetin mesuliyeti Rousseau’ya isnad olunabilir. Gerçi her türlü gadi ve bidat ve gasp ve itisaf ilahine kıyam etmiş ve insaniyet ve adalet fikirlerini neşr ve ta’mime çalışmış ise de vaz ettiği nazariyatın netayic-i mantığıyesi bunları nakabil ictinab bir hale koymuştur. Zira ferdin hakkını inkâr etmiş ve menafi cemiyet namına efradın hayat⁶ vicdan ve alakanın feda edilmesini tecviz eylemiştir. Saltanatın hukuku şöyle dursun meşruiyeti münakaşa caiz olmadığını eda eder. ‘Sultan mahza sultan olduğu için ve daima bu itibarla hangi hukuka haiz olmak iktiza ederse ona maliktir.’ Kaziyesini vaz eden kendisidir.

⁵ L’individu et l’Etat

⁶ Mademki ferdin hayatı tabiatın bir ihsanı olmayıp devletin şarta malik bir hibesidir ve ancak bu sayede taht emniyette yaşamıştır; binaenaleyh şayet idare-i umuma kendisinin ölmesine lazım gösterirse derhal ölmeye mecburdur. (Contrat social)

-bitmedi⁷

Seyyid Haşim

⁷ Çevirenin notu: Yazar burada makalenin devam edeceğini belirterek, makalesine son vermiştir.
SDÜHFD CİLT: 7, SAYI 2, YIL 2017