

KAMU YARARI VE DİSİPLİN CEZALARININ AFFI

Prof. Dr. Turan YILDIRIM^()*

Memurlar ve diğer kamu görevlilerine verilen disiplin cezalarının kısa süre aralıklarıyla affedilmesi nedeniyle bu çalışmada, disiplin affi kamu yararı kavramı açısından ele alınacaktır. 1982 Anayasası'nın kabulünden, günümüze kadar geçen süre içerisinde memurlar ve diğer kamu görevlilerinin disiplin cezalarının affına ilişkin üç kanun çıkarılmıştır (1985 tarihli, 3249 sayılı Kanun; 1992 tarihli, 3817 sayılı Kanun; 1999 tarihli 4455 sayılı Kanun).

Disiplin cezaları, kamu hizmeti görevlilerinin mevzuata, çalışma düzenine, hizmetin gereklerine aykırı eylemlerine karşı düzenlenen idari yaptırımlardır. Kamu hizmetlerinden sürekli olarak uzaklaştırılmak gibi ağır sonuçlara uzanan disiplin cezaları, ağırlığı ve önemi sebebiyle, Anayasa Mahkemesi'nce, Anayasa'nın 38. maddesindeki suç ve cezalara ilişkin kurallara tabi tutulmuşlardır.

Anayasa Mahkemesi'ne göre: "Yönetim, yönetim ilişkisi nedeniyle yönetilenler hakkında yaptırım uygulama yetkisine sahiptir. Disiplin hukukunun kaynağını oluşturan bu yetki, Anayasa çerçevesi içinde yasalarla düzenlenen alanlarda, yine yasalarla belirlenen koşullarda kullanılır... Yönetim yasal belirleme ve dayanak olmadan herhangi bir davranışın yaptırım gerektirdiğini takdir edip kendi yetkisiyle bu konuda kural koyamaz... Suç ve cezalar, Anayasa'ya uygun olarak yasayla konulabilir. Yönetim kendiliğinden suç ve ceza yaratamaz... "Kanunsuz suç ve ceza olmaz" ilkesi uyarınca bir hukuk devletinde, ceza yaptırımına bağlanan her eylemin tanımı yapılmalı, suçlar kesin biçimde ortaya konulmalıdır. Anılan ilkenin özü, yasanın ne tür eylemleri yasakladığını hiçbir kuşkuyla yer vermeyecek biçimde belirtmesi ve buna göre cezanın da yasayla saptanmasıdır.

Anayasa'nın "Suç ve cezalara ilişkin esaslar" başlıklı 38. maddesinin konuyla ilgili fıkrası "Kimse, işlendiği zaman yürürlükte bulunan kanunun suç saymadığı bir fiilden dolayı cezalandırılmaz; kimseye suçu işlediği zaman kanunda o suç için konulmuş cezadan daha ağır ceza verilemez." Hükmünü taşımaktadır. İncelenen yasa

^(*) Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi İdare Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi.

"Hizmetiçi eğitim programına uymamak" gibi içeriği belirsiz bir eyleme yaptırım getirerek Anayasa'nın 38. maddesinin birinci fıkrasına aykırılık yaratmakla kalmamış, cezalardan hangisinin hangi durumlarda verileceğini belirtmeyip yönetime çok geniş takdir yetkisi vererek "ceza ve ceza yerine geçen güvenlik tedbirleri ancak kanunla konulur" diyen Anayasa'nın 38. maddesinin üçüncü fıkrasına da aykırı düşmüştür..."¹

Bu karardan da anlaşılacağı gibi, memur ve diğer kamu görevlilerinin disiplin cezaları, Anayasa'nın 38. maddesinde belirlenen esaslara tabidir. Yasakoyucu, disiplin suç ve cezaları konusunda, 38. maddedeki ilkelere uymak kaydıyla düzenleme yapmak yetkisine sahiptir. Bu ilkeler: "İşlendiği zaman yürürlükte bulunan yasanın suç saymadığı bir eylemden dolayı kimsenin cezalandırılmayacağı, kimseye suçu işlediği zaman yasada o suç için konulmuş olan cezadan daha ağır bir ceza verilemeyeceği, ceza ve ceza yerine geçen güvenlik önlemlerinin ancak yasa ile konulacağı, suçluluğu hükümlerle belirleninceye kadar kimsenin suçlu sayılmayacağı, hiç kimsenin kendisi ve yasada gösterilen yakınlarını suçlayan bir bildirimde bulunmaya veya bu yolda kanıt göstermeye zorlanamayacağı, ceza sorumluluğunun kişisel olduğu ve genel zoralım cezası verilemeyeceği gibi ilkelerdir."²

Suç ve cezalarla ilgili Anayasal kurallar arasında af yetkisi de bulunmaktadır. Kamu görevlilerinin disiplin suç ve cezalarını düzenlemeye yetkili olan Türkiye Büyük Millet Meclisi, bu cezaları affetme yetkisine de sahiptir. Anayasa, 14. maddedeki fiiller³ hariç olmak üzere Türkiye Büyük Millet Meclisi'ne af yetkisi tanımıştır (m. 87). Ayrıca, münhasıran orman suçları için genel ve özel af çıkartılamaz. Ormanları yakmak, ormanı yok etmek veya daraltmak amacıyla işlenen suçlar genel ve özel af kapsamına alınamaz (m. 169).

Bu noktada, Yasa Koyucunun takdir yetkisinin sınırı sorunu ortaya çıkmaktadır. Af yetkisi, Anayasa'da yasaklanan eylemler dışında, serbestçe herhangi bir sınırlama olmaksızın kullanılabilir midir? Bu soru, af yetkisinin kamu yararı açısından incelenmesinin

¹ E: 1987/16, AMKD, Sayı: 24.

² AYM E: 1992/11, RG: 18.7.1992.

³ Bu fiiller şunlardır: Devletin ülkesi ve milletiyle bölünmez bütünlüğünü bozmak, Türk Devletinin ve Cumhuriyetin varlığını tehlikeye düşürmek, temel hak ve hürriyetleri yok etmek, Devletin bir kişi veya zümre tarafından yönetilmesini veya sosyal bir sınıfın diğer sosyal sınıflar üzerinde egemenliğini sağlamak veya dil, ırk, din ve mezhep ayırımı yaratmak veya sair herhangi bir yoldan bu kavram ve görüşlere dayanan bir devlet düzeni kurmak.

mümkün olup olmayacağını tartışmak için sorulmaktadır. Çünkü Anayasa Mahkemesi'nin birçok kararında belirtildiği gibi, kamu yararı kanun koyucunun yetkisinin sınırını oluşturmaktadır.⁴

Kamu yararı, toplumun genel/ortak çıkarının nasıl belirleneceği? Hangi araç ve yöntemlerle gerçekleştirilebileceği? Sorularının yanıtıdır⁵. Aynı zamanda, bir faaliyete kamusal nitelik kazandıran, hukuka uygunluğunun ölçütü olarak kullanılan bir kavramdır. Ancak çok işlevli bir kavram olması, kamu yararının tanımını ve içeriğini belirlemeyi güçleştirmektedir.⁶ Ancak bu güçlüğe rağmen doktrinde, kamu yararı kavramını aydınlatan görüşlere rastlamaktayız. Kamu yararı, bireylerin ve birey topluluklarının dışında, soyut bir kavram olarak düşünülmemelidir. "Kamu yararı, toplum içindeki önlenemez yarar çatışmalarında, çoğunluğun azınlığa, sayıca çok olan grubun çıkarlarının sayıca az olan kişilerin çıkarlarına üstün tutulmasını ifade eder... Ancak, bazan çatışan yararlar arasında nitelik dengesi yoktur. Sayıca az olan topluluğun ya da bir tek kişinin çıkarı, çoğunluğun kalabalığın çıkarından çağdaş değer ölçülerine göre daha üstün olabilir... Ama aynı nitelikte çıkar ve haklar çatırırsa, gene sayısal çokluk ağır basacak, kamu yararı o yönde olacaktır."⁷ İnsanların bir arada yaşamalarını sağlayan ortak toplumsal değerleri formülleştiren kamu yararı iki temel unsurdan oluşmaktadır. Bunlar, düzen ve adalettir.⁸ Toplum, yaşayan bir sistem (düzen) olarak, varlığını sürdürmek zorundadır. Ancak, toplumun varlığını sürdürmesi, parçaları arasındaki işlev uyumluluğunu sürdürmesi şeklinde olmalıdır. Toplumun oluşturan bireyleri asgari yaşama amaçları etrafında birleştirmekle ve bu amaçlara doğru toplumu yönlendirmekle gerçekleştirilen uyum,⁹ düzeni oluşturacaktır. Kamu yararının diğer unsuru olan adalet ise, belirli bir eşitliği amaçlar, "Herkesin gücüne ve yeteneklerine uygun olarak mükafalandırılması anlamındadır."¹⁰

Uygulamada, Anayasa Mahkemesi, kanunların kamu yararı amacıyla çıkarılacağını, kamu yararının takdirinin yasama organına

⁴ E:1985/23, RG:16.4.1986; E:1985/1, RG:10.7.1986. Şüphesiz, yasa koyucunun yetkilerinin sınırını sadece kamu yararı kararı oluşturmamaktadır. Anayasa çeşitli hükümleriyle sınırlar getirmektedir. Af konusunda parlamentonun takdir yetkisi ön planda olduğundan, kamu yararı kavramı üzerinde durulacaktır.

⁵ Erdoğan, M. Anayasal Demokrasi, Ankara, 1999, s.229.

⁶ Akıllıoğlu, T., "Kamu Yararı Kavramı Üzerine Düşünceler" İHİD. Lütfi Duran'a Armağan, Sayı:1-3, Yıl : 9, 1988, s. 11.

⁷ Yayla, Y. İdare Hukuku, İstanbul, 1990, s.74.

⁸ Tunaya, T.Z., Siyasal Kurumlar ve Anayasa Hukuku, İstanbul, 1980, s..167.

⁹ Aynı eser, s.36.

¹⁰ Aynı eser, s.168.

ait olduğunu belirtmekle birlikte¹¹, önüne gelen uyumsuzluklarda kamu yararının bulunup bulunmadığını araştırarak karar vermektedir. Anayasa Mahkemesi'nin içtihatlarına baktığımızda, kanun koyucunun herhangi bir kanunu vazederken hareket ettiği düşüncenin yanı sıra, yasanın doğurduğu sonucun kamu yararına uygun olup olmadığını da incelediğini görüyoruz.¹²

Anayasa Mahkemesi'nin, somut olayda kamu yararının varlığını araştırması, kamu yararını belirleme anlamına geleceği için

¹¹ E: 1992/11, RG: 18.7.1992

¹² "Kişinin ve toplumun huzur ve refahını sağlamak Anayasaya göre Devletin başta gelen ödevlerindedir. Ancak; haşhaş ekicileri açısından bu huzur ve refahın sağlanmasının yurtda isteyen istediği yerde ve istediği kadar haşhaş ekip yetiştirmesine bağlı olduğu yolundaki bir görüşü savunmak şöyle dursun, bunu düşünmek bile Anayasa'nın temel ilkeleriyle bağdaştırılmaz... Bu sınırlamaların, haşhaş ekicisinin ekonomik durumuna olumsuz etki yapacağı düşünülse bile yukarıda açıklanan kamu yararı ve genel sağlığın korunması amacına dayanan nedenler karşısında kanun koyucunun koyduğu sınırlamaların Anayasa'nın 1. maddesindeki ilkeye ters düştüğü söylenemez."

"Yapımları sırasında büyük ölçüde işçi çalıştırılmamış yapılar için Sosyal Sigortalar Kurumunca istenecek prim ve cezalarını affederek vatandaşla idare arasındaki sonu gelmez uyumsuzlukların bu yolla kolay, kesin ve külfetsiz bir biçimde çözümlenmesinde kamu yararı olduğu hiç bir şekilde yadsınamaz."

"Yasanın kabul edildiği zamandaki koşulların bugün için tamamiyle yok olmuş bulunması karşısında söz konusu sınırlamaların bu gün için kamu yararı...gibi nedenlere dayandığı ileri sürülemez."

"Yasanın gerekçesinde bu sınırlamanın yolsuzlukları önlemek amacı ile getirildiği açıklanmıştır. Adaletin yerine getirilmesine yardımcı olmak üzere kabul edilen ve bu niteliğinden dolayı bir kamu hizmeti olan avukatlık mesleği hakkında böyle bir kuşkuya yer verilmesi doğru olmaz. Kamulaştırma davalarında avukatlık parası sözleşmesinin belli bir miktarı kapsamak üzere serbestçe yapılmasının kamu düzenini bozacak veya genel ahlak kavramı ile bağdaşmayacak, kişi hak ve özgürlükleri ile toplum yararı arasındaki dengeyi sarsacak bir sonuç doğurmayacağı için bu sınırlamada kamu yararı bulunduğu kabul edilemez. "Bkz. Yıldırım, T. "Yasama Yetkisinin Sınırı-Hukuk Devleti-Kamu Yararı-Temel hak ve Hürriyetlerin Sınırlanması" Hukuk Araştırmaları, Cilt:2, Sayı:2., s.81.

"İhtira Beratı Yasası'na göre, yenilik özelliği taşıyan ve sanayiye uygulanabilen her türlü buluşa berat verilmesine karşın itiraz konusu kural uyarınca ilaca verilmemektedir. İlacın insan ve toplum sağlığı yönünden önemi tartışmasızdır. Kişi yararıyla toplum yararının karşılaştığı durumlarda toplum yararının üstün tutulması doğaldır. Toplum yararına dayanılarak ayırım yapılması eşitlik ilkesinden ayrılmanın haklı nedenidir." E:1994/77, AMKD, Sayı:32., Cilt:1., s.176.

"Askeri Ceza Yasası'nın 48. madesinin itiraz konusu (A) bendindeki askeri suçların kovuşturulmasının şikayete bağlı olmadığı yolundaki kuralın kamu yararının kişisel yararın üstünde tutularak düzenlendiği anlaşılmaktadır. " E:1994/2, RG:28.4.1998, s.19.

"Kamu yararı amacıyla da olsa, hak arama özgürlüğünü etkisiz hale getiren bir düzenleme demokratik toplum düzeninin gerekleriyle bağdaşmayacağından Anayasa'ya uygun bir sınırlama olarak kabul edilemez. " E:1996/66, RG:28.10.1997, s.26.

"İşlemin idari işlem olduğunda duraksanamayacağına ve bu konuda hizmetin gereği haklı bir neden ve kamu yararı da bulunmadığına göre idari bir işlemin bölünerek bir bölümünün idari yargının bir bölümünün de adli yargının denetimine bırakılmasında isabet yoktur." E:1996/72, RG:1.2.2001

Ayrıca bkz .Akıllıoğlu, T., a.g.e., s. 18.vd.

eleştirilmiş, Mahkeme'nin yasa koyucunun yerine geçtiği tartışmasına yol açmıştır.¹³ Ancak, yasaların Anayasa'ya uygunluğunu denetleme yetkisi, yasa koyucunun takdir yetkisini Anayasa'ya uygun kullanıp kullanmadığının denetlenmesini de içerir. Bu nedenle Anayasa'yı yorumlamakla yetkili olan Anayasa Mahkemesi, kamu yararı kavramını yorumlayabilir.

Kamu yararı, kamusal faaliyetlerin amacını oluşturduğuna göre, Anayasa'nın, Devletin temel amaç ve görevlerini gösteren, 5. maddesinden yararlanarak¹⁴ kamu yararının gerçekleşip gerçekleşmediğini bulmak da mümkündür. Anayasa'nın 5. maddesindeki amaçlara aykırı görülen yasaların kamu yararına yönelik olmadığı söylenebilecektir.¹⁵

Ayrıca Anayasa Mahkemesi'nin kamu yararı kavramına ilişkin bazı ölçütler geliştirdiğini de görmekteyiz. Buna göre, yasa koyucu düzenleme yaparken; hizmetin gereklerini gözönünde tutmalı,

¹³ "Bilindiği gibi, Anayasa yargısı kamu yararına uygun olmayan yasama işlemlerini ortadan kaldırmaya yetkilidir. Kamu yararını belirleme gücü yasama organına ait olduğuna göre Anayasa Mahkemesi yasanın kamu yararına olmadığı sonucuna vardığı takdirde yasama organının yerine geçmiş olmaz mı? Bu sorunun yanıtları olmakla birlikte bugüne kadar doyurucu bir yanıt verilememiştir. Pek çok ülkede bir anayasa yargısı olmaması nedenlerinin başında bu nokta gelmektedir. Bizde Anayasa gerek yönetim yargısına (m. 125/3) gerekse anayasa yargısına (m.153/2) ilişkin olarak yerine geçme yasağı getirmiş bulunmaktadır.

Bununla birlikte yüksek mahkemelerin kamu yararı ölçütünü kullanmaları onları ister istemez bir dereceye kadar kamu yararının belirleyicisi yapmaktadır. Anayasa Mahkemesinin çeşitli kararlarında vurguladığı gibi yönetim üzerinde yargı denetiminin yapılabilmesi yasa koyucunun yönetime takdir yetkisi tanıdığı durumlarda bu yetkinin sınırlarını da çizmiş olmasına bağlıdır. Bu yaklaşıma göre, yargı yerleri denetimlerini yasa ile belli ölçütlere göre yapacaklarından yerine geçme sakıncası sözkonusu değildir. Ancak bu yaklaşım Anayasa Mahkemesinin yaptığı denetimin yerine geçme sayılıp sayılmayacağı konusunda yeterli değildir. Zira, Yüksek Mahkeme Anayasanın öngördüğü kamu yararını ne olduğunu yorumlamak gibi son derece soyut ve belirsiz bir yetki kullanmaktadır. AKILLIOĞLU, T., a. g. e., s.17.

Anayasa Mahkemesi'nin şu ifadesi de AKILLIOĞLU'nun görüşünü desteklemektedir:

"Bir kuralın Anayasa'ya aykırılık sorunu çözümlenirken kamu yararı konusunda Anayasa Mahkemesi'nin yapacağı inceleme yasanın yalnızca kamu yararı amacıyla yapıp yapılmadığını araştırmaktır. Yasayla kamu yararının gerçekleşip gerçekleşmeyeceğini denetlemek anayasa yargısıyla bağdaşmaz. Çünkü bir yasanın kamu yararını gerçekleştirip gerçekleştirmediği veya ülke gereksinimlerine uygun olup olmadığı bir siyasi tercih sorunudur ve yasa koyucunun takdirine aittir., E: 1994/77, AMKD, Sayı: 32., Cilt: 1., s. 176.

¹⁴ "Devletin temel amaç ve görevleri, Türk Milletinin bağımsızlığını ve bütünlüğünü ülkenin bölünmezliğini, Cumhuriyeti ve demokrasiyi korumak, kişilerin ve toplumun refah, huzur ve mutluluğunu sağlamak; kişinin temel hak ve hürriyetlerini, sosyal hukuk devleti ve adalet ilkeleriyle bağdaşmayacak surette sınırlayan siyasal, ekonomik ve sosyal engelleri kaldırmaya, insanın maddi ve manevi varlığının gelişmesi için gerekli şartları hazırlamaya çalışmaktır."

¹⁵ "Kamu yararı kişinin ve toplumun huzur ve refahını sağlamak anlamına gelir. Anayasaya göre bu, Devletin başta gelen ödevidir."AYM, E:1977/1, Bkz. Akıllıoğlu, a.g.e., s. 18.

getirilen düzenlemeyle hizmet arasında gerçeklere uygun nesnel ve zorunlu bir neden-sonuç bağı kurulmalıdır.¹⁶

Disiplin cezalarının affında bazı cezaların kapsam dışı bırakılması, af yetkisine eşitlik ilkesi açısından bakmayı da gerektirmektedir. Bu konuda, Anayasa Mahkemesi'nin eşitlik ilkesi ile kamu kararı kavramını birlikte ele alarak ölçüt belirlediği bir karardan yararlanılacaktır. Kararda Anayasa Mahkemesi, yasa önünde eşitliğin mutlak eşitlik olmadığını; aynı hukuksal durumda olanlara aynı kuralların uygulanması anlamına geldiğini vurgulayarak, kimi kişilerin haklı bir nedene dayanarak değişik kurallara tabi tutulmasının eşitlik ilkesine aykırı olmadığını belirtmektedir. Anayasa Mahkemesi'ne göre, "Durumlarındaki değişikliğin doğurduğu zorunluluklar, kamu yararı ya da başka haklı nedenlere dayanılarak yasalarla farklı uygulamalar getirilmesinden, Anayasa'nın eşitlik ilkesinin çiğnendiği sonucu çıkarılamaz. Bu durumda, eşitliği bozduğu ileri sürülen kural, haklı bir nedene dayanmaktaysa ya da kamu yararı amacıyla yürürlüğe konulmuş ise bu kuralın eşitlik ilkesini zedelediğinden söz edilemez."

Anayasa Mahkemesi, kamu yararı ve makul nedenin ölçütlerini ise şu şekilde açıklamaktadır: "Ancak, kamu yararı ve haklı nedenin a) ANLAŞILABİLİR b) AMAÇLA İLGİLİ c) MAKUL ve ADİL olması gerekir. "Yasal düzenleme, bu ölçütlere aykırı ise eşitlik ilkesine aykırı olacaktır. Haklı bir nedene dayanmayan bu kural, kamu yararı amacıyla yürürlüğe konulmamış sayılmaktadır.

Aşağıda, disiplin afları, yukarıda belirtilen teorik esaslar çerçevesinde, kamu yararına ve eşitlik ilkesine uygun olup olmadıkları yönünden incelenmeye çalışılacaktır.

Disiplin cezalarının affının temel sebeplerinden biri olarak, cezaların affına, ertelenmesine veya infazına ilişkin yasaların sıklığı gösterilmektedir.. Toplum vicdanını rahatsız eden suçlardan mahkum olanların affedilmesi karşısında, daha hafif olarak nitelenen disiplin cezalarının affedilmemesi adalete aykırı kabul edilmektedir. 4455 sayılı Kanunun görüşülmesi sırasında açıklanan görüşlerden ve aynı konuda verilen kanun tekliflerinin gerekçelerinden, Ülkemizde

¹⁶ "Kamu yararının gerektirdiği düzenlemeleri yapmak, çareleri düşünüp önlemleri almak, yasa koyucunun en doğal hakkı ve görevidir. Yeterki düzenlemeler yapılırken doğrudan doğruya amaçlanan hizmetin gerekleri gözönünde tutulmuş, istenen nitelik ve kısıtlamalarla hizmet arasında gerçeklere uygun nesnel ve zorunlu bir neden-sonuç bağı kurulmuş olabilsin. "E: 1992/40, RG: 24.4.1993, s. 14.

çıkarılan afların, disiplin cezalarının affını da adeta zorunlu kıldığı anlaşılmaktadır.¹⁷

Disiplin affına ilişkin yasanın hazırlık çalışmalarından anlaşılan ikinci önemli gerekçe ise, siyasal iktidarların, disiplin işlemlerini, memurlar üzerinde baskı aracı olarak kullanmaları; memurların hukuka aykırı, keyfi disiplin cezalarıyla mağdur edilmeleridir. Yargı denetimini yetersiz ve etkisiz bulan bu görüş, memurlara yapılan haksızlığın afa düzeltileceğini savunmaktadır.¹⁸

¹⁷ "Ülkemizde zaman zaman çıkarılmış bulunan Genel Af Kanunları ile; idamlık ve müebbetlik suçların faillerine dahi atfette bulunulmuş, fakat çıkarılan disiplin suçlarının affı ile ilgili kanunlarda, kurumla sürekli olarak ilişik kesilmesi sonucunu doğuran disiplin cezaları ile yer değiştirme cezaları hep af kapsamı dışında bırakılmıştır. En vahşi cinayetleri işleyenlerin bile çıkarılan aflardan yararlandırılarak topluma kazandırılmaya çalışıldığı demokratik bir düzende, sadece bir disiplin suçu niteliğinde olan meslekten çıkarma ve yer değiştirme cezalarının affedilmemesinin haklı bir gerekçesi ve mantığı olamaz..." Erzincan Milletvekili Tevhit Karakaya ve 29 Arkadaşının teklifi, TBMM S sayısı: 160

"Değerli milletvekilleri toplum düzenine-aykırı davranışları ceza hukukumuzda göre cezalandırmaktayız. Bununla güttüğümüz amaç; bir yandan toplumsal düzeni korumak diğer yandan da bu insanları yeniden topluma kazandırmaktır. Yeri geldiğinde de aynı amaçlarla af yolunu seçmekte ve bu cezaları affetmekteyiz. Tabii olarak yine, toplumsal düzeni korumak noktasından hareketle affa karşı olan arkadaşlarımız da vardır; bu husustaki bütün görüşlere de saygı duyuyoruz; ancak, cezaların affı söz konusu olduğunda, iki kesime ilişkin cezaların affının diğer aflardan önce gelmesi gerektiğine inanıyoruz. Bunlardan birincisi memur disiplin suçlarına ilişkin afftır; diğeri ise öğrenci affıdır... Aynı konuda memur disiplin suçlarının affının, diğer aflara öncelik taşımasının sebebi nedir? Her şeyden önce, toplum düzenine aykırı suçların affının söz konusu olduğu yerde, kurumların ve işyerlerinin düzenine aykırı suçların affının öncelik taşıması kadar doğal bir şey yoktur; çünkü herkes bilir ki toplum düzeni işyeri düzeninden önce gelir. Diğer yandan disiplin suç ve cezaları, ceza yasalarımızda yer alan suç ve cezalardan nitelik itibarıyla çok daha hafiftir. Nitelik itibarıyla çok daha ağır olan suç ve cezalar affedilirken, daha basit ve daha hafif olan suç ve cezaların affedilmemesi, adalet duygusuna ters düşer diye düşünüyoruz..." ANAP Grubu adına Mustafa Rüştu Taşar (Gaziantep), TBMM Genel Kurul Tutanağı 21.Dönem 1. Yasama Yılı 59. Birleşim 27 Ağustos 1999, s.197.

¹⁸ "Sayın başkan, değerli millervekilleri; hemen, peşinen söyleyeyim, dünden beri yasaların içerisinde, Türkiye'nin ihtiyacı olan, elzem olan tek yasa buydu. Gerçekten, kamu kurum ve kuruluşlarında, hemen hemen her dönem ezilen, zulmedilen bir kesim var, o da devlet memurlarıydı. Biz bürokrasiden geldiğimiz için, bürokrasideki zulmü, bürokrasideki kıyımı, olup bitenleri iyi biliriz. Çoğu bakanlıklarda kamu kuruluşlarında, devlet memurları hakkında soruşturma yapan bakanlık müfettişleri, çoğu zaman kişisel duygu ve düşüncelerini ön plana çıkarmışlardır. Bu soruşturmanın yürüten müfettişler, genellikle o günkü siyasal iktidarın görüşü doğrultusunda sipariş raporlar hazırlayabilmektedirler. Maalesef, çoğu zaman bu müfettişler kendi dünya görüşleri ve ideolojileri doğrultusunda raporlar hazırlamaya çalışmaktadırlar. Hele hele birde işin içine iktidar tarafından görevlendirilmiş -o zamanın iktidarı, bu günün iktidarı- ilgili memurun, bürokratin görevden alınması emri verilmiş ise, idari yargıya gittiğinde önü kapatılın diye emir verilmiş ise artık, gerisini varın siz düşünün. Tam bir cebemet devlet anlayışıyla, hayali suçlamalar, küçücük ihmal ve noksanlıklar büyütülerek, soruşturma kapsamı genişletilerek, adeta kelle koparma diye tabir ettikleri şekle dönüştürülmektedir...İlgili bakan ve genel müdürün tetikçiliğine soyunarak.. .karar veren müfettişler gördük; ama bunun yanında, adil, tarafsız, namuslu teftiş yapanları da burada anmak isterim. Onlara bir sözümüz yok; sözümüz, dar çerçeveden, at gözlüğüyle, kendi psikolojik sendromlarını, militanlığını, o sipariş raporlara dökenleredir..." FP Grubu adına Mahfuz Güler (Bingöl), TBMM Genel Kurul Tutanağı, 21. Dönem 1. Yasama Yılı, 59. Birleşim 27 Ağustos 1999, s. 194,195.

Ayrıca, kamu görevlilerinin hata yapabilecekleri, bu hatalarda her zaman kasıt aramamak gerektiği ve hata yapan insanlara bir şans daha tanınması gibi gerekçelerle de disiplin affı savunulmaktadır.¹⁹

12 Eylül öncesi karmaşa ortamı²⁰ ve 12 Eylül döneminin hukuk dışı uygulamaları²¹, Af Kanunlarının diğer gerekçeleri arasındadır.

Yukarıda aktarılmaya çalışılan gerekçelere bakıldığında: Kamu görevlilerine siyasal amaçlı baskı yapıldığı ve disiplin cezalarının baskı unsuru olarak kullanıldığı için af çıkarılmasını hukuken

"Sayın milletvekilleri, ülkemizde, memurların ceza hukuku bakımından, memur olmayanlara karşı korunduğu doğrudur; çünkü Memurun Muhakematı Kanunu Muvakkat halen yürürlüktedir; ancak doğru olan bir başka husus daha vardır ki, memurların yönetimin cezalandırılmasına karşı, bir o kadar korumasız oldukları; hatta denilebilir ki, bu gün, bütün dünyada, yönetime karşı en korumasız olan bürokrasi, Türk Bürokrasisidir. Bu anlamda korumasızlık, hem üst düzey bürokratlar için geçerlidir hem de alt düzeydeki kamu görevlileri için geçerlidir. Konunun dışında olanlara, üst düzey bürokratların yönetime karşı korumasız olmaları doğru değilmiş gibi gelebilir, yargı güvencesinden bahsedilebilir, Danıştayın ve idare mahkemelerinin verdiği çeşitli kararlar gösterilebilir. Oysa, yargı güvencesine rağmen, üst düzey bürokrasimiz yönetime karşı, gerçekten çok korumasız bir haldedir. Bilassa, hükümetlerin sık sık değiştiği günümüz şartlarında, bürokrasi de büyük bir değişime uğramaktadır. Bu değişim kimi hallerde normal yollardan sağlanmakta, kimi zaman da bürokrasinin değiştirilmesi için zorlamalara başvurulduğu görülmektedir. İşte bu noktada memur disiplin hukukunun kimi yöneticiler tarafından istismarna şahit olmaktadır. Bürokratlar görevden almakta zorlanan yönetim, onlara karşı disiplin hukukunu bir baskı aracı olarak kullanabilmektedir... İşyeri telefonunun kullanımından, kırtasiye malzemesi olan fotokopi kağıdının kullanımına kadar en olmayacak konularda bile soruşturmalar açılabilir. Böyle bir durumda kalan bürokrat, göreve devam etse bile sinmekte ve ürkekleşmektedir; çoğu zaman ise, hak etmediği cezaları almakta ve görevden ayrılmak zorunda kalmaktadır. Bu bürokrat dava yoluna başvursa bile, davaların sonuçlanması ve adaletin tesisi çok uzun zaman alabilmektedir. İşte böyle durumlarda memur disiplin affı, adalet duygusunun bir gereği olarak ortaya çıkmaktadır..." ANAP Grubu adına Mustafa Rüştü Taşar (Gaziantep) s. 197.

¹⁹ "Değerli milletvekilleri, halen sayılan 2 milyonu bulan memurlarımız, kamu kurum ve kuruluşlarında, devletinden aldığı yetkiyle yine devlet adına görev yapmaktadır. Zaman zaman tüzük ve yönetmelikleri ihlal ettikleri gerekçesiyle disiplin cezasına maruz kalan bir çok kamu görevlisinin olduğu da bilinmektedir. Memur disiplin cezalarının affına dair kanunun ilk defa yürürlüğe girdiği 1985 yılından bugüne kadar yeni bir kanun çıkmamıştır; ama unutmamak gerekir ki memur, çalışıkça da hata yapabilir. Her hata mutlak surette kasıtlı yapılmıştır diye bir anlayış içerisinde memurlara bakmak insafsızlık olur, haksızlık olur. Affın görüldüğü bir dönemde memurların disiplin cezala affedilmesi gerçekten zaruridir, gereklidir.. Bu kanun teklifinin amacı, kamu hizmetinde çalışan kamu görevlilerinin çalışmalarını teşvik, çalışma gururunu kazandırmak, şuurunu arttırmak, verimini arttırmak; memurun kendini istihdam eden devlete olan güven duygusunun aşılması (dir)..." DYP Grubu adına Saffet Ankan Bedük (Ankara), TBMM. Genel Kurul Tutanağı, 21. Dönem, 1. Yasama Yılı, 59. Birleşim, 27.8.1999, s. 193., 194.

"Değerli arkadaşlarım, kamu yararının olduğu yerde inisiyatif almaktan çekinmeyen bir bürokrasiye sahip olmadıkça, milletimizin problemlerinin çözülmediği gibi, gün geçtikçe arttığını da göreceğiz. İnisiyatif kullanan bürokratin kimi yanlış elbette olacaktır. İşte o zaman, o bürokrata devlet ve milletçe sahip çıkmamız gerekmektedir..." ANAP Grubu adına Mustafa Rüştü Taşar (Gaziantep) s. 197

²⁰ ANAP Grubu adına Osman Doğan (Şanlıurfa), TBMM. Tutanak Dergisi, 55. Birleşim, Dönem: 17., Cilt: 24., Yasama Yılı; 3, s. 149.

²¹ "Sayın milletvekilleri, 12 Eylül karanlık dönemlerinde mağdur edilen sürülen, kıyılan ve bu yönlerden nasibini alan bir kesim de memurlar ve diğer kamu görevlileridir. Bu kesim içinde bir sürü insan, geçen dönemde tasfiye edilmiş, haklı haksız birtakım disiplin cezalarına çarptırılmıştır. Bu dönemde kurunun yanında yaş da yakılmıştır..." SHP Grubu adına Vahdet Sinan Yerlikaya (Tunceli), TBMM. Tutanak Dergisi, 85. Birleşim, Dönem: 19., Cilt :13., Yasama Yılı: 1., s.37.

savunmak mümkün değildir. Siyasal parti temsilcileri, bu baskının varlığını kabul etmekte ve hatta kendileri tarafından yapıldığını (veya yapılacağını) beyan etmektedirler. Ancak, böylesine açıkça hukuka aykırı davranışın çözümü, disiplin affı değil; bir an evvel bu uygulamayı sona erdirmektir. Ayrıca, siyasal amaçlı bir disiplin işlemi, amaç unsuru bakımından sakat olacağı için idari yargı mercii tarafından iptali kaçınılmazdır. Yargı sürecinin ağır işlemesi, af için yeterli sebep olmasa gerektir. Af yasaları arasındaki süre, yargılama süresinin çok üstündedir. Yargı incelemesinden geçmiş olan disiplin işlemleri için, siyasal baskılardan siyasal amaçlardan söz etmenin mümkün olmadığı kanaatindeyim. Bu gerekçeye bakıldığında, çıkarılan af yasalarında kamu yararı bulunmamaktadır. Siyasal amaçlarla bazı memurların mağduriyetinden söz edilmesi, af yasalarının, üst düzey görevlere atanma önündeki yasal engeli kaldırma amacına yönelik olduğu ihtimalini de akla getirmektedir. Böylesi bir amaçta, kamu yararından söz edilemeyeceği de açıktır.²²

Sık çıkarılan af yasalarının disiplin affını zorunlu kılması, hukuki bir gerekçe olarak ileri sürülemez. Af yasalarının-özellikle sonuncusunun-toplumda doğurduğu tepki gözönünde bulundurulduğunda, başka aflara yol açması kabul edilemez²³. Anayasa'nın 5. maddesinde sayılan amaçlardan biri, toplumun huzurunu sağlamak olduğuna göre toplumun huzurunu bozan aflar çıkarmak ve bu afları başka sahalara yaymak kamu yararına uygun değildir.

Yasa koyucu, insanlara bir şans daha vermek, topluma kazandırmak, 12 Eylül öncesi ve 12 Eylül yönetimi sırasındaki bazı hukuka aykırılıkları telafi etmek amacıyla af yetkisini kullanabilir. Ancak, af yetkisinin yedi sene aralıkla üç kez kullanılması, af beklentisindeki kamu görevlilerini, kamu hizmetlerinin gereklerine özen göstermemeye yöneltebilir. Unutulmamalıdır ki disiplin suçları sadece idarenin iç işleyişine ilişkin eylemler değildir. Hizmetten

²² Devlet Memurları Kanununun 132. maddesine göre, kendilerine disiplin cezası olarak aylıktan kesme veya kademe ilerlemesini durdurma cezası verilenler, valilik, büyükelçilik, müsteşar, müsteşar yardımcılığı, genel müdürlük, genel müdür yardımcılığı ve daire başkanlığı göreviyle, Bakanlar Kurulu kararıyla atanan görevlere getirilemezler.

Bu görevlere atama yapabilme amacıyla disiplin affı çıkarıldığı iddiası, 3249 sayılı Kanunun görüşülmesi sırasında ileri sürülmüştür. "...Bize gelen bilgilere göre-isterlerse verebilirim-kademe ilerlemesinin durdurulması cezası almış birçok kişi atanmak için sıra bekliyor ve bunlar atanmadığı için de bazı işler vekaleten idare ettiriliyor deniyor..." SHP Grubu adına Cahit Tutum, TBMM. Tutanak Dergisi, 55. Birleşim, Dönem: 17., Cilt: 24., Yasama Yılı: 3., s. 154.

²³ Nitekim Cahit Tutum, 1985 tarihli ilk disiplin affının, başka afların gelmesinin ana gerekçesi olabileceği endişesini dile getirmiştir. Bkz. aynı konuşma, s. 152.

yararlanana karşı işlenen suçlar da mevcuttur. Görevin gereği gibi yerine getirilmemesi, mevzuata ve emirlere uyulmaması, sadece idarenin iç işi olarak nitelenemez. Bu eylemler topluma yansıyan suçlardır. Ayrıca, diğer kamu görevlilerine karşı işlenen suçların hizmete yansıtacağı da unutulmamalıdır. Özetle, disiplin suçları, kamu düzeniyle ilgili, kamu düzenini bozan eylemlerdir. Kamu görevlilerinde af beklentisi doğurduğu için son iki yasada kamu yararı olmadığını düşünüyorum. Devlet Memurları Kanunu, disiplin cezalarının bir süre sonra sicilden silinmesine imkan tanıyarak, memurların davranışlarını düzeltmesini sağlamaktadır. Bu sistem, 133. maddedeki 5 ve 10 yıllık süreler kısaltılarak, cezaların silinmesine ilişkin idareyi bağlayıcı esaslar konarak, daha etkili hale getirilebilir. Kamu görevinden çıkarma cezaları yargı denetiminden tabi olduğuna göre yargı merciinin yaptığı inceleme sonucunda da kamu görevinde kalması uygun görülmemeyenlerin, yasayla affında kamu yararının varlığı tartışmalıdır.

İnsani amaçlarla, yüce duygularla af yetkisinin kullanılması gerektiği savunulabilir. Yasa koyucunun takdir yetkisini bu şekilde kullandığı, toplumsal huzurun, barışın af yoluyla sağlanacağı da düşünülebilir. Ancak, kişisel kanaatim aksi yöndedir.

Disiplin affında bazı suçların ya da bazı kamu görevlilerinin kapsam dışı tutulması, üzerinde durulması gereken bir diğer husustur. Anayasa Mahkemesi'ne göre, "Anayasa, affın niteliklerinden ve sonuçlarından söz etmemiş, bunu yasaya ve dolayısıyla yasakoyucunun takdirine bırakmıştır. Bundan ötürüdür ki, yasakoyucu, Anayasa sınırları içinde çıkarılabilecek herhangi bir af yasasından affın hukuki sonuçlarını ve etkisini bir yana bırakabileceği gibi değişik türde suç işleyenlerin ya da değişik cezalara çarptırılanların, afftan değişik ölçülerde yararlanmalarını, hatta haklı nedenleri varsa bir kısmının hiç yararlanmamasını sağlamaya yetkilidir."²⁴ Bu durumda, disiplin afflarında da haklı nedenlerin varlığı durumunda bazı suçlar ve bazı kamu görevlileri kapsam dışı bırakılabilirler. Nitekim yukarıda anlaşılabilir, amaçla ilgili, makul ve adil bir haklı nedenin varlığı halinde kamu yararının gerçekleşeceği ve eşitlik ilkesine aykırılık olmayacağına işaret edilmişti. Bu sorun cezaların affında da tartışılacağı için burada üzerinde fazla durulmayacaktır. Haklı nedenin varlığını, belirlenen ölçütlere

²⁴ E: 1989/5, RG: 4.5.1990

uygunluğunu, Anayasa Mahkemesi belirleyecektir.²⁵ Kanun koyucu, hazırlık aşamasında, istisnaların sebebini hukuki gerekçeleriyle birlikte açıkça kaleme alarak, Anayasa Mahkemesi'nin işini kolaylaştırmalıdır.

Disiplin affı yasasına, eylemlerin ağırlığı gözetilerek hakim ve savcılarla ilgili bazı cezalar ve silahlı kuvvetler personeli, uzman jandarmalar ve askeri hakimler kapsam dışı tutulmuşlardır. Bu istisnalar haklı sebeplere dayanmaktadır. Ancak, aynı önemde görev yapan, emniyet mensuplarına verilen cezaların affı karşısında, uzman jandarmanın bu afftan yararlanmaması, eşitlik ilkesine ve adalete uygun düşmemektedir.

Disiplin affına ilişkin son iki yasada dikkati çeken bir nokta daha bulunmaktadır: Yüz kızartıcı ve şeref ve haysiyet kırıcı suçlar sebebiyle kamu görevinden çıkarma cezaları, kapsam dışı tutulmaktadır. Yasada sayılan suçlar (Devletin şahsiyetine karşı işlenen suçlarla, zimmet, irtikap, rüşvet, hırsızlık, dolandırıcılık, sahtecilik, inancı kötüye kullanma, dolanlı iflas gibi...), memur olmaya engel suçlar olduğu için, bu suçlardan mahkumiyet, memurluktan çıkarmayı gerektirmektedir. Ancak bu çıkarma disiplin cezası değil, Devlet Memurları Kanununun 98. maddesine göre memurluğun sona ermesi olarak düzenlenmiştir. Dolayısıyla, disiplin affına ilişkin yasada bu suçların ayrı tutulmasına gerek yoktur. Yasada bu ifadenin yer alması, uygulamada, bazı disiplin suçlarının yüz kızartıcı olarak nitelenerek, bu suçlar nedeniyle verilen cezaları kapsam dışı olduğu yorumuna yol açmaktadır. Örneğin, meslekdaşını dövdüren öğretim üyesi afftan yararlanırken, lisansüstü öğrencisi ile ilişkiye girdiği için uzaklaştırılan öğretim üyesinin eylemi yüz kızartıcı bulunmuştur. Yüz kızartıcı suç gibi zamana ve kişiye göre değişebilen kavramların af yasasına girmesi, uygulamada sorun çıkarabilmektedir. Bu sebeple kapsamı belirsiz kılan ifadelerden kaçınmak gerekir.

Sonuç olarak, disiplin afları, hata yapan memurların kazanılması amacıyla çıkarılabilir. Ancak, bu amaca yönelik olarak

²⁵ "Dava konusu düzenlemeyle düşünceyi açıklama özgürlüğü bağlamında basın yoluyla yahut sözlü veya görüntülü yayın araçlarıyla işlenen suçlar yönünden erteleme adı altında bir olanak getirilmiş, ancak aynı tür suçların daha az cezayı gerektiren basın yoluyla yahut sözlü veya görüntülü yayın araçlarıyla işlenmemiş olanları kapsam dışı bırakılmıştır. Aynı tür suçu işleyenler için farklı uygulama öngören bu düzenlemenin haklı bir nedeni bulunmadığı açıktır."
E: 1999/10, RG: 12.10.2000, S.64.

Çıkarılan aflar, memurlarda beklenti yaratacağı için idarenin işleyişini, kamu hizmetlerinin görülmesini aksatabilir. Yasalara, hizmetin gereklerine uyarak çalışan görevliler üzerinde olumsuz etki yapabilir. Hizmetten yararlananlara da yansıyan bu olumsuzluklar, kamu düzenini bozacağından, disiplin affından kaçınmak gerekmektedir.

Memurların alışma koşullarını düzeltici önlemler; disiplin işlemlerinin etkin idari denetimi; cezaların sicilden silinme süresinin kısaltılarak, idarenin takdir yetkisinin daraltılması; kamu görevinden uzaklaştırma cezalarının daha sıkı kayıtlara bağlanması gibi düzenlemeler, af yasalarından daha yararlı olacaktır.

OTURUM BAŐKANI : Prof. Dr. Eralp ÖZGEN

Sayın Başkan, değerli konuklar, oturumun ikinci konuşmacısı, Doç. Dr. Nihal SABAN'ın kısa özgeçmişini bilgilerinize sunuyorum.

1958 yılında Zonguldak'da doğan Sayın SABAN, 1983 yılında İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nden mezun oldu. 1986'da yüksek lisansını tamamladıktan sonra 1991'de doktor ve 1996'da doçent unvanını aldı.

Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Vergi Hukuku Anabilim Dalı Başkanlığı, Maliye Anabilim Dalı Başkanlığı ve Kamu Hukuku Bölümü Başkan Yardımcılığı görevlerinde bulunan Sayın SABAN, halen Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Vergi Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyeliğı görevini yürütmektedir.