

DİSİPLİN SORUŞTURMALARINDA MEMURUN AKIL SAĞLIĞININ, ALKOL ALIP ALMADIĞININ RIZASI OLMAKSIZIN TESPİTİ

DETERMINATION OF MENTAL HEALTH AND INTOXICATION OF CIVIL SERVANT WITHOUT HIS CONSENT ACCORDING TO DISCIPLINARY PROCEEDING

Güven SÜSLÜ*

Özet: Bu çalışmada, iki sorun ele alınmaktadır. Ele alınan ilk konu, çalıştığı birime alkollü gelme ya da çalıştığı birimde alkol alma halinde, rızası hilafına memura alkol muayenesinin yapılıp yapılmayacağı konusudur. Konu ile ilgili olarak alkol muayenesine izin veren mevzuattaki hükümlere değinilerek bu hükümlerin uygulanma olasılığı irdelenmiştir. İkinci olarak ise devlet memuru olduktan sonra ayırt etme gücünün kaybı ve bu çerçevede akıl hastalığının söz konusu olması halinde disiplin soruşturmasının yapılıp yapılmayacağı konusu ele alınmış olup yine mevzuat hükümleri irdelenerek yargı kararları çerçevesinde değerlendirme yapılmıştır.

Anahtar Kelimeler: Devlet Memuru, Akıl hastalığı, Disiplin, Sarhoşluk

Abstract: In this study, two different issues are examined. The first one is as to whether a breath test could be made on a civil servant without his consent if he comes to the office alcoholic or drinks in the office. Regarding this issue, the legislation provisions which permit to make breath test and discuss the probability of the application of these rules are mentioned. In the second place, we examine as to whether a disciplinary proceeding could be made on a civil servant who has a mental incapacity afterwards and this issue is estimated according to judicial decisions, discussing the legislation provisions.

Keywords: Civil Servant, Mental Illness, Discipline, Intoxication

GİRİŞ

İdari faaliyetlerin bir düzen içerisinde yürüyebilmesi, idarenin kendi içerisinde de bir düzenin teşkilini şart kılmaktadır. Nasıl ki toplumsal yaşamın bir düzen içerisinde devamını sağlamaya yönelik

* Yaşar Üniversitesi Adalet Meslek Yüksekokulu Öğretim Görevlisi, guven.suslu@yasar.edu.tr

yaptırımlar söz konusu ise, toplumsal yaşamın bir alt bölümünü oluşturan idari örgütler içerisindeki düzeni sağlayıcı yaptırımlara da yer verilmiştir. İşte disiplin suç ve yaptırımları olarak karşımıza çıkan bu düzenlemeler, özünde toplumsal yaşamı düzenlemeye yönelik ceza hukuku kurallarına kısmi bir benzeşme gösterse de temel özellikleri bakımından farklılıklar arz etmektedir. Çalışmamızda öncelikle bu farklılıklara kısaca değinilecek, ardından devlet memurunun bir disiplin soruşturması sürecinde akıl sağlığı ile ilgili şüphe ortaya çıkması halinde bu durumun tespitinin mümkün olup olmadığı ve mümkünse ne şekilde tespit yapılacağı üzerinde durulacaktır. Son olarak çalışmamızda memurun görev mahallinde alkol durumu ile ilgili şüphe ortaya çıktığında bu şüphenin giderilmesinin ve alkol durumunun tespiti ile ilgili sorunlar, konu ile ilgili içtihatlar ve mevzuat ışığında irdelenecektir.

I- DİSİPLİN SUÇ VE YAPTIRIMI

A-Kavram

Hukuksal olarak istenilmeyen bir fiilin sonucu olarak uygulanan yaptırımı ifade eden disiplin terimi, idare hukukuna özgü bir kavram olmayıp, disipline ilişkin kuralların uygulama alanı idare olabileceği gibi özel hukuk tüzel kişileri de olabilir. Özel hukuk tüzel kişileri kendi düzenlerini sağlama adına belirlemiş oldukları kurallara kendi çalışanlarının aykırı davranması sonucu onlar üzerinde disiplin cezası uygulayabilirler.¹Hemen belirtelim ki çalışmamız özel hukuk tüzel kişilerinin disiplin cezası uygulama yetkisini içermemekte ve kamusal alanda disiplin yaptırımlarına özgülenmektedir.

Disiplin yaptırımı ise memurun mesleği, hayat ve vazifesinde görülen yolsuzluklara karşı, kendisine tatbik edilen bir kısım zecri müeyyideler olarak” tanımlamakta olup,²yine Danıştay kararında ise kamu işi, kamu görevi ve görevlileriyle ilgili bir ceza türü olarak önceden belirlenen hukuk kurallarına aykırı düşen bütün davranışları önlemek, engellemek amacıyla zorlayıcı özelliği olan müeyyideler şeklinde ta-

¹ Oğuz Sancakdar, Disiplin Yaptırımı Olarak Devlet Memuriyetinden Çıkarma ve Yargısal Denetimi, Yetkin Yayınları, Ankara, 2001, s.119

² Sıddık Sami Onar, İdare Hukukunun Umumi Esasları, c.2, Hak Kitabevi, İstanbul,1966, s. 1158

nımlanmıştır.³ 1982 Anayasası m. 38/11’de yer alan “İdare, kişi hürriyetinin kısıtlanması sonucunu doğuran bir müeyyide uygulayamaz” hükmü uyarınca kişinin yaşamına, malvarlığına ya da herhangi bir hürriyetine etki edecek bir disiplin cezası idare tarafından uygulanamayacaktır.⁴

B-Adli Ceza-Disiplin Yapıtırımı Ayrımı

1-Suç ve Cezaların Kanuniliği İlkesi Yönünden Değerlendirme

Ceza hukukunda Kanunilik ilkesi bir taraftan suçun, diğer taraftan ise cezanın kanunda gösterilmesi anlamına gelmekte olup, suçun kanuniliği, fiilin işlenmeden önce cezalandırılacağına kanunda açıkça gösterilmesi gerekliliğini; cezanın kanuniliği ise, cezanın tür ve ağırlığının da fiilden önce tespit edilmiş olması gerekliliğini ortaya koymaktadır.⁵

Anayasa’nın 38. maddesinin üçüncü fıkrasında “Ceza ve ceza yerine geçen güvenlik tedbirleri ancak kanunla konulur” denilerek ortaya konulan “Cezanın kanuniliği” ilkesi, idari ve adli cezalar arasında bir ayrım yapılmadığından “disiplin cezaları” açısından da geçerli olan bir ilkedir.⁶ Nitekim Anayasa Mahkemesi, genel olarak disiplin cezalarının kamu görevi ile ilgili bir ceza türü olarak benimsendiğini, Anayasa’nın 38. maddesinde idari ve adli cezalar arasında bir ayrım yapılmadığını ve ceza yerine geçen güvenlik önlemlerinin de madde kapsamına alındığını ifade ederek disiplin cezalarının da Anayasa’nın 38. maddesi kapsamında olduğuna karar vermiştir.⁷ Ancak Mahkemenin bu kararında karşı oy kullanan bir kısım üyeler, ceza hukuku ile disiplin hukukunun farklı alanlar olduğunu, suçun, bir kimsenin yaşadığı ülkenin Devletine yükümlü olduğu itaat borcunun ihlâli iken disiplin suçunun ise bireyin tâbi olduğu belirli bir topluluğa taahhüt ettiği özel bağlılık yükümlülüğüne uymaması ile işlendiğini, bir fiilin disiplin suçunu oluşturması için kişi ile topluluk arasında hiyerarşik bağlılığın olmasının gerekmediğini suçun toplumdaki genel düzeni

³ Danıştay 12. D. 26.05.2010, 2007/6148 E., 2010/2851 K.

⁴ Kemal Gözler, İdare Hukuku, c.II, Ekin Kitabevi, Bursa, 2003, s.677

⁵ Bahri Öztürk/Mustafa Ruhan Erdem, Uygulamalı Ceza Hukuku ve Güvenlik Tedbirleri Hukuku, Seçkin Yayınevi, 16. Baskı, Ankara, 2016, s.37-38

⁶ AYM 14.01.2015, 2014/100 E., 2015/6 K., R.G. 7.4.2015-29319

⁷ AYM 04.04.1991, 1990/12 E., 1991/7 K., R.G. 13.08.1991-20959

bozan hukuka aykırı fiiller olduğunu, disiplin suçunu oluşturan davranışların ise sınırlı bir topluluk içinde kabul edilmiş olan düzen kurallarına aykırı davranış olduğunu, suç ile disiplin suçu arasındaki bu temel farkın, suçun müeyyidesini uygulayacak otorite bakımından da ayırım getirdiğini ve bir suçun cezası Devlet tarafından verildiği halde, disiplin cezasının yerine göre kamu otoritesi, yarı kamusal veya tamamen özel nitelikteki kuruluşlar tarafından verilebileceğini, devlet ceza verirken yargı tasarrufunda bulunduğu halde disiplin suçlarının müeyyidesinin idari makamlarca ve idari tasarruf konusu olan kararlarla sağlanacağını, suç ile disiplin suçu arasında zorunlu bir bağımlılık bulunmadığını, nitekim 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu'nun 131. maddesinin 1. fıkrasına göre aynı olaydan dolayı memur hakkında ceza mahkemesinde kovuşturmaya başlanmış olmasının, disiplin kovuşturmasını geciktirmeyeceğini, bunun anlamının ise, ceza ve disiplin kovuşturmalarının ilke olarak birbirinden bağımsız olmaları olduğunu, memurun hukuka aykırı fiili dolayısıyla hakkında ceza kovuşturması yapılmakla beraber disiplin kovuşturması yapılmayabileceğini, yine ceza mahkemesinin beraat kararına rağmen memur hakkında disiplin kovuşturması yapılarak disiplin cezası verilebileceğini, suçun birinci unsurunun, yapılan hareketin kanundaki tarifine uygun olması olduğunu ve bu sonuca varabilmek için suçların kanunda teker teker gösterildiğini ve tarif edildiğini, disiplin cezalarında ise, bu kuralın geçerli olmayabileceğini, yani, ceza hukukunda suçu belirleyen hükümlerin suçta kanunilik ilkesine tâbi olduğu halde disiplin cezasını gerektiren fiiller hakkında kanunilik ilkesi uygulanmayacağını ifade ederek disiplin suç ve cezalarının kanun hükmünde kararname ile düzenlenme yasağı dışında olduğunu belirtmişlerdir.

“Disiplin suçları” yönünden kanunilik ilkesinin geçerliliği konusunda belirtilen Anayasa Mahkemesi kararında da görülen doktrinde de söz konusu olup, bir görüşe göre, disiplin suçu teşkil edecek bütün fiillerin eksiksiz bir listesini yapmanın olanaksızlığı karşısında, disiplin hukukunda “Kanunsuz suç olmaz” ilkesi geçerli değildir.⁸

⁸ Gözler, s.683; Gözler, disiplin suçlarında kanunilik ilkesinin istisnası olarak memuriyetten çıkarma cezasını gerektiren halleri kabul etmekte ve bu görüşüne dayanak olarak da anayasanın 13. maddesinde yer alan “Temel hak ve özgürlüklerin kanunla sınırlanması gerekliliğini düzenleyen kuralı ileri sürmektedir. Memurluğa girme bir temel hak ve özgürlük olduğuna göre memuriyetten çıkarma disiplin

Anayasa Mahkemesi'nin vermiş olduğu bir iptal kararına⁹ dayanan bir diğer görüşe göre memur ve diğer kamu görevlilerinin disiplin cezaları, Anayasa'nın 38. maddesinde belirlenen esaslara tabi olup kanun koyucu disiplin suç ve cezaları konusunda 38. maddedeki ilkelere uymak kaydıyla düzenleme yapmak yetkisini haizdir.¹⁰ Son olarak disiplin cezalarının sadece meslek hayatına ilişkin yaptırımlar olarak değerlendirilerek hafife alınmasının ve hukuka aykırı disiplin işlemleriyle devlete duyulan saygınlık ve güvenin zedelenmesiyle toplum düzenine aykırı bir durumun gelişeceğini göz ardı etmenin doğru olmadığı, disiplin mevzuatında idareye geniş takdir yetkisi tanıyan, pek çoğu hukuk devleti ilkesi ile bağdaşmayan disiplin suçu kategorisi bulunduğu, özellikle disiplin hukukunda kıyas ilkesini getiren torba hüküm niteliğindeki kuralların adeta idareyi hukuka aykırı davranmaya teşvik ettiği, bu sebeple disiplin suç ve cezalarının da Anayasa'nın 38. maddesi kapsamında değerlendirilmesinin gerektiği, kanun koyucu-

cezası bu özgürlüğün ortadan kaldırılması anlamına gelir ve Anayasa'nın 13. maddesi gereği mutlaka kanunla düzenlenmesi gerekir. s.684; Anayasa Mahkemesi'ne göre ise aynı sonuca Anayasa'nın 38. maddesinden hareketle ulaşılabilir. Kanunsuz suç ve ceza olmaz ilkesi gereği, bir hukuk devletinde ceza yaptırımına bağlanan her eylemin tanımı yapılmalı, suçlar kesin bir biçimde ortaya konmalıdır. Suçun tanımında içeriği çok geniş ve değişik şekillerde yorumlanmaya elverişli kavramların kullanılması, disiplin cezalarının tatbikinde yorum ve değerlendirme farklılıklarından kaynaklanan eşitsizliklere, haksızlıklara yol açabilecek olup, idareye çok geniş takdir yetkisi tanınmasına yol açmaktadır. AYM. 19.04.1988, 1987/16 E., 1988/8 K., R.G. 23.08.1988-19908; Oğuz Sancakdar, "İdari Cezaların Yaptırımlar Teorisindeki Yeri ve Türk Hukukundaki Anayasal Temelleri", İdari Ceza Hukuku Sempozyumu, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2009, s.83-84; Esin Örucü, "Disiplin Cezaları, 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu Sistemi", İÜHFD, C.32, S.2-4, 1966, s.797

⁹ AYM. 19.04.1988, 1987/16 E., 1988/8 K., Anılan kararda Mahkeme, Yönetimin, yasal belirleme ve dayanak olmadan herhangi bir davranışın yaptırım gerektirdiğini takdir edip kendi yetkisiyle bu konuda kural koyamayacağına, suç ve cezaların, Anayasa'ya uygun olarak yasayla konulabileceğine, Yönetimin, kendiliğinden suç ve ceza yaratamayacağına, bir disiplin cezası sayılacak meslekten geçici ve sürekli uzaklaştırmada, hizmet içi programa uymama ya da başarılı olamama eylemleri belirlenmişse de, "uymama"nın tanımının yapılmadığına, "hizmet içi eğitim programına uymamak" gibi içeriği belirsiz bir eyleme yaptırım getirilerek Anayasa'nın 38. maddesinin birinci fıkrasına aykırılık yaratılmakla kalınmadığına, cezalardan hangisinin hangi durumlarda verileceğini belirtmeyip yönetime çok geniş takdir yetkisi vererek "Ceza ve ceza yerine geçen güvenlik tedbirleri ancak konuyla konular" şeklindeki Anayasa'nın 38. maddesinin üçüncü fıkrasına da aykırılık yaratıldığına karar vermiştir.

¹⁰ Turan Yıldırım, Kamu Yararı ve Disiplin Cezalarının Affı, *Anayasa Yargısı Dergisi*, C.18, 2001, s.439

nun disiplin suç ve cezalarına ilişkin düzenleme yetkisini kullanırken Anayasa'nın 38. maddesindeki ilkelere uymak zorunda olduğu, dolayısıyla kanun hükmünde kararnamelerle dahi disiplin hukukuna ilişkin bir düzenleme yapılamayacağı; uzmanlık ve teknik konulara ilişkin ayrıntıların ise Anayasa Mahkemesi tarafından da 38. maddeye aykırı bulunmayan açık ceza normu uygulaması ile aşılmasının mümkün olduğu, disiplin suç ve cezalarının 38. madde değil de 128. madde kapsamına girdiği kabul edilse bile maddede açıkça kanunla düzenleme ilkesi kabul edildiğinden disiplin suçlarının da cezalarının da kanunla düzenlenmesinin zorunlu olduğunun açık olduğu ifade edilmiştir.¹¹

Anayasa Mahkemesi, 01.03.2014 tarih ve 6528 sayılı Yasanın 7. maddesi ile değiştirilen 2547 sayılı Yasanın 53. madde b fıkrasında yer verilen;

“Öğretim elemanları, memur ve diğer personele uygulanabilecek disiplin cezaları uyarma, kınama, yönetim görevinden ayırma, aylıktan kesme, kademelerle ilerlemesinin durdurulması, üniversite öğretim mesleğinden çıkarma ve kamu görevinden çıkarma cezalarıdır. Hangi fiillere hangi disiplin cezasının uygulanacağı, bu bentte sayılan kişilerin disiplin işlemleri ve disiplin amirlerinin yetkileri, Devlet memurlarına uygulanan usul ve esaslar da göz önüne alınmak suretiyle Yükseköğretim Kurulunca düzenlenir.”

hükmünün iptali istemi ile açılan davada verdiği, 14.01.2015 tarih ve 2014/100 E., 2015/6 K. sayılı kararında, “Anayasa'nın 128. maddesinin ikinci fıkrasında, ‘Memurların ve diğer kamu görevlilerinin nitelikleri, atanmaları, görev ve yetkileri, hakları ve yükümlülükleri, aylık ve ödenekleri ve diğer özlük işleri kanunla düzenlenir’ denilmiş 130. maddesinin dokuzuncu fıkrasında ise öğretim elemanlarının disiplin ve ceza işlerinin kanunla düzenleneceği kural altına alınmıştır.

Dava konusu kural ile düzenlenmesi öngörülen hususlar, hangi fiillerin hangi disiplin cezalarını gerektireceği, bentte sayılan kişilerin disiplin işlemleri ve disiplin amirlerinin yetkileri gibi konuları içermektedir. Kamu görevlileri olarak memurların ve öğretim elemanları-

¹¹ Bahtiyar Akyılmaz, Anayasal Esaslar Çerçevesinde Kamu Personeli Disiplin Hukuku ve Uygulamadaki Sorunlar, *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, S.1-2, 2002, s.249

nın disiplin işlemleri konusunda kuralla getirilmiş bir kanuni güvence bulunmamaktadır. Söz konusu disiplin işlemleri, Anayasa'nın yukarıda yer alan hükümleri gereğince kanunla düzenlenmesi öngörülen hususlardır. Bu hâliyle öğretim elemanları, memurlar ve diğer personel için getirilmiş herhangi bir kanuni güvence bulunmadığı gibi yasal olarak belirlilik de sağlanmamıştır. Kural, sadece Devlet memurlarına uygulanan usul ve esasların göz önüne alınmasını düzenlemiş ancak bunun dışında herhangi bir kanuni düzenlemeye yer vermemiştir.

Dava konusu kural bu hâliyle disiplin uygulamaları ile ilgili olarak genel ilkeleri ortaya koymamakta, disiplin cezalarını gerektiren hâl ve durumları belirlememektedir. Ayrıca kuralda disiplin cezası vermeye yetkili amir ve kurullar, disiplin cezalarının verilmesinde zaman aşımı ve karar verme süreleri, yüksek disiplin kurulunun çalışma usul ve yöntemleri, kurul kararlarına itiraz ve savunma hakkı başta olmak üzere kamu görevlilerinin hakları, cezaların tatbik edilme şekli ve disiplin cezalarının hangi hâllerde özlük dosyasından silinebileceği gibi konuların hiçbiri ile ilgili kanuni düzenleme bulunmamaktadır. Dolayısıyla kapsama dâhil personelin disiplin işlemlerine dair usul ve esasların kanunda gösterilmeyerek, tüm bu işlemlerin Yükseköğretim Kurulunca düzenlenmesini öngören dava konusu kural, Anayasa'nın 38. 128. ve 130. maddeleriyle bağdaşmamaktadır.

Açıklanan nedenlerle, dava konusu kural Anayasa'nın 38. 128. ve 130. maddelerine aykırıdır. İptali gerekir." diyerek belirlilik ilkesinin ihlali sureti ile kanunilik ilkesinin ihlal edildiği sonucuna varmıştır. Lâkin vurgulamak gerekir ki kanunilik ilkesinin bir diğer uzantısı olan "Kıyas Yasağı" disiplin suçları açısından uygulanma kabiliyetine sahip olmayıp¹² 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu'nun 125. maddesinde yer alan "Yukarıda sayılan ve disiplin cezası verilmesini gerektiren fiil ve hallere nitelik ve ağırlıkları itibarıyla benzer eylemlerde bulunanlara da aynı neviden disiplin cezaları verilir" hükmünden de anlaşılacağı üzere disiplin suçlarında kıyas yolu ile disiplin suçu yaratılması mümkündür.¹³

¹² Sancakdar, Sempozyum, s.79

¹³ Gözler, s.683

2-İdarenin Kanuniliği İlkesi Yönünden Değerlendirme

1982 Anayasası'nın 123/1. maddesinde yer alan "İdare, kuruluş ve görevleriyle bir bütündür ve kanunla düzenlenir" hükmü uyarınca idari yaptırımlar da dayanak, sebep ve gerekçe itibari ile yasal temele sahip olmalıdır.¹⁴ Bu temele usulü de katmak gerekir ki idari yaptırımların bu arada disiplin yaptırımlarının uygulanma usulünün mutlaka yasal bir temelinin bulunması, yaptırımın uygulanıp uygulanmayacağına tespitine yönelik soruşturmanın kanuni temele dayanması şarttır. Bu doğrultuda ceza yargılamasında geçerli olan temel ilkeler en başta Anayasada çizilmiş olup, yasal dayanağı ise, 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu oluşturmaktadır.¹⁵ Bu kapsamda adli cezalar ceza mahkemelerince kesin hüküm oluşturacak şekilde verilen yargı işlemi iken; disiplin yaptırımları idari makamlar tarafından verilen, kesin hüküm teşkil etmeyen idari işlem niteliğindedirler¹⁶.

Anayasa'nın 128. maddesinde belirtilen "Memurların ve diğer kamu görevlilerinin nitelikleri, atanmaları, görev ve yetkileri, hakları ve yükümlülükleri, aylık ve ödenekleri ve diğer özlük işleri kanunla düzenlenir" hükmünde yer alan "diğer özlük işleri" kavramının disiplin suç ve cezalarını da içerip içermediği konusunda ise, bu kavramın disiplin suç ve cezalarını da içine aldığı kabul edilmiş¹⁷ olup 128. madde hükmünde düzenlenen kanunilik ilkesi ile kamu görevlilerinin statülerinin kanunla düzenlenmesi esası getirilmiş ise de uygulamada kanunla düzenleme ilkesi, her türlü hususun, tüm detaylarıyla kanunla düzenlenmesi şeklinde anlaşılmamakta; temel ve belirleyici noktaların kanunla düzenlenmesi yeterli görülerek ayrıntıya ilişkin hususların düzenlenmesi yürütme organının inisiyatifine bırakılmaktadır.¹⁸

¹⁴ Sancakdar, Sempozyum, s.76

¹⁵ Veli Özer Özbek/Mehmet Nihat Kanbur/Koray Doğan/Pınar Bacaksız/İlker Tepe, Ceza Muhakemesi Hukuku, Seçkin Yayınevi, 7. Baskı, Ankara, 2015, s.102-103

¹⁶ Gözler, s.675-676; Örucü, s.797

¹⁷ Sait Güran, Anayasa Mahkemesi'nin 1982 Anayasası Döneminde Personel Hukukuna Bakışı, *Anayasa Yargısı Dergisi*, C.6, 1989, s.64

¹⁸ Akyılmaz, s.245; Anayasa Mahkemesi de temel esasların kanunda belirlenmesi koşuluyla, uzmanlık ve teknik konulara ilişkin ayrıntıların düzenlenmesinin yürütmeye bırakılmasının Anayasa'ya aykırılık oluşturmayacağına karar vermiştir. AYM. 27.11.1997, 1997/37 E., 1997/69 K. AMKD. S.35, C.1, Ankara, 2000, s.134

C-Disiplin Soruşturması Mevzuatının Dağınıklığı

Değınildiğı üzere disiplin soruşturmalarında usule ilişkin kuralların toplu olarak yer aldığı bir usul yasası bulunmamakta olup, konu ile ilgili olarak başta 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu olmak üzere farklı yasalara serpiştirilmiş kurallara rastlanmaktadır.¹⁹ Ayrıca bu kuralların ihtiyacı tam olarak karşıladığını söylemek mümkün değildir. Disiplin soruşturmaları her ne kadar adli ceza uygulanmasını gerektiren suçlar kadar kişi hürriyetlerine müdahale özelliğı göstermese de, idarenin kanuniliğı ilkesi uyarınca ve verilen disiplin cezasının türüne göre değışecek ağırlıktaki etkileri de dikkate alındığında usule ilişkin kuralların yer aldığı bir usul yasasına ihtiyaç bulunmaktadır.

Mevzuatta var olan düzenlemelerin yetersizliğı belli noktalarda karşımıza çıkmaktadır. Kendi rızası ile soruşturmacı huzuruna gelmeyen tanığın zorla getirtilip getirilemeyeceğı, niyabet usulüne imkân tanınan hallerde bu imkânın ne şekilde kullanılacağı, özellikle bilirkişi incelemesinin gerektiğı hallerde, bilirkişinin ilgili memurun özgürlüklerine müdahale niteliğı taşıyan araştırma faaliyetlerini yapmaya ve soruşturmacının da bu faaliyetleri yaptırmaya yetkili olup olmadıkları belirsiz konulardır. İşte burada önemine binaen iki noktaya temas edilecektir.

II- MEMURUN GÖREVE SARHOŞ GELMESİ YA DA GÖREV YERİNDE ALKOLLÜ İÇKİ İÇMESİ-ALKOL DURUMUNUN TESPİTİNDE ALKOL MUAYENESİ SORUNU

A-Genel Olarak

657 sayılı Devlet Memurları Kanunu'nun 125. maddesinde kademelerle ilerlemesinin durdurulması cezasını gerektiren fiil ve haller arasında memurun göreve sarhoş gelmesi ve görev yerinde alkollü içki içmesi de sayılmış olup, memurun bu durumunun tespiti ne şekilde sağlanacaktır? Bu noktada "İhtiyari sarhoşluk" hali disiplin mevzuatı açısından başlı başına suç oluşturmaktadır.

Vücuttaki etil alkolün tespiti amacı ile nefes ve kan testi olarak adlandırılabilir iki ana yöntem uygulanmakta olup bu testler, sarhoş-

¹⁹ Turgut Tan, İdare Hukuku, Turhan Kitabevi, Güncelleştirilmiş 4. Bası, Ankara, 2015, s.535

luğu değil, kandaki etil alkol miktarını ölçmektedir.²⁰ Memurun bu tür bir teste rıza göstermesi hali, hukuka uygunluk hali çerçevesinde değerlendirilebilecek ise de rıza göstermemesi halinde ortaya bir hukuki sorunun çıkacağı muhakkaktır. 1982 Anayasası'nın 17. maddesinde düzenlenen kişi dokunulmazlığı kapsamında, kişinin vücut bütünlüğüne tıbbi zorunluluklar ve kanunda yazılı haller dışında dokunulamaz; kişinin rızası olmadan bilimsel ve tıbbi deneylere tabi tutulamaz. O halde vücut bütünlüğüne yönelik müdahalelerin hukuka uygunluğu, kural olarak, kendisine müdahalede bulunulacak olan kişinin rızasına bağlı olup kişiden rıza alınmadan, onun vücut bütünlüğüne yönelik bir müdahale yapıldığında, bu müdahale hukuka aykırı sayılacak ve müdahalede bulunan kişinin sorumluluğu söz konusu olabilecektir.²¹

Burada öncelikle sorun iç hukuk düzenlemeleri açısından incelenecek, daha sonra AİHS hükümleri nazarında konu değerlendirilecektir.

B-İç Hukuk Açısından Değerlendirme

Alkolün tespiti ile ilgili iç hukukumuzda gerek doğrudan gerekse dolaylı olarak uygulanabilecek farklı düzenlemeler söz konusu olup her bir düzenleme konuya değişik bir noktadan yaklaşmaktadır.

1-Vücuttan Örnek Alma Açısından Değerlendirme

Vücuttan örnek alma, bedene müdahale teşkil eden bir işlemdir.²² Vücuttan örnek alınması, başka suretle delil elde edilmesinin mümkün olmadığı hâllerle sınırlı tutulmaktadır ki ölçülülük ilkesi olarak adlandırılan bu kural uyarınca, sanık ya da şüphelinin vücudundan kan alınarak gerçekleştirilen müdahale, delil elde etme amacına ulaşmak açısından kesin olarak zorunlu ve gerçekleştirilen fiilin ağırlığı ile orantılı olduğu müddetçe hukuka uygun kabul edilmektedir.²³

²⁰ Hakan Kızırlarlan, Ceza Muhakemesi, Adli Tıp, Adli Bilimlerde Vücudun Muayenesi & Örnek Alma Doktrin ve Uygulaması, Çetin-Veb Ofset AŞ., Ankara, 2007, s.158

²¹ Arif Barış Özbilen, "Vücut Bütünlüğüne Yönelik Müdahalelerin Hukuka Uygunluğu Bakımından Rızanın Aranmadığı Hâller", *İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi*, Yıl:12 Sayı: 24 Güz 2013/2, s.100

²² Pervin Aksoy İpekçioğlu, "Vücuttan Örnek Alma İşleminin Hukuki Niteliği Ve Anayasaya Uygunluğu", Prof. Dr. Nur Centel'e Armağan, C.19, S.2, İstanbul, 2013, s.1162

²³ Öztürk/Tezcan/Erdem/Sırma/Kırıt/Özaydın/Akcan/Erden, s.522

CMK m.75'te düzenlenen ve delil elde etme amacını taşıyan vücuttan örnek alma kişi dokunulmazlığına müdahale niteliği taşıdığından bir koruma tedbiri olarak nitelendirilebilir.²⁴ Öte yandan bu işlem bilirkişi incelemesi ve keşif niteliği de taşıdığından karma bir özellik taşıdığı da söylenmelidir.²⁵ Vücuttan alınacak örnekler, kan, cinsel salgı, tükürük, gaita, sümük, balgam, ter, idrar örneği ya da saç, kıl, tırnak veya deri döküntüsü olabilir.²⁶ Koruma tedbirlerinin uygulanma koşulları arasında yer alan bir suç şüphesinin varlığı burada da aranacak olup²⁷ bu tedbirin uygulanmasına Cumhuriyet savcısı veya mağdurun istemiyle ya da re'sen hâkim veya mahkeme, gecikmesinde sakınca bulunan hâllerde Cumhuriyet savcısı tarafından karar verilebilir. Cumhuriyet savcısının kararı, 24 saat içinde hâkim veya mahkemenin onayına sunulur. Hâkim veya mahkeme, 24 saat içinde kararını verir. Onaylanmayan kararlar hükümsüz kalır ve elde edilen deliller kullanılamaz. CMK m.76/5'de "*Üst sınırı iki yıldan daha az hapis cezasını gerektiren suçlarda, kişi üzerinde iç beden muayenesi yapılamaz; kişiden kan veya benzeri biyolojik örneklerle saç, tükürük, tırnak gibi örnekler alınamaz*" hükmü bulunmaktadır. Görüleceği üzere CMK m.75 hükmü bir suç şüphesinin varlığını gerektiriyor olması sebebi ile görev yerinde memurun alkol durumunun tespitinde yararlanılabilecek bir hüküm olmaz. Kaldı ki CMK m.76/5'de "*Üst sınırı iki yıldan daha az hapis cezasını gerektiren suçlarda, kişi üzerinde iç beden muayenesi yapılamaz; kişiden kan veya benzeri biyolojik örneklerle saç, tükürük, tırnak gibi örnekler alınamaz*" şeklindeki düzenleme ile belli bir miktara kadar olan adli cezalar için dahi yasaklanan bir yolun, nitelik olarak daha hafif olduğunda şüphe bulunmayan disiplin cezaları için kullanılabileceğini kabul etmek mümkün değildir.²⁸ Ayrıca CMK m.80'de, alınan örnekler üzerinde

²⁴ Özbek/Kanbur/Doğan/Bacaksız/Tepe, s. 524

²⁵ Bahri Öztürk/Durmuş Tezcan/Mustafa Ruhan Erdem/Özge Sırma/Yasemin F. Saygılar Kırıt/Özdem Özaydın/ Esra Alan Akcan/Efser Erden, Nazari ve Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku, Seçkin Yayınevi, 10. Baskı, Ankara, 2016, s. 520

²⁶ Kızıllarslan, s.120 vd.

²⁷ Özbek/Kanbur/Doğan/Bacaksız/Tepe, s. 284

²⁸ Şüpheli veya sanığın vücudundan örnek alınmasını bizzat kendisinin talep etmesi durumunda, CMK 75/5. maddede yer alan yüklenen suçun üst sınırının iki yıl ya da daha fazla olması zorunluluğunun, savunma hakkını sınırladığı, bu sebeple şüpheli ya da sanık vücudundan örnek alınmasını talep ederse, yüklenen suçun üst sınırı iki yıldan daha az hapis cezasını gerektirse dahi, bu işlemin yine de yapılması gerektiği ancak elde edilen verilerin şüpheli ya da sanık aleyhine

yapılan inceleme sonuçlarının kişisel veri niteliğinde olduğu ve başka bir amaçla kullanılmayacağı, dosya içeriğini öğrenme yetkisine sahip bulunan kişiler tarafından bir başkasına verilemeyeceği düzenlenerek bu verilerin kullanımı da yasaklanmıştır.

2-Karayolları Mevzuatı Açısından Değerlendirme

CMK m.76/7'de özel kanunlardaki alkol muayenesine ve kan örneği alınmasına ilişkin hükümlerin saklı olduğu belirtilerek trafikte alkol muayenesi ve alkol tespiti amaçlı kan örneği alınması yasal hale gelmiş bulunmaktadır. Nitekim Karayolları Trafik Yönetmeliği m. 97/2 uyarınca trafik görevlilerince sürücüler her zaman alkol kontrolüne tabi tutulabilirler. Maddenin 3/a bendine göre sürücülerin alkol oranlarının tespitinde; tarih, saat ve ölçüm sonucu ile cihaza ait seri numarasını gösterir çıktı verebilen ve kalibrasyon ayarı yapılmış teknik cihazlar kullanılır. Aynı maddenin 3/c bendine göre ise teknik cihaz kullanılmasını kabul etmeyen sürücüye 2918 sayılı Kanunun 48/9.maddesinde belirtilen miktarda idari para cezası verilir ve sürücü belgesi iki yıl süreyle geri alınır. Beşinci fıkrada ise yaralanma veya ölümle sonuçlanan kazalar ya da trafik görevlilerince el konulan maddi hasarlı trafik kazasına karışan sürücülerin alkol oranlarının tespitinde yine teknik cihazların kullanılacağı; yaralanma veya ölümle sonuçlanan ya da trafik görevlilerince el konulan maddi hasarlı trafik kazasına karışarak teknik cihazla alkol kullanıp kullanmadığının tespitine yönelik ölçüm yapılmasına izin vermeyen ya da yapılan ölçüm sonucuna itiraz eden sürücülerle ilgili olarak trafik görevlilerince el konulan maddi hasarlı trafik kazalarında sürücünün alkol ve kullanıp kullanmadığının tespitinin yapılması amacıyla, Cumhuriyet savcısına bilgi verilerek sürücünün trafik görevlileri tarafından en yakın adli tıp kurumuna veya adli tabipliğe veya Sağlık Bakanlığına bağlı sağlık kuruluşlarına götürüleceği ve alkol tespitinde kullanılmak üzere vücutlarından kan, tükürük veya idrar gibi örnekler aldırılacağı; yaralanma veya ölümle sonuçlanan trafik kazalarında sürücünün alkol kullanıp kullanmadığının tespitinin yapılması amacıyla, sürücünün mahalli zabıta tarafından Cumhuriyet savcısına bilgi verilerek en yakın adli tıp

delil olarak kullanılmaması gerektiği şeklindeki görüş için bkz.Umut Karçkay, "Şüpheli veya Sanığın İç Beden Muayenesi ve Vücudundan Örnek Alınması ve Sanığın Rızası", *Terazi Aylık Hukuk Dergisi*, Yıl:2, S. 12, Ağustos, 2007, s. 85

kurumuna veya adli tabipliğe veya Sağlık Bakanlığına bağlı sağlık kuruluşlarına götürüleceği ve alkol tespitinde kullanılmak üzere vücutlarından kan, tükürük veya idrar gibi örnekler aldırılacağı düzenleme altına alınmıştır.

Karayolları Trafik Yönetmeliğinin 1. maddesinde Yönetmeliğin amacı, 2918 sayılı Karayolları Trafik Kanunu uyarınca, can ve mal güvenliği yönünden; karayollarında trafik düzeninin sağlanması ve trafik güvenliğini ilgilendiren hususlarda alınacak tedbirler ile ilgili olarak, Yönetmelikte düzenlenmesi işaret edilen ve gerekli görülen diğer hükümleri ve bunların uygulanmasına ait esas ve usulleri belirlemek şeklinde belirtilmiş, yine Yönetmeliğin 2. maddesinde de Yönetmeliğin, 2918 sayılı Kanun'un 2. maddesinde sayılan yerlerde uygulanacağını vurgulamıştır. 2918 sayılı yasanın 2. maddesinin:

“Bu Kanun, karayollarında uygulanır. Ancak aksine bir hüküm yoksa; a) Karayolu dışındaki alanlardan kamuya açık olanlar ile park, bahçe, park yeri, garaj, yolcu ve eşya terminali, servis ve akaryakıt istasyonlarında karayolu taşıt trafiği için faydalanılan yerler ile, b) Erişme kontrollü karayolunda ve para ödenerek yararlanılan karayollarının kamuya açık kesimlerinde ve belirli bir karayolunun bağlantısını sağlayan deniz, göl ve akarsular üzerinde kamu hizmeti gören araçların, karayolu araçlarına ayrılan kısımlarında da, Bu Kanun hükümleri uygulanır” şeklindeki açık hükmü karşısında Yönetmeliğin 97. maddesi de görev yerinde memurun alkol durumunun tespitinde yararlanılabilecek bir hüküm olamaz.

3-Hukuka Uygunluk Açısından Değerlendirme

Üzerinde durulması gereken bir diğer konu Türk Medenî Kanunu 24/2. maddesi hükmüne göre, üstün nitelikteki kamusal yararın varlığı halinde bu durumun hukuka uygunluk sebebi kabul edilerek kişilik haklarına yapılan saldırının hukuka aykırı sayılmamasıdır. Görev başında alkollü bulunmamasında üstün nitelikte bir kamusal yararın var olup olmadığının tespiti ve var olduğu kabul edilecek olursa, alkol durumunun belirlenmesi amacı ile rızası dışında alkol testine tabi tutulan ya da kan örneği alınan memura yönelik bu eylemin hukuka uygun olduğunun kabulü gerekir. Ancak hatırlatmak gerekir ki Türk Medeni Kanunu düzenlemesi, hukuka aykırı eylem sonucu tazminat

sorumluluğu doğması hallerine özgü olup, memura yönelik bu tür bir rıza dışı kan örneği alma eyleminin hukuka uygun sayılması, kişilik haklarına ve vücut bütünlüğüne saldırı iddiası ile memurun tazminata hak kazanmasına engel olacaktır. Bu eylemin suç oluşturup oluşturmayacağı ceza hukukunun konusuna girmektedir.

Ceza hukuku açısından rızası dışında alkol testine tabi tutulan ya da kan örneği alınan memura yönelik eylem ise, eylemin işlenişindeki saik, fiilin işleniş şekli gibi durumlara göre farklılık arz edebilecek olup, asıl burada üzerinde durulması gereken, bu tür bir eylemde hukuka uygunluk sebeplerinin varlığı ihtimalinin değerlendirilmesidir. 5275 sayılı TCK 24/1. maddesi uyarınca kanun hükmünü yerine getiren kimseye ceza verilmez. Kanunun belli statülerde olan kişilere görevleri ile ilgili ve görevlerinin verdiği yetki sınırları içinde yaptıkları hareketler hukuka aykırı olmayacaktır.²⁹

4-Devlet Memurları Kanunu Açısından Değerlendirme

Devlet memurunun göreve sarhoş gelme halinin tespitinde ceza muhakemesi kuralları ve karayolları mevzuatının kullanılamayacağı göre soruna 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu penceresinden çözüm bulmak gerekecektir. 657 sayılı Kanun'un "Amir durumda olan devlet memurlarının görev ve sorumluluklar" başlığını taşıyan 10/1. maddede "*Devlet memurları amiri oldukları kuruluş ve hizmet birimlerinde kanun, tüzük ve yönetmeliklerle belirlenen görevleri zamanında ve eksiksiz olarak yapmaktan ve yaptırmaktan, maiyetindeki memurlarını yetiştirmekten, hal ve hareketlerini takip ve kontrol etmekten görevli sorumludurlar.*" düzenlemesine yer verilmiştir. Dolayısıyla amirin, memurun görev başında alkollü bulunmamasını sağlamaya ve bu durumu takip ve kontrol etmeye yönelik kanun hükmünün gereğini yapması, bu doğrultuda da memurun durumunun tespiti için alkol testi ve kan örneği alınması yoluna başvurulması şeklindeki işlem ve bu işleme binaen yapılan eylemler hukuka uygun kabul edilecek ve amir bu kapsamda alkol tespitine yönelik işlemleri gerçekleştirebilecek, ayrıca bu işlemlere dayanarak yapılan eylemler de suç oluşturmayacaktır. Aksine kanun hükmünün gereğini yerine getirmeyen amirin sorumluluğu ortaya çıkabilecek olup, konu ile ilgili olarak Sayıştay tarafından verilen bir

²⁹ Öztürk/Erdem, s.214

kararda³⁰, 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu'nun 10. maddesi uyarınca devlet memurlarının, maiyetindeki memurları yetiştirmekten, hal ve hareketlerini takip ve kontrol etmekten sorumlu oldukları bu sebeple, Sosyal Güvenlik Kurumuna bildirilmesi gereken bildiregelerin yasal süresi içinde bildirilmemesi nedeniyle Sosyal Güvenlik Kurumu tarafından kesilen idari para cezalarının kurum bütçesinden değil, söz konusu yasal yükümlülükleri yasal süresi içinde yerine getirmeyen memurların yanı sıra bu memurlar hakkında gerekli gözetim yükümlülüğünü yerine getirmeyen kurum amirleri tarafından ödenmesi gerektiğine hükmedilerek kurum amirlerinin maiyetindeki memurlarını yetiştirmek, hal ve hareketlerini takip ve kontrol etmek konusundaki hukuki yükümlülükleri açıkça ortaya konulmuştur.

C-Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Açısından

AİHS 5/1-b madde bendinde yer alan düzenleme uyarınca kişinin özgürlüğünden yoksun bırakılacağı haller arasında, "yasanın koyduğu bir yükümlülüğün yerine getirilmesini sağlamak için usulüne uygun olarak yakalama veya tutulu durumda bulundurulma" da sayılmıştır. O halde öncelikle yasanın koyduğu bir yükümlülük ifadesinin anlamının ortaya konulması gerekmektedir. Burada kastedilen, özel olarak yasayla öngörülen bir yükümlülüğün yerine getirilmesini sağlama amacının varlığı olup bu yükümlülüğün yerine getirilmesine kişiyi zorlamak için özgürlüğünden yoksun bırakılmaktadır.³¹ Dikkat edilecek olursa burada yükümlülüğün özel olması yani spesifik olması aranmakta, genel yükümlülükler bu kapsamda değerlendirilmemektedir. Memurların disiplin cezası gerektiren eylemlerinin düzenlendiği 125. madde işte bu yükümlülüğün somut görünüm şekilleri olarak değerlendirilebilir. Konuyla ilgili olarak memurun göreve sarhoş gelme yükümlülüğünü yerine getirip getirmediği ve yerine getirmede ise karşılığında yasada öngörülen disiplin cezasına katlanması, 657 sayılı Kanun'un memur için öngördüğü özel bir yükümlülüktür. O zaman yasayla özel olarak öngörülmüş bu yükümlülüğün yerine getirilmesi yani memurun sarhoş olup olmadığının tespiti için zorla özgürlüğün-

³⁰ Sayıştay 2.D. 27.10.2015 tarih ve K.35344 sayılı kararı; <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/files/s2d-35344-27-10-2015-1.htm>; Erişim Tarihi: 16.05.2017

³¹ Durmuş Tezcan/M.Ruhan Erdem/Oğuz Sancakdar/Rifat Murat Önok, İnsan Hakları El Kitabı, Seçkin Yayınevi, 6. Baskı, Ankara 2016, s.207

den alıkonulabilmesi mümkün olabilecek midir? Burada bakılması gereken bir diğer düzenleme AİHS 5/1. maddesidir. Fıkra hükmünde kanunda gösterilen yollar dışında kimsenin özgürlüğünden alıkonulamayacağı belirtilerek iç hukuka atıf yapılmakta, ulusal mevzuatın bu konuda öngördüğü usule uyulması şart kılınmaktadır.³² Bir diğer anlatımla özgürlükten yoksun kılınmanın kanunda öngörülmüş ve kanunla öngörülen biçimde gerçekleşmiş olması halinde AİHS'ne uygunluğu söz konusu olacaktır.³³ AİHM, 5/1. maddedeki bu şartın birinci fıkra kapsamına giren tüm bentler için geçerli olduğunu Guzzardi/İtalya³⁴ kararında belirtmiştir³⁵. Türk iç hukukunda ise, memurun anılan yükümlülüğünün yerine getirilmesi ve sarhoş olup olmadığının belirlenmesinde izlenecek prosedüre ve usule ilişkin, mesela Ceza Muhakemesi Kanunu'ndaki vücuttan örnek alma tedbirinde olduğu gibi, bir düzenleme bulunmamaktadır. Dolayısıyla AİHS 5/1. madde fıkrasının iç hukuka yaptığı atıf bu konuda karşılıksız kalmakta, yapılacak bir özgürlükten yoksun bırakmanın iç hukuka uygun olup olmadığını tespiti imkân bulunmamaktadır. O halde AİHS hükümleri noktasında hukukumuzda memurun göreve sarhoş gelip gelmediğini tespit için rızası hilafına alkol muayenesine tabi tutulması mümkün değildir.

D-Genel Değerlendirme

Türk hukukunda memurun göreve sarhoş gelmesi eyleminin tespitinde, yukarıda belirtildiği üzere 657 sayılı Kanun'un 10. maddesi uyarınca özgürlüğünden alıkonulabileceği, hatta eylemin hukuka uygunluk sebepleri çerçevesinde hem suç oluşturmayacağı hem de tazminat sorumluluğu yaratmayacağı söylenebilirse de, Anayasa'nın 90/son maddesi uyarınca temel hak ve özgürlüklere ilişkin milletlerarası antlaşmalarla kanunların aynı konuda farklı hükümler içermesi nedeniyle çıkabilecek uyuşmazlıklarda milletlerarası antlaşma hükümleri esas alınacağından, AİHS 5/1 ve 5/1-b madde hükümleri karşısında iç hukuk hükümlerine başvurma imkânının bulunmadığı dolayısıyla Türk hukukunda memurun göreve sarhoş gelip gelmediğini tespit için

³² A.Şeref Gözübüyük/Feyyaz Gölcüklü, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması, Turhan Kitabevi, Genişletilmiş 10. Bası, Ankara 2013, s.224

³³ Tezcan/Erdem/Sancakdar/Önok, s.201-202

³⁴ 06.11.1980 tarih ve 7367/76 başvuru nolu karar

³⁵ Gözübüyük/Gölcüklü, s.225

rızası hilafına alkol muayenesine tabi tutulmasının mümkün olmadığı söylenmelidir. Yapılması gereken, izlenecek prosedürün iç hukukta yasa ile düzenlenmesi ve böylece özgürlükten yoksun bırakmanın bu prosedüre uygun olarak gerçekleşip gerçekleşmediğinin saptanabilmesini olanaklı hale getirmektir.

E- Sarhoşluk Durumunun Alkol Muayenesi Dışı Delillerle İspatı

Memurun alkol muayenesine rıza göstermemesi halinde görev mahallindeki sarhoşluk durumunun başka delillerle, özellikle tanık beyanı ile ispatının mümkün olup olmadığına ilişkin, eski tarihli bir Danıştay kararında konuya olumlu cevap verilmektedir. Anılan kararda³⁶ polis memurunun olan davacının karakol amiri tarafından alkol muayenesi için doktora gönderildiği, doktor tarafından az miktarda alkol almış olduğu, şuurunun açık ve yerinde olduğu ve fiili sarhoşluk halinin mevcut olmadığını bildiren rapor verildiği, olay günü sabah karakolda iken içkili olduğuna dair herhangi bir delil bulunmadığı taksiye bindiğinde alkollü olduğunun taksi şoförünün ifadesi ile sabit olduğu ve resmi giysiyle gizlenemeyecek derecede sarhoş olarak görülmek suçunu işlediğinin sabit olduğu gerekçesi ile yerel mahkemece verilen meslekten çıkarma cezasının iptali isteminin reddi kararı onanmıştır. O halde bu karar ile sarhoşluk durumunun tespitinde alkollü olduğuna ilişkin tanık beyanının yeterli olduğu kabul edilmektedir ki bu durumun çeşitli sakıncalar yaratacağı muhakkaktır. Her şeyden önce disiplin suçu oluşturan eylem göreve alkol kokarak gelmek değil, göreve sarhoş gelmektir. İnsanların fizyolojik yapıları gereği aynı miktarda alkolün yapacağı etki farklı olacağı gibi, yaratacağı kokunun da farklı olması normaldir. Bir kişinin bir sakız çiğnemek suretiyle kolayca halledebileceği ve vücudu alkole dayanıklı ise hiçbir emare göstermeyebileceği içkililik durumu, bir diğerinin çok az miktarda alacağı alkolün yarattığı kokunun fizyolojik sebeplerle giderilememesi sonucu ağır sonuçlara yol açabilecektir. Kaldı ki alkol alınıp alınmadığının tespiti için kullanılan nefes ve kan testi olarak adlandırılacak iki ana yöntemin, sarhoşluğu değil, kandaki etil alkol miktarını ölçtüğüne daha önce değinilmiştir. Yine tanık olarak dinlenen kişinin, disiplin so-

³⁶ Dan. 10.D. 11.03.1987 tarih, 1985/2153 E., 1987/481 K. Sayılı kararı

ruşturmasına maruz kalan memur ile olan ilişkisinin niteliğinin, verilen tanık beyanının gerektiğinde bilirkişi incelemesine tabi tutulmasını dahi gerektirebileceği ileri sürülmüştür.³⁷ Dolayısıyla memurun özlük durumu açısından akıbetinin bir tanığın beyanına ve burnunun hassasiyetine bırakılması kabul edilebilir bir durum değildir.

Kandaki alkol miktarı ile sarhoşluk durumunun farklı kavramlar olmasına ve 657 sayılı kanunda sarhoşluk olarak kabul edilebilecek bir miktar belirlemesi yapılmamış olmasına rağmen, Milli Savunma Bakanlığı Akaryakıt İkmal Ve Nato Pol Tesisleri İşletme Başkanlığı tarafından çıkarılan 22.07.2014 tarihli disiplin işlemleri konulu 2014/14 sayılı genelgenin,³⁸ Genel Değerlendirmeler başlıklı kısmında, “657 sayılı Devlet Memurları Kanunu’nun 125/D-a maddesi uyarınca göreve sarhoş gelmek suçundan disiplin cezası verilebilmesi için memurun en az 0,20 promil alkollü olduğunun tespit edilmesi, tespit yapılamaması hâlinde tanık beyanları ile alkollü olduğunun belirlenmesi gerekir.” ifadesine yer verilmiştir. 657 sayılı yasada yer almayan böyle bir tespit bir genelgede yapılması, tespit hangi bilimsel kriterlere göre yapıldığının belli olmaması ve Karayolları Trafik Yönetmeliğinin³⁹ 97. Maddesi ile hususi otomobil sürücüleri için dahi 0,50 promil sınırı getirilmişken, karayollarında trafikte seyir halinde olmaktan daha az tehlike içerdiği muhakkak olan memuriyet görevinin ifasında daha az tolerans tanınması ve limitin 0,20 olarak tespiti, gerek temel hak ve özgürlüklerin kanunla sınırlandırılması zorunluluğu karşısında hukukilik yönünden ve gerekse yerindelik açısından sorgulanması gereken bir konudur. Keza genelgenin alkollü olma halinin tespitini öngörmesine rağmen bunun usulüne ilişkin bir düzenleme içermemesi, Anayasanın 13. maddesi hükmü çerçevesinde temel hak ve özgürlüklerin kanunla sınırlandırılması zorunluluğu karşısında yerinde olmuş ise de bu tespit yapılamaması halinde tanık beyanları ile alkollü olduğunun belirlenmesini öngörmesi, yukarıda belirtilen sakıncaları doğuracak bir hüküm özelliği göstermektedir.

Göreve sarhoş gelme eylemi sebebi ile memura disiplin cezası uygulanabilmesi, isnat olunan fiilin somut olarak ortaya konulması ha-

³⁷ Muhammet Kızıl, Tanık İfadesi ve İnandırıcılık, *Ankara Barosu Dergisi*, Yıl:72, S.2014/2, s.403

³⁸ <https://kms.kaysis.gov.tr/Home/Goster/73062>; Erişim Tarihi: 29.05.2017

³⁹ 18.07.1997 tarih ve 23053 mükerrer sayılı R.G.

linde mümkün olup, bu konuda Danıştay tarafından verilen bir kararda⁴⁰ “davacının isnat edilen fiili işlediğinin şikâyetçinin tanık olarak gösterdiği iki kişi dışında soruşturma sırasında ifadesine başvurulmuş altı kişiden hiçbirisince kabul edilmemesi nedeniyle sübuta ermediği sonucuna varıldığı, bu durumda, davacının disiplin suçu sayılabilecek bir eylemde bulunduğu objektif bir şekilde ortaya konulmadığı ifade edilmiştir.

III- MEMURUN AKIL SAĞLIĞININ TESPİTİ

A-Ceza Muhakemesi Hukuku Açısından

Bir suç işlenmesi halinde akıl sağlığının yerinde olup olmadığının tespiti ile ilgili ceza muhakemesi kurallarının, disiplin suçları hakkında uygulanıp uygulanamayacağını tartışmak gerekirse, CMK m.74 gereğince fiili işlediği yolunda kuvvetli şüpheler bulunan şüpheli veya sanığın akıl hastası olup olmadığını, akıl hastası ise ne zamandan beri hasta olduğunu ve bunun, kişinin davranışları üzerindeki etkilerini saptamak için uzman hekimin önerisi üzerine, Cumhuriyet savcısının ve müdafisinin dinlenmesinden sonra resmî bir sağlık kurumunda gözlem altına alınmasına, soruşturma evresinde sulh ceza hâkimi, kovuşturma evresinde mahkeme tarafından karar verilebilecektir. Şüpheli veya sanığın müdafisi yoksa hâkim veya mahkemenin istemi üzerine, baro tarafından bir müdafisi görevlendirilecektir. Bu şekilde gözlem altına alınmayı talep hakkı sadece hekim-bilirkişiye tanınmış olup Cumhuriyet savcısı ya da müdafisinin böyle bir hakkı bulunmamaktadır. Ancak hâkim kararını vermeden önce mutlaka Cumhuriyet savcısı ya da müdafiyi dinlemelidir.⁴¹

Gözlem altına alma, ceza yargılamasında şüpheli ya da sanığın suurunun incelenmesine yönelik bir bilirkişi incelemesi özelliği taşımaktadır ve şüpheli ya da sanığın fiili işlediği yolunda kuvvetli şüphenin varlığı elzemdir.⁴² Öte yandan CMK'nın gerekçesine bakıldığında temel hakların sınırlandırılması yönünün ön plana çıkarıldığı ve Anayasa'nın 19. maddesinde belirtilen kişi hürriyeti ve güvenliğini ve Anayasa'nın 17. maddesinde belirtilen kişi dokunulmazlığını çok ya-

⁴⁰ Dan. 12. D. 16.11.2005 tarih, 2002/5920 E., 2005/4029 K. Sayılı kararı

⁴¹ Kızıllarslan, s.165-166

⁴² Özbek/Kanbur/Doğan/Bacaksız/Tepe, s. 520

kından ilgilendirdiği dikkate alındığında gözlem altına alınanın koruma tedbiri olarak nitelenmesi gerektiği sonucuna ulaşılabilir.⁴³ Bu tedbirin kişi dokunulmazlığı veya vücut bütünlüğünü korumaya yönelik diğer temel haklara müdahale amacı ile kullanılması halinde hukuka aykırılık doğacak olup, şuur analizi için yapılacak muayenede vücut bütünlüğüne de bir müdahale yapılacak ise, bu konuda CMK m. 75'te düzenlenen beden muayenesi için gerekli olan şartların gerçekleşmiş olması gerekmektedir. Gözlem altına alma, vücut bütünlüğüne müdahale hakkını kamu makamlarına vermemektedir.⁴⁴

O halde memur hakkında yürütülen disiplin soruşturmasında, şüpheli ya da sanık konumunda olmayı gerektiren ve fiilin işlendiği hususunda kuvvetli şüphenin arandığı CMK'da yer alan düzenlemenin kullanılmasına imkân bulunmamaktadır. Bu durumda yukarıda bahsedilen 657 sayılı Kanun'un 10/1. maddesindeki amire verilen maiyetindeki memurlarını yetiştirmek, hal ve hareketlerini takip ve kontrol etmek yetkisini içeren kanun hükmünün, TCK m. 24/1 uyarınca hukuka uygunluk sebebi sayılması ve yapılan işlem ile bu işleme dayalı olarak yapılan eylemleri suç olmaktan çıkarması söz konusu olabilecektir.

B-Medeni Hukuk Açısından

4721 sayılı Türk Medeni Kanun'un akıl hastalığı ve akıl zayıflığı sebebiyle vesayete ilişkin hükümlerinin disiplin suçları hakkında uygulanıp uygulanamayacağı tartışılacak olursa, Türk Medeni Kanunu'nun vesayet konusunu düzenleyen üçüncü kısmının, birinci bölümünün, birinci ayırımında yer alan 396. maddesinde vesayet organları sayılarak bunların vesayet daireleri ile vasi ve kayımlar olduğu belirtilmiş; vesayet dairelerine ilişkin kısmında yer alan "*Kamu vesayeti*" başlıklı 397. maddesinde; kamu vesayetinin, vesayet makamı ve denetim makamından oluşan vesayet daireleri tarafından yürütüleceği belirtilmiş; madenin ikinci fıkrasında vesayet makamının, sulh hukuk mahkemesi; denetim makamının ise, asliye hukuk mahkemesi olduğu yönündeki hükme yer verilmiştir. Türk Medeni Kanunu'nun

⁴³ Elvan Keçelioğlu, "Ceza Muhakemesi Hukukunda Gözlem Altına Alma", *Ankara Barosu Dergisi*, 2015/3, s.229-230

⁴⁴ Keçelioğlu, s.230

anılan bölümünün vesayeti gerektiren hallere ilişkin ikinci ayrımında yer alan 405. maddesinde; akıl hastalığı veya akıl zayıflığı sebebiyle işlerini göremeyen veya korunması ve bakımı için kendisine sürekli yardım gereken ya da başkalarının güvenliğini tehlikeye sokan her erginin kısıtlanacağı belirtilmiş, ikinci fıkrasında ise; görevlerini yaparlarken vesayet altına alınmayı gerekli kılan bir durumun varlığını öğrenen idarî makamların, noterler ve mahkemelerin, bu durumu hemen yetkili vesayet makamına bildirmek zorunda oldukları yönündeki hükme yer verilmiştir. Türk Medeni Kanunu 432. maddesinde ise akıl hastalığı, akıl zayıflığı, alkol veya uyuşturucu madde bağımlılığı, ağır tehlike arz eden bulaşıcı hastalık veya serserilik sebeplerinden biriyle toplum için tehlike oluşturan her ergin kişinin, kişisel korunmasının başka şekilde sağlanamaması hâlinde, tedavisi, eğitimi veya ıslahı için elverişli bir kuruma yerleştirileceği veya alıkonulabileceği; görevlerini yaparlarken bu sebeplerden birinin varlığını öğrenen kamu görevlilerinin, bu durumu hemen yetkili vesayet makamına bildirmek zorunda oldukları belirtilmiş, 433. maddesinde yerleştirme veya alıkoymaya karar verme yetkisinin, ilgilinin yerleşim yeri veya gecikmesinde sakınca bulunan hâllerde bulunduğu yer vesayet makamına ait olduğu; bu tür kararların ancak resmî sağlık kurulu raporu alındıktan sonra ve ilgilisi dinlenerek verilebileceği;⁴⁵ bu karara karşı ilgilileri ya da yakınlarının kendilerine bildirilmesinden başlayarak on gün içinde denetim makamına itiraz edilebileceği yönünde ayrıntılı düzenlemeye yer verilmiştir. Bu durumda 5237 sayılı TCK 24/1. madde uyarınca kanun hükmünü yerine getirme bir hukuka uygunluk sebebi olarak kabul edildiğinden, Türk Medeni Kanunu düzenlemesine uygun olarak yapılacak bir işlem ve bu işleme dayalı olarak gerçekleştirilecek eylemler suç oluşturmaz.

C-İdare Hukuku Açısından

Disiplin suçu işlediği iddiası ile hakkında soruşturma başlatılan bir memurun, akıl sağlığının yerinde olup olmadığı hakkında şüphe ortaya çıktığında bu durumun tespiti özel ve teknik bilgiyi gerektir-

⁴⁵ Aydın Zevkliler/ Şeref Ertaş/ Ayşe Havutçu/ Damla Gürpınar, Yeni Medeni Kanuna Göre Medeni Hukuk (Temel Bilgiler), Turhan Kitabevi, Ankara, 2015, s.353

diğinden bu durum bilirkişi incelemesini gerektirebilir.⁴⁶ Memurun işlediği fiilin kusurlu bir fiil olmasını gerektiren bu durumda memurun bilinçli bir fiilin bulunması aranmaktadır. Oysa zihinsel yetersizliği sebebi ile görevini gereği gibi yerine getiremeyen memura bu sebeple disiplin cezası vermek mümkün değildir⁴⁷. Konuyla ilgili 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu 129. maddesinde sadece memuriyetten çıkarma suçlarına ilişkin olarak, yüksek disiplin kurullarının kendilerine intikal eden dosyaların incelenmesinde, gerekli gördükleri takdirde, ilgilinin özlük dosyasını ve her nevi evrakı incelemeye, ilgili kurumlardan bilgi almaya, yeminli tanık ve bilirkişi dinlemeye veya niyabeten dinletmeye, mahallen keşif yapmaya veya yaptırmaya yetkili oldukları ifade edilmiş, diğer disiplin cezaları ile ilgili bir düzenlemeye yer verilmemiştir. Kaldı ki düzenleme bilirkişi dinlemekten bahsetmekte olup, memurun rızası olmaksızın akıl sağlığının tespitine yönelik olarak bir sağlık kurumuna sevke imkân verip vermeyeceği muğlaktır.

Konu ile ilgili önemli bir karar Danıştay 2. Dairesi'nin 13.11.2013 tarih ve 2011/9468 E., 2013/8021 K. sayılı kararıdır.⁴⁸ Karara konu olan olayda, İngilizce öğretmeni olarak görev yapmakta olan davacı hakkında yürütülen disiplin soruşturması sonucunda rapor düzenlenmiş olup raporda;

- davacının, gerek ifade vermeme, gerekse ifade almak için davet edildiği esnada konuşmalarından akıl ve ruh sağlığı yönünden şüphe uyandıran davranışlar içerisinde olduğu,
- ifade vermenin bir savunma hakkı olduğu, davacının, kendisini savunması yönündeki telkinleri hiç dikkate almayarak kabul etmediği, kendisi için neyin iyi, neyin kötü olduğunun bile pek farkında olmadığı yönünde kanaat oluştuğu
- davacının fiillerine karşılık gelen disiplin cezalarının uygulanması yanında idari yönden akıl ve ruh sağlığı bakımından, teşhis, ileri tetkik ve tedavisi için bu alanda faaliyet gösteren bir tedavi kurumuna sevk edilerek, bu kurumca verilen rapora göre hareket

⁴⁶ Sancakdar, Memuriyetten Çıkarma, s.269

⁴⁷ Gözler, s.688-689

⁴⁸ <http://emsal.danistay.gov.tr/VeriBankasiIstemciWeb/GelismisDokumanAraServlet>; Erişim Tarihi: 03.11.2016

edilmesinin yerinde olacağı tespitleri yapılmıştır. Ayrıca davacının okulda yıprandığı da dikkate alınarak bir başka okula atanması yolunda teklifte bulunulmuştur. Getirilen teklif dikkate alınarak başka okula ataması yapılan davacıdan, 14.05.2010 günlü işlemlerle, akıl ve ruh sağlığı yönünden teşhis, ileri tetkik ve tedavi amacıyla bu alanda faaliyet gösteren bir sağlık kuruluşuna giderek veya kendini sevk ettirerek rapor alması ve alacağı raporu en geç bir hafta içinde okul idaresine teslim etmesi istenilmiş, davacının bu talebi reddetmesi üzerine bu kez İlçe Milli Eğitim Müdürlüğü tarafından bir işlem tesis edilerek davacının kolluk kuvvetleri marifetiyle hastaneye sevkini sağlanarak rapor alınması yönünde görev yaptığı okul müdürlüğüne talimat verilmiş, davacı tarafından da bu işlemin iptali istemiyle dava açılmıştır.

Açılan iptal davasının temyiz incelemesi sonucunda verilen kararda 1982 Anayasasının;

- 12. maddesinde; herkesin, kişiliğine bağlı, dokunulmaz, devredilmez, vazgeçilmez temel hak ve hürriyetlere sahip olduğu,
- 13. maddesinde temel hak ve hürriyetlerin, özlerine dokunulmaksızın yalnızca Anayasanın ilgili maddelerinde belirtilen sebeplere bağlı olarak ve ancak kanunla sınırlanabileceği, bu sınırlamaların ise, Anayasa'nın sözüne ve ruhuna, demokratik toplum düzeninin ve lâik Cumhuriyetin gereklerine ve ölçülülük ilkesine aykırı olmayacağı,
- "Kişi hürriyeti ve güvenliği" başlıklı 19. maddesinde, herkesin, kişi hürriyeti ve güvenliğine sahip olduğu, şekil ve şartları kanunda gösterilen;

*Mahkemelerce verilmiş hürriyeti kısıtlayıcı cezaların ve güvenlik tedbirlerinin yerine getirilmesi

*bir mahkeme kararının veya kanunda öngörülen bir yükümlülüğün gereği olarak ilgilinin yakalanması veya tutuklanması

*bir küçüğün gözetim altında ıslahı veya yetkili merci önüne çıkarılması için verilen bir kararın yerine getirilmesi

*toplum için tehlike teşkil eden bir akıl hastası, uyuşturucu madde veya alkol tutkunu, bir serseri veya hastalık yayabilecek bir kişinin bir

müessesede tedavi, eğitim veya ıslahı için kanunda belirtilen esaslara uygun olarak alınan tedbirin yerine getirilmesi

*usulüne aykırı şekilde ülkeye girmek isteyen veya giren, ya da hakkında sınır dışı etme yahut geri verme kararı verilen bir kişinin yakalanması veya tutuklanması halleri dışında kimsenin hürriyetinden yoksun bırakılamayacağı tespitleri yapılmıştır.

Kararda devamla Türkiye'nin taraf olduğu AİHS'nin "Özgürlük ve güvenlik hakkı" başlıklı 5. maddesinin;

- birinci fıkrasında; herkesin özgürlük ve güvenlik hakkına sahip olduğu belirtildikten sonra, bu fıkroda bentler halinde belirtilen haller dışında ve yasanın öngördüğü usule uygun olmadan hiç kimsenin özgürlüğünden yoksun bırakılamayacağı
- birinci fıkranın e bendinde ise; bulaşıcı hastalıkların yayılmasını engellemek amacıyla, hastalığı yayabilecek kişilerin, akıl hastalarının, alkol veya uyuşturucu madde bağımlılarının veya serserilerin yasaya uygun olarak tutulabileceği hükümlerine yer verildiği belirtilmiştir. Anılan AİHS hükümleri ve bu hükümler doğrultusunda AİHM kararları incelendiğinde; tümünün özünde keyfilik yasağı olduğu, 5. maddede yer verilen güvenlik hakkının da bu kapsamda kişilerin fiziksel özgürlüğünün kısıtlanmaması anlamında kullanıldığı, bu nedenle, gerek Anayasa'nın 19. maddesi, gerekse AİHS'nin 5. maddesi kapsamında kişilerin özgürlük ve güvenlik hakkının yasal bir dayanak olmaksızın, keyfi bir şekilde sınırlandırılması temel insan hakkına müdahale anlamını taşıyacağı, ayrıca, herhangi bir özgürlükten mahrumiyetin, söz konusu kişiyi son derece hassas bir konuma düşürerek işkence ve insanlık dışı ve küçük düşürücü muameleye maruz kalma riskiyle karşı karşıya bırakacağı, dava konusu işlemin yukarıda yer verilen Anayasa ve AİHS hükümlerine aykırı bir şekilde, bu yönde Türk Medeni Kanunu'nda açıkça izlenecek yöntem ve bu konuda yetkili makamlar vesayet kurumu ile belirlenmiş iken, davacının iradesi dışında bir yere kolluk kuvveti marifetiyle gitmeye mecbur bırakılarak kişisel özgürlüğünden geçici bir süre dahi olsa alıkonulmasına yol açacak şekilde verilen talimatın yasal dayanağının bulunmadığı da dikkate alındığında, davacının özgürlük ve güvenlik hakkına keyfi müdahale niteliğinde olduğu, bu nedenle idari davaya konu

edilebilecek kesin ve yürütülmesi gerekli işlem özelliği taşıdığı, iptali istemiyle açılan davanın esasının incelenmesi gerekirken, davanın incelenmeksizin reddi yolunda verilen kararda hukuki isabet bulunmadığı sonucuna varılarak kararın bozulmasına hükmedilmiştir.

Danıştay'ın bu kararında belirtilen AİHS'nin 5. maddesinin birinci fıkra e bendine yakından bakmak gerekirse, bendin uygulanma şartları, Avrupa İnsan Hakları Divanının Winterwerp/Hollanda kararı ile⁴⁹ açıklanmıştır. Karara göre, AİHS herhangi bir kişinin yalnızca fikirlerinin veya tutumunun belirli bir toplumda hâkim olan kurallardan ayrılması sebebiyle tutuklanmasına izin vermemekte olup gerçek anlamda bir akli dengesizlik, yetkili ulusal bir makam önünde tarafsız bir tıbbi bilirkişiliğe dayanılarak ispat edilmeli; bu dengesizlik tutuklamayı haklı gösterecek nitelikte veya boyutlarda olmalı ve nihayet, bu tutukluluk durumu, böyle bir dengesizliğin süregelmesi halinde, ancak geçerli usul ile uzatılabilmelidir. Son olarak kişinin hastanede tutulmasının kanuna uygun yollarla gerçekleştirilmesi gerekmektedir.⁵⁰

AİHM tarafından verilen Varbanov/Bulgaristan⁵¹ kararında da, ruhsal rahatsızlığı bulunduğu ve tehlikeli olduğu iddia edilen başvurana hakkında, ölümle tehdit suçlaması ile ceza soruşturması açmaya yeter sebep olup olmadığının tespiti için savcılıkça yapılan tahkikatta, 31.08.1995 tarihi ile 15.09.1995'ten sonra tam olarak belirlenemeyen bir tarih arasında başvuranın hukuka aykırı olarak özgürlüğünden alıkonulduğu, söz konusu zamanda iç hukukta, savcılara, psikiyatrik bir klinikte kapatılmayı emretme yetkisi veren bir düzenleme bulunmadığı ve bu durumun tek başına AİHS'nin 5/1-e bendinin ihlali için yeterli olduğu belirtilmiştir.⁵²

AİHM tarafından verilen bu kararlar çerçevesinde Danıştay kararına konu olayda Türk Medeni Kanunu'nda belirlenen ve yukarıda zikredilen prosedüre uyulmadığından açıkça AİHS'ne aykırılık bulunduğu da söylenmelidir.

⁴⁹ 24.10.1979 tarih ve 6301/73 başvuru nolu karar

⁵⁰ M. Aydoğan Özman, Avrupa İnsan Hakları Divanı'nın 1979 Yılında Verdiği Kararlar, *AÜHF Dergisi*, C.35, S.1, 1978, s.138-139

⁵¹ 05.10.2000 tarih ve 31365/96 başvuru nolu karar

⁵² [http://hudoc.echr.coe.int/tur#{"itemid":\["001-58842"\]}](http://hudoc.echr.coe.int/tur#{) Erişim Tarihi:28.05.2017

Yine Danıştay tarafından verilen bir diğer kararda⁵³, polis memuru olan davacının devlet memuriyetinden çıkarılmasına dair işlemde, davacının davaya konu işlemin tesisine neden olan fiili işlediği tarihten önce akıl ve ruh sağlığını yitirmiş olduğu yolunda hakkında ciddi şüphe ve değerlendirmeler bulunduğu, bu sebeple öncelikle uzman kişilerce akıl ve ruh sağlığı yönünden muayenesinin sağlanması ve bu muayene sonucundaki tespitlere göre işlem tesis edilmesi gerekirken bu yönden bir inceleme ve değerlendirme yapılmaksızın tesis edilen davaya konu işlemde hukuka uyarlık bulunmadığı karar altına alınmıştır.

Konunun irdelenmesi gereken bir diğer boyutu ise, akli dengesizlik sebebi ile özgürlükten hukuka aykırı bir şekilde alıkonulmanın yanı sıra, alıkonulma ortamının şartları itibari ile AİHS'nin 3. maddesinin de ihlalinin gündeme gelebileceğidir. AİHM'nin konu ile ilgili olarak verdiği Stanev/Bulgaristan kararında⁵⁴ başvurucunun ön onayı olmaksızın akli durumu yerinde olmayan şahıslara yönelik sosyal eve yerleştirilmesi kararının, Bulgar hukukunda geçerli olmadığını ve bu sonucun dahi başlı başına AİHM'nin başvurucunun hürriyetten mahrum bırakılmasının 5. maddeye aykırı olduğunu tespit etmesi için yeterli olduğunu belirttikten sonra, gerek bir ceza prosedürü kapsamında verilen bir tutuklama veya gerekse şahsın yaşamının veya sağlığının korunması amacıyla kendisinin tutulması söz konusu olsun 3. maddenin, makamların elinde bulunan şahıslara insanlık dışı ve aşağılayıcı muamele yapılmasını yasakladığını, başvuranın yerleştirildiği sosyal evdeki yemek yetersiz ve kötü kalitede olduğunu, binanın yeteri kadar ısıtılmadığını ve kışın başvurucunun, kendi ceketiyi yatmakta zorunda kaldığını, başvurucunun, kirli ve kötü durumda olan bir banyoda haftada bir defa duş alabildiğini, tuvaletlerin çok kötü durumda olduğunu, ayrıca İşkencenin Ve İnsanlık Dışı Veya Onur Kırıcı Ceza Veya Muamelenin Önlenmesi Avrupa Komitesinin (CPT), tespitlerine göre, tuvaletlere gitmeni tehlikeli olduğunu, olarak sosyal evde, yıkamadan sonra orada kalanların elbiselerinin değiştirildiğini ve bu durumun, onlarda aşağılanma hissini ortaya çıkmasına neden olduğunu, başvurucunun yaklaşık olarak yedi sene gibi uzun bir süre boyunca, söz

⁵³ Dan. 12. D. 12.12.2013 tarih ve E.2013/5791, K.2013/10543 sayılı kararı

⁵⁴ 17.01.2012 tarih ve 36760/06 başvuru nolu karar

konusu olan şartların tamamına maruz kaldığını, İşkencenin Ve İnsanlık Dışı Veya Onur Kırıcı Ceza Veya Muamelenin Önlenmesi Avrupa Komitesinin (CPT) bu yerleri gördükten sonra, söz konusu dönemde sosyal evdeki şartların insanlık dışı ve aşağılayıcı bir muamele olarak kabul edileceğini ortaya koyduğuna karar vermiştir.

SONUÇ

Kurum düzeninin sağlanmasında disiplin suç ve yaptırımlarına başvurulması nasıl bir zorunluluk ise, bu yaptırımların yaratacağı manevi, mali ve tasfiye edici sonuçlar dikkate alındığında, disiplin soruşturmalarının ayrıntılı ve güvenceli kurallar çerçevesinde yerine getirilmesi de o derece zorunludur. Türk hukukuna bu açıdan bakıldığında mevzuatta farklı düzenlemelere serpiştirilmiş sayıca az, kapsamı dar ve yetersiz hükümlerin bulunduğu görülmektedir. Karma sistem olarak adlandırılan ve yaptırım kararının idari mercilerce ve idari usulle verildiği, bu idari işlem niteliğindeki kararın denetiminin ise yargı organlarınca yapıldığı sistemde, idari işlem niteliğindeki disiplin yaptırım kararının yapılmasına ilişkin bir usul yasası bulunmamaktadır. Disiplin işlemlerinde uyulacak usul kurallarının çıkarılacak bir usul yasası ile tespit edilmesi, bu kuralların sağlayacağı güvencelerle hem idarenin kanuniliği ilkesinin gereği gibi sağlanmasına hem de disiplin soruşturması sürecinde adeta bir obje halinde bulunan memurun soruşturma sürecine aktif olarak katılımına hizmet edecektir. Bu sayede, memurun akıl hastalığı, alkol durumunun tespiti gibi şu an için düzenleme bulunmayan hassas konular da çözüme kavuşturulmuş olacaktır.

Kaynakça

- Akyılmaz Bahtiyar, Anayasal Esaslar Çerçevesinde Kamu Personeli Disiplin Hukuku Ve Uygulamadaki Sorunlar, *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, S.1-2, 2002
- Gözler Kemal, İdare Hukuku, C.II, Ekin Kitabevi, Bursa, 2003
- Gözübüyük A.Şeref, Gölcüklü Feyyaz, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması, Turhan Kitabevi, Genişletilmiş 10. Bası, Ankara 2013
- Güran Sait, Anayasa Mahkemesi'nin 1982 Anayasası Döneminde Personel Hukukuna Bakışı, *Anayasa Yargısı Dergisi*, C.6, 1989
- İpekciöğlü Pervin Aksoy Vücuttan Örnek Alma İşleminin Hukuki Niteliği Ve Anayasa Uygunluğu, Prof. Dr. Nur Centel'e Armağan, C.19, S.2, İstanbul, 2013

- Karçkay Umut, Şüpheli veya Sanığın İç Beden Muayenesi ve Vücudundan Örnek Alınması ve Sanığın Rızası, *Terazi Aylık Hukuk Dergisi*, Yıl:2, S. 12, Ağustos, 2007
- Keçelioğlu Elvan, Ceza Muhakemesi Hukukunda Gözlem Altına Alma, *Ankara Barosu Dergisi*, 2015/3
- Kızıl Muhammet, Tanık İfadesi ve İnanırcılık, *Ankara Barosu Dergisi*, Yıl:72, S.2014/2
- Kızıllar Hakan, Ceza Muhakemesi, Adli Tıp, Adli Bilimlerde Vücudun Muayenesi & Örnek Alma Doktrin ve Uygulaması, Çetin-Veb Ofset AŞ., Ankara, 200
- OnarSiddık Sami, İdare Hukukunun Umumi Esasları, c.2, Hak Kitabevi, İstanbul,1966
- Örücü Esin, Disiplin Cezaları, 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu Sistemi, *İÜHFD*, C.32, S. 2-4, 1966
- Özbek Veli Özer, Kanbur Mehmet Nihat, Doğan Koray, Bacaksız Pınar, Tepe İlker, Ceza Muhakemesi Hukuku, Seçkin Yayınevi, 7. Baskı, Ankara, 2015
- Özbilen Arif Barış, Vücut Bütünlüğüne Yönelik Müdahalelerin Hukuka Uygunluğu Bakımından Rızanın Aranmadığı Hâller, *İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi* Yıl:12 Sayı: 24 Güz 2013/2
- Özman M. Aydoğan, Avrupa İnsan Hakları Divanı'nın 1979 Yılında Verdiği Kararlar, *AÜHF Dergisi*, C.35, S.1, 1978
- Öztürk Bahri, Erdem Mustafa Ruhan, Uygulamalı Ceza Hukuku ve Güvenlik Tedbirleri Hukuku, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2016
- Öztürk Bahri, Tezcan Durmuş, Erdem Mustafa Ruhan, Sırma Özge, Kırıt Yasemin F. Saygılar, Özaydın Özdem, Akcan Esra Alan, Erden Efser, Nazari ve Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku, Seçkin Yayınevi, 10. Baskı, Ankara, 2016
- Sancakdar Oğuz, İdari Cezaların Yaptırımlar Teorisindeki Yeri ve Türk Hukukundaki Anayasal Temelleri, İdari Ceza Hukuku Sempozyumu, Seçkin Yayınevi, 2009, Ankara
- Sancakdar Oğuz, Disiplin Yaptırımı Olarak Devlet Memuriyetinden Çıkarma ve Yargısal Denetimi, Yetkin Yayınları, Ankara, 2001
- Tan Turgut, İdare Hukuku, Turhan Kitabevi, Ankara, 2015
- Tezcan Durmuş, Erdem M.Ruhan, Sancakdar Oğuz, Önok Rifat Murat, İnsan Hakları El Kitabı, Seçkin Yayınevi, 6. Baskı, Ankara 2016
- Yıldırım Turan, Kamu Yararı ve Disiplin Cezalarının Affı, *Anayasa Yargısı Dergisi*, C.18, 2001
- Zevkliler Aydın, Ertaş Şeref, Havutçu Ayşe, Gürpınar Damla, Yeni Medeni Kanuna Göre Medeni Hukuk (Temel Bilgiler), Turhan Kitabevi, Ankara, 2015