

DEVLET MEMURU OLARAK EĞİTİMCİLERİN HAK VE YÜKÜMLÜLÜKLERİ(*)

TEMEL HAK OLARAK EĞİTİM-ÖĞRETİM

Toplumun sosyal yapısı büyük ölçüde eğitim-öğretim faaliyetine bağlıdır. Her türlü siyasi ve ekonomik ilişkinin, eğitim faaliyeti olmadan düşünülmesi ve gerçekleşmesi imkansızdır. Bunun içindir ki, yaradılıştan insana bahşedilmiş temel haklardan olan eğitim-öğretim hakkı, temel hak ve yükümlülükler arasında önemli bir yere sahiptir. Bu bakımdan, eğitim-öğretim faaliyeti içinde bulunan öğrenci-öğretmen-eğitimci ve bunlara yardımcı birey ve kuruluşların en temel hakları ve yükümlülüklerinin neler olduğu üzerinde durmak zarureti vardır. Bu zaruret, eğitim-öğretim hakkının, sadece temel haklardan olmasından değil, aynı zamanda, yukarıda değindiğimiz gibi, hayatın bir çok alanını kuşatmasından veya belirlemesinden dolayıdır.

Ülkemizde ne yazık ki, eğitim-öğretim alanında görev yapan insanımızın hangi kısıtlamalar veya engellemelerle karşı karşıya olduğu tam anlamıyla belirlenmiş değildir. Dolayısıyla eğitimciler, hangi tür haklara ve yasaklamalara muhatap olduklarını tam olarak bilmemektedirler. Günün birinde en doğal haklarından birini bizzat kullanırken veya bir başkasının temel bir hakkını kullandığı sırada, ya kendisine bazı sınırlamalar getirilmekte, ya da muhatabına bazı kısıtlamalar ve yasaklamalar uygulamak zorunda bırakılmaktadırlar.

Konunun önemi, sadece ekmek parası karşılığı bir görevin ifası olmaktan öte, insanlık onunun gereği gibi değerlendirilmesi ve tanınmasından kaynaklanmaktadır. O halde, aynı zamanda devlet memuru statüsünde görev yapan öğretmenlerimizin, haklarının ve yükümlülüklerinin bilincinde olmaları ve bu bilinçle görevlerini en iyi şekilde yapabilmeleri için, haklarının ve yükümlülüklerinin nelerden ibaret olduğunu bilmeleri gerekir. Takdir edilir ki, bilinç, önemli oranda bilginin eseridir. Hakkında bilgi sahibi olunmayan bir konu hakkında yeterli bilinç oluşmaz. Bilincin oluşmasında önemli bir soru şudur: Haklar ve yükümlülükler konusundaki bilgi nerede edinilecektir? Her bilgi, kendi doğal ortamında kolayca edinilebilir. Yani, eğitimcilerimize gerekli hukuk bilgisi, kendi örgütlenmeleri olan derneklere, sendikalarda, bu örgütlenmelerin hukuk müşavirliklerince yazılı ve görsel olarak verilebilir. Ayrıca bazı sivil toplum örgütleri de bu görevi yerine getirebilir ve bu örgütlenmelere yardımcı olabilir ki, bugün bu görev sendikalardan ziyade Mazlumder, Hukukçular Derneği ve benzeri sivil toplum örgütlerince yerine getirilmektedir.

SOSYAL HUKUK DEVLETİ

Hak ve yükümlülükler söz konusu olduğunda, öncelikle Anayasada ifadesini bulan Sosyal Hukuk Devleti ilkesi üzerinde durmak, sonra da bu ilke çerçevesinde hak ve yükümlülüklerin incelenmesine geçmek gerekir.

Anayasasının Başlangıç Bölümü'nde:

“Millet iradesinin mutlak üstünlüğü, egemenliğin kayıtsız şartsız Türk milletine ait olduğu ve bunu millet adına kullanmaya yetkili kılınan hiç bir kişi ve kuruluşun, bu anayasada gösterilen hürriyetçi

* Tebliğ, Mayıs 1999'da ENSAR VAKFI'nda öğretmenlere, 4 Haziran 1999'da MAZLUMDER İstanbul Şb.nin eğitim faaliyeti olarak Sağlık-Der İst. Şb. binasında CMUK Servisinde görev yapan Avukatlara yönelik hizmet içi seminerde sunulmuştur.

demokrasi ve bunun icaplarıyla belirlenmiş hukuk düzeni dışına çıkamayacağı... Her Türk Vatandaşının bu Anayasadaki temel hak ve hürriyetlerden eşitlik ve sosyal adalet gereklerince yararlanarak millî kültür, medenîyet ve hukuk düzeni içinde onurlu bir hayat sürdürme ve maddî ve manevî varlığını bu yönde geliştirme hak ve yetkisine sahip olduğu”

ifade edilmektedir. Ayrıca 1982 Anayasasının 2. maddesinde öngörülen Sosyal Hukuk Devleti ilkesi, Türkiye Cumhuriyetinin nitelikleri arasında yer almaktadır.

Anayasa Mahkemesinin 18 Şubat 1985 tarihli kararında da Sosyal Hukuk Devletinin tanımı yapılmış, özellikleri tespit edilmiştir:

“Sosyal Hukuk devleti, insan hak ve hürriyetlerine saygı gösteren, ferdin huzur ve refahını gerçekleştiren ve teminat altına alan, kişi ile toplum arasında denge kuran, emek ve sermaye ilişkilerini dengeli olarak düzenleyen, özel teşebbüsün güvenlik ve kararlılık içinde çalışmasını sağlayan, çalışanların insanca yaşamasını ve çalışma hayatının kararlılık içinde gelişmesi için sosyal, iktisadi ve mali tedbirler olarak, çalışanları koruyan, işsizliği önleyici ve milli gelirin adalete uygun biçimde dağılmasını sağlayıcı tedbirleri alan, adaletli bir hukuk düzeni kuran ve bunu devam ettirmeye kendini yükümlü sayan, hukuka bağlı, kararlılık içinde ve gerçekçi bir özgürlük rejimini uygulayan devlet”

Bu tebliğimizde, öğretmenlerimizin doğal hakları ve anayasal hakları cümlesinden tüm haklarını inceleme konusu yapmayacağız. Örneğin çalışma hakkı, öğretmenlerimizin önemli bir temel hakkı olmasına rağmen, konuyu zaman ve işlenebilirlik açısından eğitim-öğretim hakkı ile sınırlı tutmayı, daha yararlı gördük. Dolayısıyla yukarıya alıntıladığımız Sosyal Hukuk Devleti ilkeleri çerçevesinde eğitim-öğretim hakkının önündeki engellerden, en önemli gördüğümüz “**suç ve ceza belirleme yetkisi**”, “**ceza ve ceza yerine geçen güvenlik tedbirleri alma**”, “**kanunsuz emir**”, dolayısıyla da “**idari işlemlerde hukuka aykırılık sorunu**” ile “**hak arama yolları**” üzerinde özet bilgi vermeye, ayrıca “**hukukun muhatabı olan biz**” ile ilgili görüşümüzü anlatmaya çalışacağız.

ÖNCE KANUN

1- SUÇ VE CEZA BELİRLEME TEKELİ TBMM’NİNDİR

Hiç kimse veya hiç bir organ, kaynağını anayasadan almayan bir devlet yetkisini kullanamaz” (Any. m.6) Kuvvetler ayrılığı ilkesini benimsemiş yönetimlerde yasama ve yargı, bir devlet organı değil, doğrudan halk adına yetki kullanan kurumlardır. Bu kurumların kuruluş ve işleyiş biçimlerinin anayasa tarafından belirlenmiş olması, bu kurumların devlet organı olmaları sonucunu doğurmaz. Mahkemeler de Türk Milleti adına karar verirler. Devlet organı kavramından, sadece, halk iradesi ile teşekkül etmiş yürütme erkine bağlı idari kurum ve kuruluşlar anlaşılır.

Suçların ve cezaların tarifi ve belirlenmesi, diğer bir ifade ile suç ve ceza yaratma bir **devlet yetkisi** değil **HALK YETKİSİ**’dir. Bu yetki de TBMM tarafından kullanılabilir. **Anayasanın 38/3. maddesi** “Ceza ve ceza yerine geçen güvenlik tedbirlerinin ancak kanunla konulabileceğini” emretmektedir. Anayasa, devlete ve idareye suç ve ceza belirleme yetkisi vermemiş, suç ve cezaları belirlemenin tamamen TBMM’nin tekelinde olduğunu emretmiştir. Devlet veya idare, kendi başına **disiplin suçu dahi belirleyemez**. Disiplin suçu da olsa, suçların ve cezaların Türk Ceza Kanununda veya diğer Kanunlarda belirlenmesi anayasanın emridir. O halde, herhangi bir idari işlemlerle, temel hak ve özgürlüklerin tamamının veya bir kısmının yasaklanması Anayasaya ve kanunlara aykırıdır, Anayasaya rağmen suç ve ceza ihdas etmek anlamına gelir. Anayasanın 13. maddesi, temel haklarda yapılacak tüm yasaklama ve sınırlamaların, **KANUNLA YAPILABİLECEĞİNİ** emretmektedir.

Ceza ihdas etme de, temel haklarda ve özgürlüklerde anayasanın öngördüğü gerekçeler doğrultusunda sınırlama ve yasaklama işlemidir ve ancak kanunla yapılabilir. O halde, herhangi bir idari işlemle, temel hak ve özgürlüklerin tamamının veya bir kısmının yasaklanması, anayasaya ve kanunlara aykırıdır. Bu tür işlem, Anayasaya rağmen suç ve ceza ihdas etmek anlamına gelir. Bakanlığın veya YÖK'ün suç yaratma ve ceza ihdas etme yetkisi yoktur. Anayasa ve kanunlara dayanmayan hiç bir yetki meşru sayılamaz. Konuyu Ceza Hukukumuzun önemli iki isminden örnek vererek açıklayalım:

“Anayasanın 6. Maddesinin 2. Fıkrasının son cümlesi şöyle demektedir: “Hiç bir kimse veya organ, kaynağını Anayasadan almayan bir **devlet yetkisini** kullanamaz”. Suç yaratmanın bir **“devlet yetkisi”**¹ olduğu şüphesiz olduğuna göre, yürütme organının bu yetkiyi kullanabilmesi için, herhangi bir kanunun değil, fakat bizzat Anayasanın bu organa açık bir yetki vermiş olması gerekir. Anayasamız ise 38. Maddesi ile suç yaratma yetkisini parlamentoya tanıdığı gibi, 91. Maddesiyle yürütme organına tanıdığı Kanun Kuvvetinde Kararname çıkarma yetkisini suç yaratma açısından kısıtlamıştır. Bu itibarla yürütme organı, suç yaratıcı düzenlemelerde bulunurken, kaynağını Anayasadan almayan bir devlet yetkisi kullanmaktadır.”⁽²⁾

Bu ifadelerde, hiç kimsenin veya hiç bir organın, kaynağını anayasadan almayan bir devlet yetkisini ve yürütme organının da suç yaratma yetkisini kullanamayacağı belirtilmesi önemlidir. Fakat dikkat edilirse yukarıdaki ifadelerde önemli bir yanlış vardır. Bu yanlış da, **“Suç yaratmanın bir devlet yetkisi olduğu”** önermesidir.” Esasen, neyin suç olup olmayacağı ve suçun karşılığında ne tür ceza verilebileceği, ülke halkının tarihi dayanaklarından ve çağın gereklerinden süzüp çıkarıldığı anlayışının eseri olarak belirlenebilir. Bunun yeri de halkın temsilcilerinden oluşan Parlamentosudur. Fakat Türk Ceza Hukuku sistemine de rengini veren **“Ulus Devlet”** anlayışının ürünü olan **“suç yaratmanın bir devlet yetkisi olduğu”** şeklindeki kabul, Cumhuriyet tarihi boyunca hukukçuların ve siyasetçilerin önemli bir saplantısı olmuştur. Neticede idare, kararnamelerle, yönetmeliklerle, hatta genelgelerle suç ve cezaları belirlemiştir.

Yönetmeliklerle suç ve ceza ihdas edilmesine önemli bir örnek “YÖK Disiplin Yönetmeliği”dir. Bu Yönetmeliğin Dayanak maddesinde(madde-3), Yönetmeliğin hukuki dayanağı olarak, 2547 sayılı Yükseköğretim Kanununun 54 ve 65-a/9. maddeleri gösterilmiştir.

Kanunun 54. maddesinin (a) fıkrası, bazı disiplin suçları öngörmekte ve bu suçlara da disiplin cezaları belirlemektedir. Diğer fıkralarında ise, disiplin suçlarının soruşturulmasına ilişkin usul hükümleri yer almaktadır.

65-a/9. maddede ise, “Öğretim elemanları, memur ve diğer personel ile öğrencilerin disiplin işlemleri, disiplin amirlerinin yetkileri ve disiplin kurullarının teşkili ve çalışması ile ilgili hususların”, YÖK tarafından çıkarılacak Yönetmelikle düzenleneceğini belirtmektedir.

YÖK Disiplin Yönetmeliğinin dayanağı olarak gösterilen bu iki maddede de, disiplin suç ve cezalarını belirleme yetkisi YÖK'e verilmemiştir, verilebilmesi de mümkün değildir. Çünkü suç ve cezalar ancak kanunla belirlenebilir. Bu yönüyle bakıldığında YÖK Disiplin Yönetmeliği hukuki dayanaktan yoksundur. Bu Yönetmelik mutlak surette iptali gereken bir yönetmeliktir.

İşte **“halk iradesi”** ile karıştırılan **“devlet yetkisi”**, yukarıdaki örnekte de görüldüğü gibi, her türlü suç ve cezayı belirlemeyi de içine alan bir yetkiye dönüşmüştür. Halk iradesi yerine geçen devlet yetkisi, evrensel hukuk kurallarına olduğu gibi, anayasaya da aykırı bir yetki kullanım biçimi-

¹ Tamamen “devletçi” bakış açısını yansıtan bu ifade yerine, “millet yetkisi” veya “halk iradesi” kullanılması gerekir. Zira hemen sonraki cümlede, suç yaratma yetkisinin Parlamentosu tarafından tanındığı ifade edilmektedir.

² Sulhi DÖNMEZER – Sahir ERMAN, “Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku”, Cilt.1, s. 140. (İst: Filiz Kitabevi, 1985)

midir. Ancak bir kere, “**devlet yetkisi**”nin, suç ve cezaların ihdas edilmesinde “**halk iradesi yerine**” kullanılabileceği öngörülünce, sonrasında da her türlü sınırlama, yasaklama, suç ve ceza yaratma tekelini devlete yani yürütmeye (idareye) tanımak zorunda kalınmıştır. Çünkü idare bir devlet organıdır, devlet yetkisi kullanmaktadır. Kurumlar kendilerine tanınan “devlet yetkisine”(!) müdahale edilmesine rıza göstermeyecektir.

Yine Devlet Memurları Kanununun 125/A-g maddesinde, “belirlenen kılık kıyafet hükümlerine aykırı davranmak”, uyarma cezasını gerektiren bir davranış olarak kabul edilmiş, fakat kılık kıyafetin şekli belirlenmemiştir. Kanun, kılık kıyafete ilişkin belirlemeyi (sınırlamayı), Kamu Kurum ve Kuruluşlarında Çalışan Personelin Kılık Kıyafetine Dair Yönetmeliğe bırakmış, Yönetmelik de memurların, kamu kurum ve kuruluşlarında başı açık olarak görev yapabileceklerini belirlemiştir. Bu yönetmeliğin Dayanak maddesinde (17. madde) Yönetmeliğin dayanağı olarak, 2413 sayılı Bilumum Devlet Memurlarının Kıyafetleri ile İlgili Kararname, 2596 sayılı “Bazı Kisvelerin Giyilemeyeceğine Dair Kanunun 6. maddesi ve bu maddeye göre çıkarılan 1958 sayılı Bazı Kisvelerin Giyilemeyeceğine Dair Kanunun Tatbik Suretini Gösterir Nizamname gösterilmiştir. Dikkat edilirse dayanak olarak, bir nizamname ve bir kararname gösterilmiş. Kanun olarak da Bazı Kisvelerin Giyilemeyeceğine Dair Kanunun 6. maddesi gösterilmiştir ki bu madde, ecnebilerin ve ruhanilerin kılık-kıyafetleri ile ilgili düzenlemedir. Türk vatandaşlarının kıyafetlerini düzenlemez.

Görüldüğü gibi, memurların kılık kıyafetlerini düzenleyen, daha doğru bir ifadeyle yasak ve sınırlama getiren Yönetmelik hukuki dayanaktan yoksundur. Tüm bu tür yönetmeliklerle yapılan sınırlamalar ve yasaklamalar ile suç ve ceza ihdas eden düzenleyici idari işlemler, hukuki dayanaktan yoksun işlemlerdir ve iptal edilmeleri gerekir.

2- CEZA ve CEZA YERİNE GEÇEN GÜVENLİK TEDBİRLERİ ANCAK KANUNLA KONULABİLİR

Güvenlik tedbirleri, kamu düzeni, genel ahlak ve genel sağlık gibi, yine Anayasada belirlenen kriterlerle alınabilecek önlemlerdir. Bu önlemlerin engellemek istediği husus, kanunlarda açıkça suç sayılan eylemlerin, kamu düzeni, genel ahlak ve genel sağlığı tehdit edecek boyuta varmadan önlenmesidir. Fakat bu tedbirler hiç bir zaman, bir cezalandırma şeklinde alınamaz.

Anayasanın 38. maddesinin 3. fıkrasının son cümlesi, “ceza veya ceza yerine geçen güvenlik tedbirlerinin ancak kanunla konulabileceğini” emretmektedir. İdarenin, Kanunun yetki vermemesine rağmen, ilgisine ceza verilmesi tarzında alacağı güvenlik tedbirleri, Anayasanın 38/3-son fıkrası hükmüne aykırılık teşkil eder. Örneğin: Öğrencilerin Üniversite kampüsüne sokulmamaları, girenlerin çıkarılması, sınıflara alınmamaları, sınıflardan atılmaları; ilk ve orta öğretimde, öğrencilerin disiplin cezasını gerektirecek davranışlarından dolayı sınıfa ve sınava alınmamaları, girmiş olanların çıkarılmaları şeklindeki tedbirler, ceza yerine geçen güvenlik tedbirleri anlamındadır. Çünkü bu tedbirler, kanunda sayılmamış, mahiyetleri hakkında kanunda herhangi bir belirleme yapılmamış, aksine bir tedbir olmaktan öte, öğrencilere ceza verilmesi şekline dönüştürülmüş güvenlik tedbirleri şeklindedir.

YÖK’ün veya ilk ve ortaöğretim okullarının uyguladığı, öğrenciyi okula veya kampüse veya eklentilerine almamak, girenleri zorla dışarı çıkarmak şeklindeki tedbirler, ceza yerine geçen güvenlik tedbirleridir ve öğrenciyi öğrenim hakkından yoksun bırakmaktadır. Ayrıca Millî Güvenlik Dersi öğretmenlerinin öğrencilerin bir kısmını derse ve sınava almaması veya dersten çıkarması da aynı sonuçlara yol açmaktadır. YÖK’ün veya ilk ve ortaöğretim öğretmenlerinin böyle bir ceza koyma ve uygulama yetkisi yoktur. Anayasa ve kanunlara dayanmayan hiç bir yetki meşru sayılamaz.

Ceza hukuku sisteminde suçun oluşabilmesi için iki unsurun gerçekleşmesi gerekir: Maddi ve manevi unsur. Eğitim-öğretim özgürlüğünün engellenmesi suçunun **maddi unsuru**, öğrenciyi okula veya sınıfa veyahut sınava almama veya okuldan, dershaneden ve sınavdan çıkarmadır. Okula alınmamanın veya çıkarılmanın veyahut sınava alınmamanın, kanunen ve hukuken geçerli bir gerekçesinin olmaması da suçun kasten işlenmesi demektir ki, dolayısıyla bu kasıt da **suçun manevi unsuru** ifade eder.

Bir öğrenciyi sınıfa almayan veya sınıftan çıkaran öğretim üyesi bu fiili ile öğrenimi engellediğinden dolayı, eylemine uyan Türk Ceza Kanununun 188/6. Maddesinde belirlenen suç işlemiş sayılır. 188/6. Maddede belirtildiği gibi meşru olmayan bir şekilde eğitim ve öğretim çalışmalarının kesilmesine veya ara verilmesine haksız eylem ve davranışlarıyla neden olanlara, maddenin 7. Bendi uyarınca altı aydan iki yıla kadar hapis cezası verilir. Ayrıca Türk Ceza Kanununun 228. maddesi de uygulanabilir. Bunlara ileride değinilecektir.

3. ANAYASA MAHKEMESİ KARAR GEREKÇELERİ İLE SUÇ OLUŞTURULAMAZ

Son yıllarda, Anayasa Mahkemesi kararları ve karar gerekçeleri de, İdari İşlemlerle getirilen yasaklara gerekçe olarak gösterilmektedir ki, bu da hukuka, Anayasaya ve kanunlara aykırıdır:

Anayasanın 153/2. maddesi,

“Anayasa Mahkemesi, bir kanun veya kanun hükmünde kararnamenin tamamını veya bir hükmünü iptal ederken, kanun koyucu gibi hareketle, yeni bir uygulamaya yol açacak biçimde hüküm tesis edemez”

hükmünü getirmiştir. Bu hükme göre, **“herhangi bir eylemin Anayasa Mahkemesinin bir kararıyla yasaklandığı”** şeklindeki bir görüş veya **“Anayasa Mahkemesinin herhangi bir kararındaki konu ile ilgili gerekçesinin, idari işlemin dayanağı yapılması”**, Anayasaya aykırıdır.

Danıştay 8. Dairesi, E. 1986/402, K. 1988/192 sayılı kararında bu konuya açıklık getirmiştir:

“Anayasanın 153. Maddesine göre Anayasa Mahkemesi kararlarının tüm yasama, yürütme ve yargı yerlerini bağlayacağı kuşkusuzdur. Aynı maddenin ikinci fıkrasında Anayasa Mahkemesinin yasa koyucu gibi hareket ederek yani bir uygulamaya yol açacak biçimde karar veremeyeceği belirtilmiştir. Bu durumda Anayasa Mahkemesince iptal edilmeyip yürürlükte bırakılan bir yasa kuralını görülmekte olan bir davada uygulayan yargı yerlerinin, bu **yasa kuralının yorumunda Anayasa Mahkemesinin yorumuyla bağlı olmadığı**, başka bir anlatımla, **yürürlükteki bir yasanın yorumunun ancak o yasayı uygulayan yargı yerinin yetkisinde bulunduğu ve birbirinden ayrı yargı yerlerinin aynı yasayı birbirinden ayrı yorumlayabileceği duraksamaya yer vermeyecek ölçüde açıktır**. Bu nedenle ... sayılı Yasanın ... maddesi **yürürlükte bulunduğu ve görülmekte olan bu davada uygulanması gerektiğine göre, bu maddedeki kuralların Anayasa Mahkemesi kararında yer alan gerekçelerle bağlı olmaksızın Dairemizde yorumlanması gerekmektedir.**”⁽³⁾

Yukarıdaki Danıştay kararından da anlaşılacağı üzere, herhangi bir eylemin “Anayasa Mahkemesinin herhangi bir kararıyla yasaklandığı” şeklindeki bir görüş Anayasaya aykırıdır. Aynı şekilde Anayasanın 13. Maddesi, temel hak ve özgürlüklerde yapılacak tüm yasaklamaların ve düzenlemelerin **KANUNLA YAPILACAĞINI** emretmektedir.

³ Danıştay 8. Dairesinin E.1986/402, K.1988/192 sayılı kararı. (Danıştay Dergisi, Yıl 19.(1989), Sayı: 72-73. Ayrıca Bkz: Av. Mustafa ŞENTOP, “Üniversitelerde Başörtüsü Sorununun Hukuki Çerçevesi”, Hukuk Dünyası Dergisi, (İstanbul, Kasım 1997).

Danıştay'ın bu kararına rağmen, YÖ Kanununun Ek-17. Maddesi ile ilgili olarak,

“Şu andaki madde ‘Yürürlükteki kanunlara aykırı olmamak şartıyla, yükseköğrenim kurumlarında kıyafet serbesttir’ diyor. Buna da iptal davası açıldı ama, Anayasa Mahkemesi bunu iptal etmedi. Sadece Anayasaya uygun yorum yöntemiyle bunu sonuçlandırdı ve ‘Kılık kıyafet serbestisi, dini inanç nedeniyle boyun ve saçların örtü ve türbanla kapatılmasını ve dinsel nitelikteki giysileri kapsamaz’ dedi. Yani kılık kıyafet serbestisinin sınırlarını açıkladı. Bu gün türban kılık kıyafet serbestisi içinde değildir.”⁴

şeklindeki fetva, tamamen hukuki dayanaktan yoksundur. Ayrıca aynı yazının bir kaç paragraf öncesinde,

“Anayasamızla koruma altına alınan kıyafet kanunumuzda başını örteceksin ya da örtmeyeceksin diye bir kısıtlama yok”

ifadeleri, saklanamayan gerçeğin, Anayasa Mahkemesi yorumuyla çarpıtılmasına yöneliktir.

3- KANUNSUZ EMİR

Devlet Memurlarının, kanunda ve yönetmeliklerde belirlenen görevlerini yerine getirebilmesi, idarenin de aynı şekilde, kanuna ve hukuka uygun davranması ile mümkündür. Taraflardan birinin hukuka ve kanuna aykırı davranmaması halinde diğer tarafın kanuna uygun davranması beklenebilir. Aksine, hukuka ve kanuna aykırı davranan kimse, karşı tarafı suç işlemeye tahrik ve teşvik etmiş olur ki, bu da ayrı bir suç işlemek demektir. Bu bakımdan kanunsuz emri veren ve uygulayanlar, hem anayasal hem de yasal suç işlemiş olurlar.

Anayasanın 137. maddesinde ve Devlet Memurları Kanununun 11. maddesinde “kanunsuz emir” tanımı yapılmaktadır:

“Konusu suç teşkil eden emir, hiç bir suretle yerine getirilmez; yerine getiren kimse suç işlemekten kurtulamaz.”

Bir emrin hukuka uygun olabilmesi için aşağıdaki şartlar aranır:

1. Emri veren, emri vermeye yetkili olmalıdır.
2. Verilen emir, memurun görev ve yetki alanı içinde olmalıdır.
3. Emir, önceden konulmuş usul ve şartlara uygun olarak verilmiş olmalıdır.
4. Emrin konusu hukuka uygun olmalıdır.

Bu şartlardan birini taşımayan emir, kanunsuz emirdir. Kanunsuz emir, idari bakımdan emri veren sorumluluk altına koysa da, ceza sorumluluğu açısından emri verenle birlikte emri uygulayan da sorumlu olur.

Kanunlara dayanmayan veya kanunlara aykırı bir şekilde düzenlenen Genelgeler **kanunsuz emir** kapsamındadır. Bazı öğretim görevlilerinin, öğrencileri dersten çıkarma, çıkmamaları halinde dersi yapmama veya sınıfı terk etme şeklindeki işlem ve eylemleri Anayasanın 137. Maddesinde düzenlenen “**kanunsuz emir**”i uygulamaktır. Ayrıca öğretim üyelerinin bu kanunsuz emri uygularken ortaya koydukları fiilleri, bu fiillerin muhatabı olan öğrencileri **suç işlemeye tahrik** anlamına da gelir.

⁴ Nur SERTEL, “Türban Siyasal Bir Simgе Haline Gelmiştir”, Atatürk Öğrencileri Dergisi, İstanbul: 1998, sayı.1.

Dersten çıkması istenen öğrencinin ders salonunu terk etmemesi halinde yapılacak işlem, öğrencinin fiilinin bir tutanakla tespit edilmesi ve tutanağın İdareye verilmesidir. Disiplin suçu işleyen öğrenci hakkında soruşturma yapma yetkisi Müdür veya Disiplin Kurulundur. Disiplin soruşturması, Müdür tarafından ya doğrudan doğruya ya da Disiplin Kurulu tarafından yürütülür.

Kimse yetki devri anlamına gelebilecek işlem yapamayacağı gibi, yine kimse yetki gaspında da bulunamaz. Dolayısıyla öğretmenlerin, öğrencileri derse almama veya dersten çıkarma şeklinde bir yetkileri yoktur. Bu tür yetki hiç bir şekilde de öğretim üyelerine verilemez. Aynı şekilde, sadece disiplin suçu işlemiş olması, öğretmene ders verilmesine mani değildir. Ders verilmesine mani olacak hüküm verilmedikçe, yani öğretmen hakkında bir disiplin soruşturması sırasında veya sonrasında bir karar verilmedikçe, ders vermesi engellenemez. Aksi davranışlar, emri verene de emri uygulayana da hukuki ve cezai sorumluluk yükler.

Bir idari düzenleyici işleme uymadığı gerekçesiyle sınıfa sokulmayan, hatta okul bahçesine dahi alınmayan öğrencilerin her türlü idarî ve cezaî şikâyet hakları vardır. Zira asıl olan öğretimin devamı olup, suçüstü hükümleri uyarınca Türk Ceza Kanununda tarif edilen bir suç işleme kastı veya eylemi bulunmayan öğrencinin, sırf disiplin suçu nedeniyle öğrenimine ara verilmesi veya öğreniminin engellenmesi anayasaya ve kanuna aykırıdır. Disiplin suçlarının nasıl kovuşturulacağı ve neticelendirileceği kanunlarda açıkça gösterilmiştir. Öğrenimlerine kanunsuz şekilde ara verilenlerin veya öğrenimi engellenenlerin, bu hükümlere aykırı davranışlar aleyhine kamu davası açılması için şikâyet ve haksız fiillere ilişkin tazminat talep etme hakları saklıdır.

İDARİ İŞLEM VE EYLEMİN HUKUKA UYGUNLUĞUNUN DENETİMİ

İdarenin işlem ve eylemlerinin hukuka ve kanuna uygun olması Anayasanın 125. Maddesinin emridir. Bu uygunluk, İdarenin, eylem ve işlemlerinde Kanunlara, Tüzüklere ve Yönetmeliklere uygun tasarruflarda bulunması, aksi halde hukuka aykırılığı nedeniyle yapılan işlemin iptal edilebileceği anlamındadır.

İdarenin haksız eylem ve işlemine muhatap olan ilgili,

— Öncelikle muhatap olduğu işlemin dayanağı olan tüzük, yönetmelik veya genelgenin **kanuna dayalı** ve **kanunun lafzına** ve **ruhuna uygun** düzenlenip düzenlenmediğini,

— İkinci olarak da, bu düzenlemelere dayanılarak yapılan işlem ve eylemin hukuka ve kanuna uygunluğunu, dolayısıyla hukuka ve kanuna aykırı işlem ve eylem nedeniyle uğranılacak zararın telafisi yollarını, araştırması gereklidir.

İdarî işlemler, açılacak iptal davaları ile **yetki, şekil, sebep, konu** ve **amaç** unsurları bakımından yargı denetimine tabi tutulmaktadır. Sayılan bu unsurlardan birinin veya bir kaçının sakat (hukuka aykırı) olması halinde söz konusu işlem, idarî yargı tarafından iptal edilir. İdarî davalarda iptali istenen işlemin yürütülmesinin durdurulmasının öncelikle talep edilmesi de hak kaybının önlenmesi ve uğranılacak zararın büyümemesi açısından bir gerekliliktir.

Konuyu iki örnekle ortaya koymak daha açıklayıcı olacaktır:

Birinci örnek işlem: İstanbul Üniversitesi Rektörlüğünün 23.2.1998 tarih ve 350-5786 sayılı genelgesi, öğrenci kimlik kartı olmayan öğrencilerin İstanbul Üniversitesi Kampüslerine veya binalarına alınmamalarını ve herhangi bir şekilde girmiş olanlar hakkında cezaî işlemlerin uygulanacağını ifade etmektedir. Rektör tarafından imzalanan genelgenin imzadan sonraki alt kısmında ise tırnak içerisinde, "... bayan öğrencilerin başörtülü olarak, erkek öğrencilerin sakallı olarak ders, staj

ve uygulamalara alınmamaları gerekmektedir” ifadesi yer almaktadır. Notun devamında da bu durumdaki öğrenciler hakkında ne tür yasal işlemler yapılacağı açıklanmaktadır.

İkinci örnek işlem: İstanbul Valiliğinin İlçe Kaymakamlıklarına gönderdiği 4 Şubat 1999 tarihli ve 3 maddelik yazılı emridir. Bu emirde, öğretmenlerin Kılık Kıyafet Yönetmeliğine uymaları, uymayanların tespit edilmesi, suçun devam etmesini önlemek için zecri tedbirlerin alınması ve emirlere itaat etmeyenlerin Türk Ceza Kanununa göre suç işlemiş sayılacağından Memurun Muhakematı Hakkında Kanun hükümleri uyarınca yargılama yapılacağı belirtilmektedir. Bu emir, Kaymakamlıklar vasıtasıyla İlçe Milli Eğitim Müdürlüklerine **çok acele** kaydıyla **ilaveler** yapılarak aktarılmıştır. Bu ilavelerde, öğretmenlerin emirlere uyup uymayacakları hakkında Okul Müdürlüklerine **taahhütte bulunmaları** istenmektedir.

Yetki Unsuru Yönünden

Maddi hukuk anlamında, hukuka uygun yöntemlerle oluşturulan kurallar hukukun kaynakları olarak adlandırılırlar. Buna göre maddi hukukun kaynakları, uluslararası sözleşmeler başta olmak üzere sırasıyla, anayasa, kanun, tüzük, yönetmelik ve benzeri işlemlerle ortaya konan yazılı ve bağlayıcı iradedir. Maddi Hukuk Kurallarının da kendi aralarında hiyerarşiye dayalı bir düzeni vardır. Bu hiyerarşi içerisinde uluslararası genel hukuk ilkeleri en üst norm olarak kabul edilir. Türkiye buna ilişkin olarak anayasasının 90/son maddesi ile uluslararası sözleşmeler hükümlerinin üstün norm niteliğini kabul etmiştir. Maddi Hukuk Kurallarının diğerleri sırasıyla, anayasa, kanun, kanun hükmünde kararname, tüzük, yönetmelik vb. gelmektedir.

İdarenin yasallığı olarak ifade edilen yetki unsuru: İdarenin ve kamu görevlilerinin, önceden yasa veya idari yargı yerlerince belirlenen yetki kuralları çerçevesinde işlem ve faaliyette bulunmasını ifade eder.

İdare hukukunda yetkiye ilişkin düzenleme, kamu düzeni ile ilgilidir ve buna ilişkin kurallar yorumlanamaz, genişletilemez. Taraflarca ileri sürülmesi bile re’sen göz önüne alınır. Asıl olan ilgililerin yetkisiz oldukları, ancak verilmiş olan bir yetki ile yetkili kılınmış bulduklarıdır.⁵

Kamu yönetimi içinde yer alan kuruluşların yetkilerini yer, zaman ve kişi yönünden incelemeye tabi tutmak gerekmektedir:

Bazı kuruluşlar yetki yönünden **yer itibarıyla** belli bir coğrafi bölge (il veya ilçe gibi) ile sınırlandırılmışlardır. Bazıları ise genel yetkiye yani ülke çapında yetkiye sahiptir. Bakanlar Kurulu veya YÖK gibi.

Yetki belli bir zaman dilimi ile sınırlanmışsa, bu sınırlar öncesinde veya sonrasında verilen kararlar veya işlemler yetkinin **zaman yönünden** sınırlandırılmış olması nedeniyle yetki yönünden sakat sayılacaklardır. Örneğin bazı kurullar için, yapacakları işlemlere ilişkin toplantı tarihleri belirlenmiş ise, bu tarihlere aykırı toplanarak alınan kararlar ve işlemler yetkisizlik nedeniyle hukuka aykırı olacaktır.

Yine, kamu görevlilerinin kendilerine tanınmamış yetkiyi kullanmaları halinde **kişi bakımından** yetkisizlikle karşılaşmış olunmaktadır. Dolayısıyla yetkisiz kişinin tasarrufu ile ortaya çıkan böyle bir işlem de hukuka aykırı sayılacaktır.

Çok önemli bir husus da, idarenin usulsüz **yetki devri** veya **yetki gaspıdır**. Bu durumda idare, yasamanın veya yargının yerine geçerek, diğer bir anlatımla bunların yetkilerini gasp ederek işlem

⁵ Selami DEMİRKOL – Zuhâl BERKET, “Teori ve Pratikte İDARİ YARGIDA DAVA AÇMA ve DAVALARIN TAKİP USULÜ”, (Ankara: 1998), s. 103.

yapmaktadır. Örneğin, Yönetmelik yapma yetkisi kanunen kendisine tanınmamış bir idari kurum veya kuruluşun yönetmelik çıkarması veya Anayasada belirlenen kurallar dışında, temel hak ve özgürlüklere sınırlamalar getiren düzenleyici işlemler yapması gibi. Bu durumda Danıştay, yapılan işlemde sakatlık olduğuna değil, **işlemin yokluğuna** karar vermektedir.⁶

İdare, kendi görev alanlarını ilgilendiren kanunların ve tüzüklerin uygulanmasını sağlamak üzere ve bunlara aykırı olmamak şartıyla yönetmelikler yapabilme yetkisini Anayasanın 124. Maddesinden almaktadır. Bir düzenleyici işlem olan tebliğ, genelge, emir ve talimatlar da yönetmelik gibi idarenin yetki alanına girmektedir. Bu hususu bir örnekle açıklığa kavuşturalım:

Anayasa Mahkemesi 7.3.1989 tarih ve 1989/12 sayılı kararıyla Yükseköğretim Kanununa getirilmek istenen ek maddeyi iptal etmiştir. Ek madde hükmü şöyledir:

“Yükseköğretim Kurumlarında, dersane, laboratuvar, klinik, poliklinik ve koridorlarında çağdaş kıyafet ve görünümünde bulunmak zorunludur. Dini inanç sebebiyle boyun ve saçların örtü veya türbanla kapatılması serbesttir.”

Anayasa Mahkemesi bu kanunu iptal etmiş ve iptal gerekçesinde de dini inanç gereği boyun ve saçların örtülmesinin laikliğe, Anayasaya ve sair kanunlara aykırılığını ifade etmiştir. Mahkeme kararın gerekçesinde başörtüsünün “özgür düşünce gereklerine” ve “akıl ve bilimin gereklerine” ters düştüğünü de ifade etmiştir. Mahkeme aynı zamanda başörtüsü takma hakkının “demokratik bir hak” olmadığını, “özgürlükleri yıkmak için özgürlüklerden yararlanılamayacağını” ve dolayısıyla “demokratik bir hak olarak savunulamayacağını” da belirtmiştir.

Daha sonra Yükseköğretim Kanununa 25.10.1990 tarih ve 3670 sayılı kanunla getirilen EK-17. Maddenin iptali için açılan davaya karşılık Anayasa Mahkemesi, daha önceki kararına atıf yaparak, başörtüsünün laikliğe aykırı olduğu görüşünü gerekçesinde belirtmiş, fakat kanunun iptali istemini de reddetmiştir. Yani Ek-17. Maddeyi Anayasaya aykırı bulmamıştır. Böylece Ek-17. Madde, “Yürürlükteki kanunlara aykırı olmamak kaydıyla kılık kıyafetin serbest olduğu” şeklinde yürürlükte ve kılık kıyafet konusunda tek ve bağlayıcı düzenlemedir.

Kanunun hükmüne ve Anayasaya uygunluğunun onaylanmasına rağmen uygulamalar her Üniversitede farklılık arz etmektedir. Diğer bir deyişle yasa koyucunun iradesine rağmen Rektörlükler, yasa koyucu yerine geçip, kanuna aykırı düzenleme ve uygulama içine girmektedirler. Rektörlüklere düşen görev, Yükseköğretim Kanununun Ek-17. Maddesinde düzenlenen kılık kıyafet serbestisi konusunda bir Yönetmelik düzenlemesini beklemek iken, bu gerekliliğe riayet etmeyerek, kanuna aykırı bir şekilde, düzenleyici işlem yapma yoluna gitmektedirler. Rektörlüklerin yaptıkları bu idari işlemler, yasakoyucu yerine geçilerek, diğer bir anlatımla yetki gaspında bulunularak yapılan işlemlerdir ve bu durum, **idarî işlemin konusu yönünden yetkisizliği sonucunu** doğurmuştur. Dolayısıyla Rektörlüklerin işlemi, yetki unsuru yönünden de hukuka aykırıdır. Ele aldığımız iki örnek açısından bakıldığında da, genelgede, imzadan sonra düşülen not ile düzenleyici ve yasaklayıcı işlem yapmak veya idari işlemin dayanağı olan Valilik Genelgesinde bulunmayan bir hususun (taahhüt alınmasının) İlçe Milli Eğitim Müdürlükleri tarafından emir haline getirilmesi, bir yetki gaspıdır ve bu idari işlem, konusu yönünden yetkisizlikle malül olup, iptali gerekmektedir.

Şekil Unsuru Yönünden

Şekil unsuru, idari işlemin yapılış biçimini ve prosedürünü ifade eder. İdari işlemin şekil olarak hukuka uygunluğunda aranan şartlar:

⁶ Selami DEMİRKOL – Zuhâl BERKET, A.g.e., s. 107.

1. İşlemin yazılı olması, (İşlemin sözlü de olabileceğini ancak kanun belirleyebilir)
2. İdarenin iradesini göstermesi, bir diğer deyişle işlem bütünlüğü olması, (İşlemlerin kurul kararı olması gereken hallerde kurulun toplanmasına ve karar sayısına ve imzaların birlikte atılmasına ilişkin kurallara uyarak karar vermesi)
3. Şekle ilişkin belirlenmiş kurallara uyulmasıdır.

Örneğin, idarenin disiplin soruşturmasında savunma almaması, tanık dinlemesi gerektiği halde dinlememesi, soruşturmacılardan birinin soruşturmaya katılmadığı halde karara katılması, işlemlerdeki imza eksiklikleri, işlemlerin ortadan kaldırılmasında aynı işlemin yapılmasında izlenen şekil ve usule uyulmaması gibi nedenler, idari işlemin şekil yönünden sakat olması sonucunu doğuracaktır ve iptali gerekecektir.

Konuyu işlemek üzere örnek olarak ele aldığımız ilk Genelge incelendiğinde ilk bakışta, kimlik kartı olmayan öğrencilerin Üniversite Kampüs ve binalarına alınmayacağına ilişkin bir güvenlik tedbiri şeklinde tasarruf olduğu anlaşılmaktadır. Kimlik kartı olmayan öğrenciler için getirilen uygulama Rektörlüğün inisiyatifinde olduğundan normal karşılanabilir.

Rektörün imzasından sonra not olarak düşülen kısım ise genelgenin aslından sayılamaz. Rektörlüğün genelgesinde uygulanmak istenen, kimlik kartı bulunmamasının sonuçlarına ilişkin işlem imzalandıktan sonra, not düşülmek suretiyle genelgeye açıklık getirilmesini de aşacak şekilde, kanunun belirlemediği cezaî işlemlerin belirtilmesi, idarî işlemlerde aranan “**işlem bütünlüğü**” esasına aykırıdır. Bu aykırılık nedeniyle işlemde şekil ve hukuka uygunluk yönünden sakatlık söz konusudur, uygulama imkânı yoktur.

Nitekim İst. 6. İdare Mahkemesi söz konusu işlemdeki bütünlüğün bozulması nedeniyle işlemin şekil yönünden hukuka aykırı olduğu görüşüyle yürütmenin durdurulmasına karar vermiştir. Ancak bu karar Bölge İdare Mahkemesi tarafından kaldırılmış olup, dava derdesttir ve esasa ilişkin karar henüz verilmemiştir.

Diğer örnekte de, Valilik Genelgesinin aşılarak, genelgede bulunmayan ve en önemlisi kanunun belirlemediği, teamülde de rastlanmayan, bir hususun (taahhüt alınmasının) İlçe Milli Eğitim Müdürlüklerinin talimatlarında yer alması, işlem bütünlüğü esasına aykırıdır.

Sebep Unsuru Yönünden

İdarenin işlem ve eylemlerinin bir sebebe dayanması, bu sebebin de hukuka ve kanuna uygun bir sebep olması, yani kanunda gösterilmiş bulunması zorunludur. Genel kaide, idari işlemin sebebinin bizzat işlem içinde gösterilmesinin zorunlu olduğu şeklindedir. İdarenin, sebep unsurunu bizzat işlem içinde göstermesinin zorunlu olmadığı hallerde de, konu idari yargıya intikal ettirildiğinde idare, sebep göstermek zorundadır. İzaha gerek yoktur ki, idarenin göstereceği sebebin hukuka uygun olup olmadığının tespiti yine idari yargının yetkisindedir.

Örneğin, idarenin yıllarca devam eden ve istikrarlı hale gelmiş bir uygulamayı veya işlemi, hiç bir kanuna dayanmadan değiştirmeye kalkışması, idarenin işlem ve eylemlerinde aranan **devamlılık ve çelişkisizlik** kuralına ters düşmektedir. Üstelik çoğu kez, genelgelerde herhangi bir kanuni dayanak ve gerekçe de gösterilmemiş olması, işlemin objektif bir sebebinin bulunmadığını ortaya koymaktadır.

İdarenin disiplin soruşturmaları sonucunda vermiş olduğu disiplin cezalarında, tekerrür hükümlerinin uygulanmasında sıkça görülen bir yanlışlık da, suçun tekerrürü halinde bir üst cezanın değil, sırasıyla artan şekilde cezaların uygulandığı görülmektedir.

Örneğin, bir suçun karşılığı uyarma cezası olduğu, tekerrürü halinde Devlet memurları Kanununun 125/A-g. maddesi uyarınca bir üst ceza olan kınama cezası verilebileceği çok açık iken, tekerrür halinde aylıktan kesme cezası verilmektedir. Tabii ki İdare Mahkemeleri bu kararları memurlar lehine bozmaktadır. Zira suçun tekerrürü halinde verilecek ceza bir üst cezadır ve her defasında aynı üst ceza verilmelidir. Danıştay'ın istikrarlı içtihatları da bu şekildedir.

Konu Unsuru Yönünden

İdari işlemin konusu, bu işlemin doğuracağı hukuki sonuç ve meydana getirdiği hükümdür. İdarî işlemlerde, idarî işlemin gerekçelerinin işlem metninde belirtilmesi bir zorunluluktur. Diğer bir deyişle, idarî işlemin konusunu oluşturan sebep unsuru ve hukukî dayanağı olan kanuni düzenleme ve bu düzenlemenin getirdiği yaptırım, işlem metninde açıkça belirtilmelidir.

Bir idari işlemin sebep unsurundaki sakatlık yönünden iptal edilmesi için aşağıdaki nedenler önemli örneklerdir:

- İdari işlemin geriye yürütülmesi,
- Uyulması gereken yasa, tüzük, yönetmelik ve hukukun genel ilkelerine uyulmaması,
- Yanlış kuralın uygulanması sonucu varılması gereken sonuç yerine başka bir sonuca varılması,
- Mevzuatın izin vermemesine karşın, ilgililere ek mali yükümlülük getirilmiş olması,
- Belli sebebe ve konuya bağlandığı durumlarda bu sebep-konu ilgisine uymayan bir işlemin yapılması,
- İdarenin takdir yetkisinin kamu yararına uygun kullanılmaması, tanınan seçeneklerin dışına çıkılması.

Söz konusu genelgede bu gerekliliğe uyulmadığı gibi, örnek işlemde konu kimlik kartı veya disiplin soruşturması açılması olup, genelgede imza altına düşülen not ile ve hiç bir sebep ve dayanak gösterilmeden getirilen başörtüsü ve sakala ilişkin yasaklama ve cezalandırma işlemi ile diğer genelgedeki **taahhüt alma** işlemi, konu unsuru yönünden de hukuka aykırıdır. İkinci örnekte de konu disiplin kurallarına uyulması iken, İlçe Milli Eğitim Müdürlüklerinin konu dışına çıkarak, öğretmenlerden taahhüt almasıdır. Taahhüt etmenin böylesi bir genelgeye bağlanması, kanuna dayanmayan bir işlem olması, dolayısıyla konusundaki sakatlık nedeniyle hukuka aykırı olacaktır.

Amaç Unsuru Yönünden

İdari işlemin amacının kanunda özel olarak gösterilmediği durumlarda, genel amaç kamu yararındır. Dolayısıyla kamu görevlilerinin her türlü eylem ve işlemlerinde kamu yararını gözetme mecburiyetleri vardır. Yetkilerini, siyasi tercihlerine, kişisel inançlarına veya kendisi veya bir başkasının özel çıkarlarına uyarlayarak kullanamazlar. İdari yargı, işlemin amacını re'sen araştırmaktadır.

Milli Eğitim ile ilgili düzenlemeler söz konusu olduğunda, Anayasada ve Milli Eğitim Temel Kanununda belirlenen temel ilkeler öncelik kazanmaktadır. Anayasada tanınan temel hak ve hürriyetlere ve Milli Eğitimin temel ilkelerine aykırı düzenlemeler ve işlemler, amaç yönünden sakat işlemlerdir ve idari yargı tarafından iptal edilmeye mahkûmdurlar.

Hakkın Korunması İçin İlk İşlem

Gerek eğitim-öğretiminin engellenmesi, gerekse memur olmak sıfatıyla var olan haklarının elinden alınması ile karşılaşan ilgili, engellemeyi veya kısıtlamayı yapanın hüviyetini, varsa yaka veya sicil numarasını ve görevini, mümkünse yazılı olarak öğrenmesi ve kendisi hakkında yapılan işlemin yazılı ve tasdikli bir örneğini istemesi gerekir. Bu istek, bir dilekçe ile olabilir. Acil durum söz konusu olduğunda, dilekçenin kabul edilmemesi veya dilekçenin verileceği muhatabın bulunamaması gibi hallerde, mevcut durumun bir Noter aracılığı ile veya olay yerinde hazır bulunan birden fazla kişinin tanıklığını içeren bir **TUTANAKLA** tespit edilmesi gerekir. Tanzim edilecek bu tutanaklar veya dilekçeye verilecek cevaplar, ileride, hukuka aykırı işleme muhatap olanın, idari yargı veya genel yargıda hakkını araması sırasında her türlü hukuki ve cezai takibat için önemli bir ispat belgesi olacaktır.

MEMURİN MUHAKEMATI KANUNUNUN 5. MADDESİ UYARINCA LÜZUM-U MUHAKEME ve TCK'NA GÖRE YARGILANMA

Son günlerde, Memurin Muhakematı Hakkında Geçici Kanunun 5. maddesine dayanılarak CMUK'un 163 ve TCK'nın 526 ile 240. maddelerinden cezalandırma talebiyle lüzumu muhakeme kararları verilmektedir. Bu uygulama İstanbul Valisi Erol ÇAKIR'ın 4 Şubat 1999 günlü genelgesi-ne dayanmaktadır. Bu genelgede Vali, Kaymakamlıklar aracılığıyla İl Milli Eğitim Müdürlüklerinden üç şey istemektedir:

1. Personelin görev mahallinde (okul bahçesi dahil) Kılık Kıyafet Yönetmeliğine uymaları gerektiğinin bildirilmesi ve anılan gün emre uymayan personelin tespit edilmesi,
2. Emirlere uymayanlar hakkında, suçun temadisini önleyecek zecri tedbirlerin Kaymakamlıklarla alınması,
3. Emirlere itaatsizlik fiilinin Ceza Kanununa göre suç teşkil ettiği göz önüne alınarak Memurin Muhakematı Hakkında Kanun hükümleri uyarınca adli soruşturmanın başlatılması suretiyle “verilen emirleri kasten yapmamak” fiilinin karşılığı olarak gerekli adli, disiplin ve idari tekliflerin getirileceği soruşturma raporlarının ivedi olarak tamamlanması suretiyle Valiliğe intikal ettirilmesi...

Öncelikle tüm yaptırımlarda temel kavram olarak kullanılan ve okulun bahçesini, koridorlarını ve dersliklerini de içine alan “**kamu alanı**” veya “**kamusal alan**” şeklinde ifade edilen bir kavram hukukumuzda yoktur. Hukuk bilmez işgüzarlar tarafından konjonktüre göre uydurulmuş ve hukuk literatürüne geçirilmeye çalışılan bir kavramdır. Dayanağını, biraz da Anayasa Mahkemesi karar gerekçelerinden almaktadır. Ancak bu dayanak hukuki değildir. Kamusal alan kavramından sadece devlete ait işyerleri mi anlaşılacaktır? Yoksa halkın iradesinin tecelli ettiği yer de kamusal alan mıdır? Bu soruların cevabı, bu kavramları uyduranların zihinlerinde de belirgin değildir. İfadelerinde de çelişiktir. Belki de kamusal alan tabirinden kamunun hizmetine sunulmuş alanı veya kamuya hizmet veren yeri kastediyorlardır. Her iki halde de, kamu, “halk” anlamındadır ki, halka ait olan alan kastedilmektedir. O halde, hizmeti veren ile hizmeti alan arasında yapılacak ayırım, hukuka aykırıdır ve bölücülüktür.

Devlet Memurlarının kılık kıyafetine ilişkin belirlemeler, 16 Temmuz 1982 tarih ve 8/5105 sayılı “Kamu Kurum ve Kuruluşlarında Çalışan Personelin Kılık Kıyafetine Dair Yönetmelik”te düzenlenmiştir. Çünkü 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu, kılık kıyafete ilişkin bir belirleme getirmemektedir. Söz konusu Yönetmelik, kamu personelinin hangi kıyafet içinde görev yapabileceğini 5. maddede saymıştır. Aynı Yönetmeliğin Cezai Hükümler başlıklı 16. maddesinde, “Bu Yönetme-

liğe aykırı hareket edenlere 657 sayılı Devlet Memurları Kanununun disiplin cezalarına ilişkin hükümleri uygulanır” demektedir.

657 sayılı Kanunda da disiplin cezaları belirlenmiştir. Bu cezalar, Uyarma, Kınama, Aylıktan Kesme, Kademe İlerlemesinin Durdurulması, Devlet Memurluğundan Çıkarmadır. 657 sayılı Kanunda sayılan disiplin suçlarının bir kısmı genel hükümler kapsamına da girebilir. 657 sayılı Kanunun 125. maddesinin son cümlesi, “kanunda yazılı disiplin kovuşturmasının yapılmış olması, fiilin genel hükümler kapsamına girmesi halinde, sanık hakkında ayrıca ceza kovuşturması açılmasına engel teşkil etmez” demektedir. Örneğin, Devlet Memurluğundan Çıkarma cezasının öngörüldüğü hallerde bazı fiiller, aynı zamanda genel hükümler çerçevesinde de suç oluşturabilir. Bu suçlar da Türk Ceza Kanununda açıkça sayılmıştır. Ancak kılık kıyafete ilişkin olarak Türk Ceza Kanununda herhangi bir suç ihdası yoktur. Türk Ceza Kanununda, Devlet Memurlarının kılık kıyafet yönetmeliklerine veya genelgelerine hatta kanunlarda belirlenen hükümlere uymamaları halinde, fiillerinin karşılığı olarak gösterilen herhangi bir suç tiplemesi ve karşılığında öngörülen ceza yoktur. Dolayısıyla memurlar, disiplin suçlarından dolayı Memurun Muhakematı Kanununun 5. maddesi hükmüne bu yönden tabi tutulamazlar. Vali Çakır’ın genelgesi bu yönüyle hukuka ve kanunlara aykırıdır.

Ayrıca, Türk Ceza Kanununda belirlenen cezalar Devlet Memurları Kanununda öngörülmemiştir. Kılık kıyafet veya herhangi bir disiplin hükmüne uymayan memurun, Türk Ceza Kanununun 526. maddesinde düzenlenen “emre itaatsizlik” fiilini işlediğinden dolayı cezalandırılması talebiyle kovuşturmaya tabi tutulması hukuka ve kanuna aykırıdır. Bunun için de üç ayrı kriteri uygulamak zaruridir:

1. Türk Ceza Kanununun 2. maddesinin 2. fıkrası,

“Bir cürüm veya kabahatin işlendiği zamanın kanunu ile sonradan neşrolunan kanunun hükümleri birbirinden farklı ise, failin lehinde olan kanun tatbik ve infaz olunur”

hükmünü getirmektedir. Bu hükme göre, Türk Ceza Kanunu 1926 yılında, Devlet Memurları Kanunu 1965 yılında yapılmıştır. Dolayısıyla disiplin cezasını gerektiren bir emre itaatsizlik eyleminden dolayı, ilgili memur hakkında daha ağır ceza içeren 1926 tarihli Türk Ceza Kanunu değil, daha az ceza içeren 1965 tarihli Devlet Memurları Kanununun 125. maddesi uygulanacaktır.

2. Türk Ceza Hukuku Sisteminde, özel kanun hükümlerinin bulunduğu yerde ve olayda genel kanun hükümleri uygulanamaz. Devlet Memurları Kanununun 125. maddesinin son cümlesinde, özel kanunların disiplin suçları ve cezalarına ilişkin hükümlerinin saklı tutulmasının esprisi de budur. Dolayısıyla, Türk Ceza Kanunu genel bir düzenlemedir. Devlet Memurları Kanunu da sadece memurlara ilişkin özel bir düzenlemedir. Olayımızda Devlet Memurları Kanunu uygulanır. Şayet sadece öğretmenlere ilişkin disiplin suç ve cezalarını düzenleyen başka bir kanun bulunsaydı, Devlet Memurları Kanununun yerine, bu özel kanun hükümlerinin uygulanması gerekecekti.

3. Türk Ceza Hukuku Sisteminde, aynı fiil iki ayrı kanunda düzenlenmişse, suçun karşılığı bakımından sanığın lehine olan kanun hükmü uygulanmak zorundadır. Aksi kararlar Yargıtay veya Danıştay’ca bozulmaktadır.⁷ Suçun karşılığı olan ceza bakımından Devlet Memurları Kanunu, sanığın lehine olduğundan, lehe olan kanun uygulanması gereklidir.

⁷ Hüsamettin KIRMIZIGÜL, “Uygulama ve Teoride DİSİPLİN SUÇ VE CEZALARI VE DENETİM YOLLARI”, (İst: 1998, Kazancı Yayınları, s. 26.

HAK ARAMA YOLLARI

İdarenin hukuka aykırı işlem ve eylemlerine karşı İdare Mahkemelerinde yürütmenin durdurulması istemli dava açılabilir. Ayrıca, haksız uygulamanın dayanağı olan emri veren ve uygulayan görevlilere karşı, Türk Hukukunda düzenlenen “**Haksız Fiillerden Doğan Sorumluluk ve Tazminat**” hükümleri uyarınca maddi ve manevi tazminat davaları açılabilir.

Kanuna aykırı uygulama emrini veren ve uygulayanlara karşı, eğer emir, eğitim ve öğretimi engellemiş ise, Türk Ceza Kanununun 188/6. maddesi uyarınca Cumhuriyet Savcılığına şikâyette bulunulabilir. Yine Türk Ceza Kanununun 228. maddesi uyarınca da şikâyette bulunulabilir.

TCK'nın 188/6. maddesi,

“Gayrimeşru olarak her türlü eğitim ve öğretim kurumlarına veya öğrencilerin toplu olarak oturdukları yurt veya benzeri yerlere veya eklentilerine girilmesine veya orada kalınmasına kişiler veya eşya üzerinde zor kullanarak veya başkalarını tehdit ederek engel olanlara iki yıldan dört yıla kadar hapis cezası”

öngörmektedir.

TCK'nın 228. maddesinin:

“Devlet memurlarından her kim, bir şahıs veya memur hakkında memuriyetine ait vazifeyi suiistimal ile kanun ve nizamın tayin ettiği ahvalden başka suretle keyfi bir muamele yapar veya yapılmasını emreder veya ettirirse altı aydan üç seneye kadar hapis cezasıyla cezalandırılır. Bu muamelede hususi maksat veya siyasî saik veya sebep mevcut ise cezası üçte birden yarıya kadar arttırılır. Memuriyetin icrasında lüzumsuz yere sert muamelelerle bir şahsın kanun hükmüne veya hükümetin emirlerine itaat etmemesine sebep olan memur dahi aynı ceza ile cezalandırılır.”

hükmüne göre de, memurlara kanunsuz emir uygulamak veya uygulatmak suretiyle keyfi muamele yapanlar hakkında da Cumhuriyet Savcılığına suç duyurusunda bulunulabilir.

SORUŞTURMA YETKİSİ VE GÖREV

Amirlerinin kanunsuz emrini uygulayanlar Türk Ceza Kanununun yukarıdaki ilgili maddeleri uyarınca cezalandırılırlar. Gerek kanunsuz emri verenler, gerekse konusu suç teşkil eden kanunsuz emri uygulayanlar hakkında soruşturma yapma görev ve yetkisi Cumhuriyet Savcılarınınındır. Kanunsuz emir ve uygulamalara maruz kalanlar Cumhuriyet Savcılıklarına müracaatla ilgilinin cezalandırılmasını talep edebilirler.

TCK'nun 188 ve 228. Maddeleri takibi şikâyete bağlı suçlardan değildir. Diğer bir deyişle bu maddelerde belirlenen ve suç oluşturan eylemler, Cumhuriyet Savcılıklarına yapılacak ihbar ile kamu davası açılmasını gerektiren suçlardır. İlgili hakkında İdari Soruşturma yapılacağı gibi, idari soruşturmadan bağımsız olarak Cumhuriyet Savcılığı da kendiliğinden kovuşturma yapar. Görevini yapmayan Cumhuriyet Savcılarında karşı şikâyet hakkı da her zaman mevcuttur. Ayrıca yukarıda ifade edildiği gibi, ilgililer hakkında her türlü maddi ve manevi tazminat talep etme hakkı da saklıdır.

HUKUK VE TOPLUM

Türkiye’de insanlar ekonomiyle ve siyasetle, güzel sanatlarla, tarihle, sosyolojiyle, toplum bilimi ve buna benzer disiplinlerle oldukça yakından ilgilidirler. Hatta bu ilgileri çoğu zaman hayati ihtiyaçlarından bile önde gelebilmektedir. Fakat Türkiye’de insanların en az ilgilendikleri alan hukuktur

Türkiye’de hukuktan ve hukuk sisteminden, hukukun uygulanışından rahatsız olmayan, şikâyet etmeyen yok gibidir. Sızlanmak sanki öne çıkan yegâne görüntümüz olmuştur. İş adamlarımız hukuktan şikâyet eder fakat kendi aralarında meydana gelen uyuşmazlıkların çözümünde özel hukuk ilişkilerini geliştirmezler, kendilerini birbirlerine hasım yapacak genel mahkeme yollarını ararlar da, sulh ve kardeşliğin devamını sağlayacak TAHKİM yolunu akıllarına getirmezler. Getirdiklerinde de yarım saatlik bir seansta binlerce dolarlık ihtilafın çözümlenmesini isterler.

Siyasilerimiz, hukukla, ancak başları derde girdiklerinde ilgilenirler de, koca koca partiler bir HUKUK BÜROSU oluşturmazlar. Genç hukukçularını daha mezun olmadan siyasete soyundururlar da, gerçek anlamda hukukçuluğa yönlendirmezler.

Hukukçularımızın bir kısmı imkânsızlıklarından ötürü hukuku ekmek kapısı olarak görürler. Bir kısmı da içinde buldukları rahat ortamdan veya iş yoğunluğundan dolayı içinden yetişip geldiği ve kendisinden beklentileri olan insanlara hukuk adına bir küçük mevzuat olsun ulaştırmazlar.

Hukuk Formasyonu

Çok net ve kısa bir ifadeyle hukuk formasyonu, hak ve hukuk kavramlarının gerek teori- de, gerekse pratikte çağrıştırdığı anlamlarını kavrayabilen, gerektiğinde değil, istikbale yönelik olarak hak ve hukuk alanında yaratıcı ve düzenleyici bilgi ve sonuçları ortaya koymaya yatkın beceridir.

Çok kısa olarak ifade ettiğimiz tariften de anlaşılacağı gibi, hukuk formasyonu bir Allah vergisi değildir. Kesbîdir, kazanılabilir ve geliştirilebilir bir çabadır. İki alt dayanağı vardır: Bilgi ve cehd. Bilgi kazanılır, cehd, yani gayret veya yönelme irade edilir, istenir. Her ikisi bir araya geldiğinde hukuk formasyonunu kazanılır.

Bilgiden kastımız, hukuk bilgisi ve hukuk felsefesinin öğrenilmesidir. Bu da hukuk fakültelerinde öğrenilebilir. Tabii ki burada öğrenilecek olan hem tabii/ilahi hukuk, hem de pozitif hukuktur. Yürürlükteki hukuk da pozitif hukukun bu günü belirleyen kurallarıdır. Hukuk bilgisi tüm bunları kapsamalıdır. Öğrenilmesi çok kolaydır. Çünkü tüm hukuk sistemleri tabii/ilahi hukuka yönelik yapılmaktadır. En azından bu amaçla yapıldığı var sayılmaktadır. Aykırı ve kasıtlı düzenlemeler, işi karmaşık hale getirirse de hukukun felsefi yanına, diğer bir anlatımla hukukun amacı ve kaynakları konusuna vakıf olduğunda hukukun öğrenilmesi gerçekten kolaydır.

Hukuk formasyonunun diğer kaynağının cehd yani gayret ve yönelme olduğunu söyledik. Bu da hukukçuda, insanî ve toplumsal vasıfların öne çıkması şeklinde olacaktır. Herkesin kendine yakışanı yapması anlamında, hukukçunun da hukukçuluğunu ortaya koyması, özelde kendisinin genelde de toplumun hukuki meselelerine sahip çıkması ve çözümler üretmesidir. Bir diğer ifade ile **Hukuk Siyaseti** oluşturmasıdır.

Yakın tarihi bilmek, değerlendirmek ve yararlanmak bir siyasettir. Her düşünce tarzının ve disiplininin uygulamaya dönüştürülmesi çabası da bir siyasettir. O halde bu anlamıyla siyaset, sadece çirkin politika olmaktan çıkarılmış, bir strateji ilmi haline dönüşmüştür. Tabii ki bu strateji ilminin hukuk alanında da gerçekçi yansımaları hukuk siyasetini oluşturacaktır.

İşte hukuk formasyonu dediğimiz, bireyin ve toplumun ihtiyaçlarını tespit ve bunların temini maksadıyla ve her düşünce disiplininin yararlanan bir siyaset ile; toplumun geleceğini oluşturacak hukuk kurallarının ortaya çıkarılması, benimsetilmesi ve uygulamaya konulması çabası ve bu çabanın oluşturduğu kimliktir.

Hukuk Formasyonu Herkese Gerekli mi?

Yukarıda belirlemeye çalıştığımız şekliyle hukuk formasyonu öncelikle hukukçulara gereklidir. Ancak herkesin kendisine lazım olacak kadar hukuk formasyonuna sahip olması gerekir. Hak'ın tarifi, kişinin kendi hukukuna malikiyettir. Kendi hak ve hukukunu bilmeyen kişinin, buna malik olmasının mümkün olamayacağı aşikârdır.

O halde kendi hukukuna sahip olacak kadar hukuku bilmek, kişinin kendi çapında hukuk formasyonuna sahip olması demektir.

Meslek adamı formasyonu olarak ifade edeceğimiz meslekî kuruluşların yöneticilerinin işlevi de, hukuk formasyonuna sahip olması gereken hukukçuların işlevi gibi olmalıdır. Ürettiğimizi önce kendimiz beğeneceğiz, sonra da görücüye çıkaracağız. Her anlamlı çabanın anlamlı muhatabı ve alıcısı bulunur.

Memur sendikalarının bir kolu olan öğretmen sendikalarının da hukuk formasyonu konusunda daha fazla düşünmeleri, çalışmaları ve kendi üyelerinin haklarını arama konusunda daha anlamlı neticelere imza atmaları beklenir. Bu beklentiye; gelecek kuşakları sadece bireysel değil, toplumsal amaca yönlendiren, örgütlenme bilincini veren güzide eğitimcilerimizin varlığı sebebiyle ulaşmaktayız.

SONUÇ

Hak arama, öncelikle insan için bir erdemdir. Hak arama erdeminin farkında olmayanlar için bu bir anlam taşımasa da, kendi şahsında tadacağı hukuka aykırı işlem ve eylemlerden dolayı geç kalmış olacaklardır.

Hak arama aynı zamanda her vatandaşın anayasal ve kanuni hakkıdır. Kişilerin anayasal ve kanuni haklarını kullanmaları sadece hakları değil aynı zamanda ve daha etkin olarak görevleridir. Bu görev hiç bir şekilde ertelenemez, devredilemez. İnsanlık onuru kişilerin temel hak ve ödevlerini ertelemelerini veya devretmelerini reddeder.

Türkiye'nin gündemini uzun yıllardır işgal eden her türlü yasaklamalar, insanlık onurunun tezahürü açısından bir turnusol görevi görmektedir. Bu görevde her türlü ulusal ve uluslararası hukuki düzenleme ve anlaşmalardan doğan hakların kullanılması, öncelikle bu hakların nelerden ibaret olduğunun bilinmesinden geçmektedir. Netice alınamayacağı kuşkusuyla hakkın talep edilmesinden vazgeçmek; insanların öncelikle kendilerine duymaları gereken saygının, sonra da insanlığa duyması gerekli saygının, üçüncü olarak da sadece insan olma şerefinin gerektirdiği görevlerin unutulmasına yol açacaktır.

Ülkemizde, gerek genel eğitim seviyesinin düşük olması, gerekse insanlarımızın gelecek kaygısı ile eğitime yeteri kadar önem verememeleri, insanların en temel hak ve özgürlükleri ile içinde yaşadıkları topluma karşı görevleri konusunda yeterli donanımı sağlayamamalarına yol açmıştır. İnsanımızın, devletin soğuk yüzünü her ilişkide hissetmesi ve her başvurusunda olumsuz karşılanması, bir dilekçe dahi yazamayan aydınların varlığı sonucunu doğurmuştur.

Hakkın kısa ve öz tarifi, **kişinin kendi hukukuna malikiyettir**. Hukuka, her alanda sahip olunmalı ve hukuk her haliyle kullanılmalıdır. Her şeyde bir hikmet aramak yerine, hikmete ulaşmak ve onu yakalamak asıl olmalıdır. Hikmet, sadece havassa has değildir. Aksi halde toptan teb'a hükmüne konulabiliriz. Teb'ayı gütmek kolay, vatandaş gütmek zordur. Birtakım sıkıntılara katlanmak, bilinçli olduğu takdirde siyaset, bilinçsiz olduğu takdirde ise köleliktir. Hakkına kavuşmak için talepte bulunmayanlar kadar hakkına kavuşmak için sadece başkalarını kullananların, hakları kullanmaya ehliyetleri ve imkânları da olmayacaktır.

Hukukun üstünlüğünün en iyi şekilde anlaşılacağı ve değerlendirileceği öğretim ortamına ve bu ortamın güzide eğitimcilerine şükranlarımı sunarım.

Av. Muharrem BALCI

KAYNAKÇA

1. Danıştay Dergisi, Yıl 19.(1989), Sayı: 72-73. Danıştay 8. Dairesinin E.1986/402, K.1988/192 sayılı kararı.
2. Hüsamettin KIRMIZIGÜL, “*Uygulama ve Teoride DİSİPLİN SUÇ VE CEZALARI VE DENETİM YOLLARI*”, (İst: 1998, Kazancı Yayınları.
3. Mustafa ŞENTOP, “*Üniversitelerde Başörtüsü Sorununun Hukuki Çerçevesi*”, Hukuk Dünyası Dergisi, (İstanbul, Kasım 1997).
4. Nur SERTEL, “*Türban Siyasal Bir Simge Haline Gelmiştir*”, Atatürk Öğrencileri Dergisi, İstanbul: 1998, Sayı.1.
5. Selami DEMİRKOL – Zühal BERKET, “*Teori ve Pratikte İDARİ YARGIDA DAVA AÇMA ve DAVALARIN TAKİP USULÜ*”, (Ankara: 1998).
6. Sulhi DÖNMEZER – Sahir ERMAN, “*Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku*”, Cilt.1 (İst: Filiz Kitabevi, 1985)