

## MEMUR YARGILAMASINDA İDARİ SÜREÇ

### ADMINISTRATIVE TRIAL PROCESS REGARDING PUBLIC OFFICERS

**Yrd. Doç. Dr. Ali AKYILDIZ\***

#### ÖZET

Türk Hukukunda memur yargılaması konusu daima önemli bir yer işgal etmiştir. Memurun “Muhakemat-ı Hakkında Kanun-u Muvakkat”ın 1913 yılında kabulüne kadar, memurlar hakkında hem ceza soruşturması hem de yargılaması idari bir süreçte gerçekleşirken; sonrasında, soruşturma kısmı idari niteliğini korumuş, fakat yargılama kısmı adliye mahkemelerine bırakılmıştır. Aralık 1999’da kabul edilen 4483 sayılı “Memurlar ve Diğer Kamu Görevlilerinin Yargılanması Hakkında Kanun” ile, soruşturma kısmı da adli makamlara bırakıldı. Şu kadar ki, soruşturmaya izin verip vermeme konusundaki yetki idarede kaldı. Zaten, “Memurlar ve diğer kamu görevlileri hakkında...ceza kovuşturması açılması, kanunla belirlenen istisnalar dışında, kanunla belirlenen idari merciin iznine bağlıdır” diyen Anayasanın 129. Maddesi dururken, zorunlu bir çözümdü.

Eski düzenlemenin aksayan yönlerini gidermeyi amaçlayan yeni kanunun, olumlu yanlarına karşılık; bir istisnai düzenleme olmasına rağmen hala çok geniş bir kesimi kapsamaması, soruşturma izni verecek yetkili makama ilişkin boşlukları bulunması ve tamamen vesayet denetimi mantığına dayanması gibi bazı olumsuzlukları da bulunmaktadır. Aksaklıklarının giderilmesi, yasanın amacına ulaşmasında önemli katkı sağlayacaktır.

#### ABSTRACT

In Turkish law the administrative trial process regarding public officers has always been a central issue. Until the adoption of related Act in 1913 entitled “Provisionary Act Regarding the Trial of Officers” the trial process was mainly of an administrative nature both in regards penal inquiry and penal judgment stages. After the adoption of the Act, penal inquiry and penal judgment stage has been delegated to civil courts. After by another Act, dated December 4 1999 no: 4483 entitled “Act Governing the Trial Process in Regards Officials and Another Civil Servants”, the inquiry stage has also been delegated to civil courts reserving merely the option for the administration to decide upon whether inquiry was to be permitted or not!

---

\* Kırıkkale Üniversitesi Hukuk Fakültesi Öğretim Üyesi

This reservation is also in parallel with the Constitutionary provision allowing the administration to use its power in regards the trial of the public officers to allow it or not!

This latter Act covering the misguidances of the first regulation despite its better-oriented provisions has still some deficiencies. For instance it covers a large range of public despite of its exceptionality and for some officials, the administrative institution to decide for the process to be taken or not is still ambiguous and it depends upon traditional administrative concept(tutelage) of governance.

**Key words:** Civil Servants Officer, Official, Pre-Inquiry, Investigation Permit, Trial Regarding Official

## MEMUR YARGILAMASINDA İDARİ SÜREÇ

### I- GİRİŞ

“Memur” kavramı gibi “Memur Yargılaması” konusu da hem ceza, hem de idare hukukunun ortak konularından biridir ve bu iki hukuk dalının kesiştiği sayıları hiç de az olmayan kavşaklar arasından yer alır. Ancak, idare hukukundaki nispeten daha az sorunlu karakterine rağmen, konunun temelini teşkil eden memur kavramı, Ceza Hukuku dalında çok karmaşık bir görünüme sahiptir. Öyle ki, sırf bu konu üzerinde doktora seviyesinde bilimsel çalışmalar yapılmış<sup>1</sup>, Yasama organınca 1924 Anayasasının yürürlüğü döneminde bu konuda bir tefsir (yorum) kararı da verilmek zorunda kalmıştır<sup>2</sup>. Yargı organlarının da bu kavram üzerinde oldukça kafa yormak zorunda kaldıklarını görüyoruz<sup>3</sup>. Aşağıda, daha yakından bakacağımız bu konuların “çetin cevizler” olduğuna burada böylece bir

<sup>1</sup> **ŞEKERCİOĞLU METİN:** *Ceza Hukukumuzda Memur Kavramı*, Cezaevi Matbaası, İstanbul 1974, s.1v.d.

<sup>2</sup> Bilindiği üzere 1924 Anayasası'nın 26'ncı maddesinde “kanunları yorumlamak” da yasama faaliyetleri arasında sayılmıştı. İşte TBMM 08.08.1941 yılında 1255 Sayılı olarak verdiği bir yorum (tefsir) kararıyla, “ceza tatbikatında memur sayılacaklarını” belirtmiştir. Ancak bu karar, memur kavramına bir açıklık getirmemekte, sadece, yürürlükte bulunan “Memurin Muhakematı Hakkında Kanun-u Muvakkat” hükümleri ile Ceza Hukuku (TCK., md.279 anlamında) arasında ortak bir ölçüt oluşturmuş bulunmaktaydı.

<sup>3</sup> Ceza Hukukunda memur kavramı (TCK., md.279) hakkında oluşan tereddütleri ve yargı kararları arasındaki çelişkileri, söz konusu 1255 Sayılı yorum kararı da göz önünde tutularak gidermek üzere, Yargıtay, biri “İçtihadı Birleştirme” kararı olmak üzere, çok sayıda karar vermiştir. KİT çalışanlarının Devlet Memuru sayılamayacağına ilişkin İçtihadı Birleştirme Umumi Heyeti Kararı 28.03.1945 tarih ve 1945/1 Esas, 1945/6 Karar sayılıdır. Karar metni için bk. **ŞENER ESAT:** *Tüm Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararları*, Hukuk-Ceza, Seçkin Yayınevi, Ankara 1987, sh.994-996.

gönderme yaptıktan sonra, aslında Ceza Hukuku ve İdare Hukukunun memuru çok farklı şekilde algıladıklarını da şimdiden belirtelim.

Memuriyet kavramı, günümüz Türk Ceza Hukukunda, bazen suçun bir unsuru, bazen ağırlaştırıcı nedeni, bazen de suç failinin asli vasfı olarak maddi ceza hukuku; çoğu zaman da kovuşturma usûlünün belirleyicisi olarak da şekli ceza hukuku açısından halâ büyük bir öneme sahiptir. Geçmişte de memuriyet, Ceza Hukukunu maddi ve şekli yönleriyle en az günümüzdeki kadar ilgilendirmiştir. Özellikle şekli Ceza Hukuku (Ceza Usul Hukuku) bakımından Türk hukuk tarihinde memurların yargılanmasını Tanzimat öncesi, Tanzimat sonrası ve Memurin Muhakemat-ı Hakkında Kanun-u Muvakkat dönemlerine ayırmak mümkündür<sup>4, 4a</sup>.

### 1- Tanzimat Öncesi Dönem

Tanzimat öncesi dönemde, maddi-şekli Ceza Hukuku ayrımının bugünkü anlamda oluşmadığı bilinmekle birlikte, Ceza Hukukunun olduğu yerde usûl hukukunun da kendiliğinden varolacağı gerçeği karşısında, bu dönemlerde de konumuzla ilgili olarak, memur yargılama usûlüne ilişkin bazı kuralların var olduğu kolayca tahmin edilebilir<sup>5</sup>. Esasen, dini hukukun geçerli olduğu Osmanlı Devletinde, Ceza Hukuku sahasında yöneticilere tanınan “ta’zir yetkisi” çerçevesinde padişahlar tarafından zaman zaman kanunnameler yürürlüğe konulmuştur. En ünlüleri Fatih, Yavuz ve Kanun-i Sultan Süleyman Kanunnameleridir ki, buralarda da memur suçlarını ilgilendiren hükümler mevcuttur<sup>6</sup>. Bu cezaların bazen çok şiddetli oldukları

<sup>4</sup> **MUMCU UĞUR:** “Türk Hukukunda Memurların Yargılanması”, AÜHFD, C.XXVIII, S.1-4, sh.141; Memur Yargılaması Tarihine ilişkin diğer bazı kaynaklar şöylece sıralanabilir: **TOSUN ÖZTEKİN:** “Memur Suçlarında Özel Muhakeme Kuralları”,(1)(2), Yargıtay Dergisi, C.9,S.4,s.458-469 ve C.10,S.1,s.9-32; **ADAL HASAN ŞÜKRÜ:** *Modern Devlete Memur*,Ankara 1939; **BİLGİCİ BEDRİYE:** “Avrupa Birliği ile Uyum Sürecinde Memur Yargılanması ve Birliğe Üye Bazı Ülkelerdeki Memur Yargılanmasının Tarihsel Gelişimi”, Mali Kılavuz, Y.3,S.9,Yaz 2000,sh.42-51; **KAÇAR HAMZA:** “Memur Yargılama Hukukunun Tarihçesi ve Gerekliliği”, Yaklaşım Dergisi, Y.8,S.87, Mart 2000, sh.105-112; **KEYMAN SELAHATTİN:** “Memurin Muhakematı Kanunu”,AHFD,C.XIX,1962,S.1-4,s.173-200; **ÖZEK,Çetin:** “Türk Hukukunda Memurların Muhakemesi”, İHFM,C.XXVI,1961,S.1-4,s.34-83; **ORHUN HAYRİ:** *Türkiye’de Devlet Memurlarının Hukuki Rejimi*, Ankara 1946; **ERDOĞDU AHMET:** “Danıştay’ın Memurların Yargılanması ile İlgili Görevleri”,Yüzyıl Boyunca Danıştay, 1868-1968, Türk Tarih Kurumu Basımevi, Ankara-1968, s.869-935.

<sup>4 a</sup> 4483 Sayılı yasanın geçici birinci maddesine göre, bu kanunun yürürlüğe girmesinden önce başlatılan işlemler, MMHK’a göre yürütülecektir. Burada belirleyici unsur, bu kanunun yürürlüğünden önce “Soruşturma Onayı”nın yetkili makamca verilmiş olmasıdır. İnceleme onayı verilmiş de, henüz soruşturma onayı verilmemişse, konu yeni yasaya göre çözülecektir.

<sup>5</sup> **ERDOĞDU**, sh.872.

bilinmektedir<sup>7</sup>. Kanunnamelerden, 1846 yılında kadar 326 yıl yürürlükte kalan Kanun-i Sultan Süleyman'a ait olanı özellikle mühimdir. Bu kanunnameye vurgulanan "eşitlik" ilkesi hukuk devleti açısından bilhassa önemlidir<sup>8</sup>. Söz konusu kanunname yürürlükte bırakılmış olmakla birlikte, III. Selim ve II. Mahmut devirlerinde de günün gereklerine uygun bazı ek düzenlemeler yapılmış, fermanlar çıkartılmıştır<sup>9</sup>.

## 2- Tanzimat Sonrası Dönem

Memur yargılaması konusunda asıl belirgin ve derli-toplu düzenlemeler Tanzimat sonrasında gerçekleştirilmiştir. Gerçekten de, Osmanlı İmparatorluğu batılılaşma idealine tam ve geri dönülmez şekilde Tanzimat'la birlikte yönelince, batının hukukunu ve hukuk anlayışını da peyderpey almıştır. Burada hukuk anlayışı üzerinde özellikle durmak gerekir; çünkü her hukuksal düzenleme, belli bir anlayışın ürünüdür. Sözgelimi, devlet anlayışındaki gelişmeler, devletin hukukunu derinden etkilemiştir. Bizde Tanzimat, Fransa'da devlet anlayışının temelden değiştiği 1789 Fransız İhtilalinin altmış yıl sonrasına rastlıyordu. Gerçi, batıdaki düşünsel hareketler Tanzimat öncesi bu altmış yıllık dönemde de elbette ki Osmanlı Devleti'ni etkilemişti. Özellikle, İhtilâlin olduğu yıl (1789) tahta geçen III.Selim döneminden itibaren-başta ordu teşkilâtı olmak üzere-batı örneğine uygun düzenlemeler yapılmaya çalışılıyordu. Ancak bunlar, işin ruhuna temas etmeyen, biçimsel düzenlemeler olmaktan öteye gidemiyordu. İhtilâle yol açan düşünsel etkilerin Osmanlı Devleti ve toplumuna asıl doğrudan ve deruni etkileri, Tanzimat sonrası dönemde gerçekleşmiş ve artarak devam etmiştir.

Bir defa, insan hakları kavramı ve bu bağlamda, konumuzla ilgili olarak, memurların da birer insan olmaları sebebiyle, memur hakları anlayışının bu dönemde modern hukuk sistematığının temellerine uygun olarak oluşmaya başladığını görüyoruz. Devletin, tamamen kölelerden ve devşirmelerden beslenen üst yönetim kadrosu görev süresi sonunda "genel müsadere" ve "siyaseten katl" gibi ağır yaptırımlarla genellikle karşılaşabiliyordu. Hatta, "genel müsadere" yaptırımına karşı, vezirlerin ve paşaların bir sigorta işlevi yükledikleri "aile vakfı" uygulamasının Osmanlı vakıf ve toprak düzenini nasıl bozduğu, üzerinde büyük araştırmalar

<sup>6</sup> **AKGÜNDÜZ AHMET-CİN HALİL:** *Türk Hukuk Tarihi*, C.I, Konya 1989, sh.283-284.

<sup>7</sup> **KIRMIZIGÜL HÜSAMETTİN:** *Uygulamada ve Teoride Memurlar Hakkında Tahkikat ve Muhakeme Usûlü*, 2.B., Kazancı Yayınları, İstanbul 1995, sh.18.

<sup>8</sup> **ERDOĞDU,** sh.873.

<sup>9</sup> **KIRMIZIGÜL,** sh.19-20; Tanzimat öncesi dönemde memurların yargılanması usulü hakkında genel olarak yukarıda dn. 4'te belirtilen kaynaklara bakılabilir.

yapılmış ilginç bir konudur<sup>10</sup>. Biz bu konulara girmeyeceğiz, ancak, batıdaki devlet anlayışı ve insan hakları konusundaki gelişmelerin, memurların bu ağır yaptırımlara çarptırılmasına son verildiğini söyleyebiliriz. Gerçekten de, II. Mahmut'un, memurların yargılanmasına ilişkin kanunnamesinde, memurların padişah emri ile öldürülmesi anlamına gelen "Siyaseten Katl"<sup>11</sup> yasaklanmış, o devir şartlarında memurlar için oldukça önemli bir güvence sağlanmıştır<sup>12</sup>. Bu dönemde kurulan Meclis-i Vala-yı Ahkam-ı Adliye, memurların yargılanması işiyle de görevlendirilmiştir<sup>13</sup>.

Esasen, dünyadaki memur anlayışında da gözle görülür bir değişim vardır. Önceleri "Ekselanslarının hizmetkarlığı" sayılan memuriyet, artık yavaş yavaş düzenli bürokratik kadrolar içerisinde profesyonel kadrolarca yürütülen bir meslek halini almaya başlamıştı. Artık, alınıp-satılabilen, babadan oğla miras yoluyla intikal edebilen memuriyet anlayışı, Osmanlı devletinde de batılılaşma süreci içerisinde belli bir disipline doğru yönelmek durumundaydı. Çünkü, Osmanlı ülkesinde ticaret yapacak olan batılı tüccar açısından, kuralları belirli ve mümkün mertebe kendi alışık olduğu sistemle benzeşen bir ülke, büyük önem taşıyordu.

Bütün bu siyasal, ekonomik ve sosyolojik gelişmelerin memur hukukuna ve bu hukukun konumuzla ilgili yargı usûlü bölümüne yansımaları da etkili ve sürekli oldu.

### A-Memur Suçlarına İlişkin Çeşitli Düzenlemeler

Bu dönemde, konumuza ilişkin olarak, çeşitli Ceza Kanunları, tüzükler - ki bunlar da günümüzün normlar hiyerarşisi anlayışında kanuna denk düşmektedirler - ve çeşitli fermanlar yayınlanmıştır. Tanzimat Fermanı'nın vurguladığı en önemli kavram olan "kanun önünde eşitlik" anlayışını Ceza Hukuku sahasında gerçekleştirmek için 1840 (1256) tarihli **Ceza Kanunu** yayımlanmış olup, bu kanunda, başta rüşvet olmak üzere, memurların görevlerini kötüye kullanmalarını önlemeye yönelik hükümlere yer verilmişti<sup>14</sup>. Daha sonra, 1851 (1267) ve 1858 (1274) tarihli kanunlar yürürlüğe konulmuş, bu sonuncusu, 765 Sayılı şimdiki Ceza Kanunumuz yürürlüğe girinceye kadar uygulanmıştır

<sup>10</sup> **CİN, HALİL:** *Osmanlı Toprak Düzeni ve Bu Düzenin Bozulması*, Kültür Bakanlığı Yayını, Ankara 1978, sh.38 vd.

<sup>11</sup> **MUMCU, AHMET:** *Osmanlı Devletinde Siyaseten Katl*, Ankara 1963, Ajans-Türk Matbaası, sh.173-174.

<sup>12</sup> "Bu kanunnamenin çıkışından sonra da, "Siyaseten Katl" uygulamasının zaman zaman gerçekleştirildiği anlaşılıyor. Demek ki, yüzyılların alışkanlığından bir anda vazgeçilemiyor olmalı". **MUMCU, agm.**, sh.142.

<sup>13</sup> 1839 yılında kurulan bu meclisin memurlarla ilgili görevleri için bkz. **ORHUN**, sh.124 vd.; **KAYNAR, REŞAT:** *Mustafa Reşit Paşa ve Tanzimat*, 3.B., Ankara 1991, sh.218.

<sup>14</sup> **GÖKÇEN AHMET:** *Tanzimat Dönemi Osmanlı Ceza Kanunları*, İstanbul 1989, sh.12 vd.

## B-İrtikabın Önlenmesi Yasası (1855) ve Getirdiği Sistem

Memurlarla ilgili olarak, 1855 (1271) tarihinde yürürlüğe konan İrtikabın Önlenmesi (Men-i İrtikaba Dair Cezaname Layihası ) yasası oldukça önemlidir. Çünkü bu kanunda, Memurların yargılanmasına ilişkin ayrıntılı hükümler yer almakta, düzenli ilkeler getirilmektedir<sup>15</sup>. Kanunun 27-31'nci maddeleri, memurların yargılanma usûlünü düzenliyordu. Buna göre, memurlar, Merkez Memurları, taşradaki yüksek memurlar ve taşradaki küçük memurlar şeklinde üç gruba ayrılarak; ilk iki grubun yargılanma usûlü birlikte kurallara bağlanıyor, taşradaki küçük memurlar içinse ayrı bir yargılama usûlü belirleniyordu. Ayrıca, getirilen usûl kurallarının, memurların bütün suçları için değil, söz konusu kanunda yer alan suçları için uygulanacağı anlaşılıyordu. Getirilen sistem, özetle şöyleydi:

### a-Yargılamayı Yapacak Olanlar

**(aa)-** Memurların cezalandırılabilirmeleri, yapılacak yargılama sonucunda suçlarının sabit olması ve bunun padişaha arzı sonucunda, padişahın izin vermesiyle (irade istihsaliyle) mümkün olabilecekti.

**(bb)-** Yönetim merkezinde (İstanbul) bulunan memurlar ve suç ortakları ile, taşradaki memurların yüksek rütbelileri (Vali,Kaymakam, Defterdar, Malmüdürü) ve Meclis-i Kebire (İdare Kurulu) üyelerinin yargılanmaları ancak İstanbul'da Meclis-i Vala-yı Ahkam-ı Adliye'de yapılabilecektir.

**(cc)-** Taşradaki küçük memurlar ve suç ortaklarının yargılanmaları ise, eyalet merkezlerinde bulunan Meclis-i Kebire de yapılacaktır. Ancak, bu meclislerin verdikleri kararlar Meclis-i Vala tarafından re'sen incelenecek, onanırsa padişaha arz edilecek, onanmazsa (yeterli görülmezse), zanlıyı getirterek bizzat yargılayacaktır<sup>16</sup>.

**(dd)-** Bakanlar Kurulu üyelerinin (Meclisi Vükela) yargılanması da, Padişahın ön iznini takiben Meclis-i Ali-yi Tanzimat'a (Vezaif-i Mürettebeye Dair Nizamname, md.16) ait olup, verilen hüküm, Bakanlar Kurulunca yeniden (ikinci dereceden) incelendikten ve onaylandıktan sonra, Padişah izniyle ancak uygulanabilecektir<sup>17</sup>.

### b-Soruşturmaya Yetkili Olanlar

Merkez memurları ve üst düzey taşra memurları hakkında kimlerin soruşturma başlatacağı bu düzenlemelerden anlaşılmaktadır. Taşradaki diğer

<sup>1</sup> 5 ERDOĞDU, sh.875.

<sup>1</sup> 6 ORHUN, sh.126.

<sup>1</sup> 7 ÖZEK ÇETİN: "Türk Hukukunda Memurların Muhakemesi", İÜHFİM, C.XXVI, S.1-4, sh.38.

memurlar hakkında ise; Valiler ve Mutasarrıflar soruşturma yapmaya yetkilidirler. Diğer mülki amirlerin (Mülhak Sancak Kaymakamları ve Kaza Müdürleri) ise, soruşturma yapma yetkileri mevcut olmayıp, görevleri bir suç ihbarı halinde, durumu Vali veya Mutasarrıfa bildirmekten ibarettir<sup>18</sup>.

### **C-Memurin Muhakematı Nizamnamesi**

Tanzimat'tan sonra Memurun yargılanması konusunda en önemli ve son adım, 1872 (1288) tarihli "Memurin Muhakematına Dair Nizamname" dir. Önemlidir: Çünkü, hem derli toplu bir hukuk metnidir, hem de yürürlüğe girdiği tarihe göre oldukça ileri bir hukuk anlayışını yansıtır<sup>19</sup>. Son adımdır: Çünkü, bu konuda, Osmanlı'nın yıkılış arifesine kadar başka bir hukuk metni yürürlüğe konulmamış; 1913 yılı başında kabul edilen "Memurin Muhakematı Hakkında Kanun-u Muvakkat" da, zaten 1999 yılı sonuna kadar Cumhuriyet idaresinde de yürürlükte kalmıştır.

Getirilen düzenlemede, memurların yargılanması baştan sona kadar adliyenin dışında, idari kurullar eliyle yürütülüyordu. Soruşturmayı ve yargılamayı yapan idare, Verdiği cezanın infazını (uygulamasını) da gerçekleştiriyordu. Gerçi, yargılama işini kurullar üstlenmekteydi. Ama bu kurullar idari nitelikteydi ve üyeleri aynı zamanda faal idare içersinde yer almaktaydı. Bugünkü hukuk telakkilerimize-özellikle yargı bağımsızlığı açısından-asla uymayan bu düzenleme, kendi zamanı bakımından oldukça ileri bir anlayışı temsil ediyordu. Bu ilk ve en önemli adımı, "Memurin Muhakematı Hakkında Kanun-u Muvakkat" takip edecek; getirilecek yeni sistemle, dava öncesi soruşturma (tahkikat-ı iptidaiye) idare tarafından yürütülecek, ama yargılama, adli mahkemeler tarafından yapılacaktır. Sonuncu aşama olan 4483 Sayılı "Memurlar ve Diğer Kamu Görevlilerinin Yargılanması Hakkında" yasada ise, idari aşamanın, adli aşamanın tamamen dışına çıkartılmasına çalışılacak, ama yine de bir ön inceleme aşaması idari mercilerde bırakılacaktır. Trendin tarihsel gelişimi izlenecek olursa, son aşamanın ceza yargısında yargı birliği olacağı tahmin edilebilir.

*1872 tarihli sisteme göre, memurlar derece ve sıfatlarına göre bir ayrıma tabi tutulduktan sonra, görev yaptıkları yere de bağlı olarak, soruşturmayı yapacak merci ve yargılamayı yapacak kurullar belirlenmekte; cezanın özel ağırlığı bulunması halinde de, kesinleşme süreci ayrıca düzenlenmektedir. Yani sistemin temeli:*

- Memurların derece ve sıfatlarına,
- Görevlendirildikleri yerlere,
- Ve işledikleri suçlara ve verilecek cezalara dayanmaktadır.

<sup>18</sup> **KIRMIZIGÜL**, sh.26.

<sup>19</sup> **KUNTER NURULLAH**, Ceza Muhakemesi Hukuku, 9.B., İstanbul 1989, sh.148.

Ayrıntılar girmeksizin, sistemi şöylece özetleyebiliriz: İrade-i Saniye ile (Padişah iradesiyle) atanan memurlar Şura-yı Devlette (Danıştay) yargılanırlar, bunun dışındaki memurlar ise, buldukları yerin İdare Meclislerince muhakeme edilirdi. Ancak, bu idare meclislerince verilen cezalar belirli bir ağırlığa sahipse (üç yıldan ağır hapis ve beş altından çok para cezası), bunların infazı ancak Şura-yı Devletin onayından sonra mümkündü. Bunun dışında, İdare Meclislerinin kararına karşı bir üst idare meclisinde itiraz edilebilirdi. Vilâyet idare meclislerinin kararlarına karşı da Şura-yı Devlete başvurulabilirdi.

Soruşturmaların ise, memurun bulunduğu<sup>20</sup> yere göre, mülki amirlerce veya ilgili bakan tarafından açıldığı ve yürütüldüğü anlaşılmaktadır<sup>21</sup>. Aşağıda, Memurin Muhakemat-ı Hakkında Kanun-u Muvakkat ve Sistemi anlatılacaktır. Konu, önemine binaen, ayrı bir ana başlık altında incelenmiştir.

## **II- MEMURİN MUHAKEMATI-I HAKKINDA KANUN-U MUVAKKAT VE SİSTEMİ**

### **1- Genel Olarak**

Bu sistemin en büyük özelliği, Memur yargılamasının, önceleri salt idari olan prosedürünün yeni sistemde, idari ve adli aşamalara ayrılmasıdır<sup>21a</sup>. Memur, bir suçlamayla karşılaştığında, ilk tahkikat (tahkikati

<sup>20</sup> Ayrıntılar için bkz. **KIRMIZIGÜL**, sh.27-31; **ERDOĞDU**, sh.887-894.

<sup>21</sup> **KIRMIZIGÜL**, sh.31.

<sup>21a</sup> Memur Yargılanmasında uygulanan başlıca sistemlerin, Yargısal Güvence ve Yönetmel Güvence sistemleri olarak ili ana dala ayrılması mümkündür. Başta İngiltere olmak üzere, Anglo-Sakson hukuk sisteminin uygulandığı ülkelerde benimsendiği bilinen yargısal güvence sistemine göre, memur hakkında bir suç isnadında bulunulduğunda, bütün işlemler adli makamlar tarafından yürütülmekte, izin vs. adı altında hiçbir şekilde sürece idari makamların müdahalesi söz konusu olmamaktadır. Buna karşılık, Yönetmel (idari) güvence sisteminde, ya baştan sona bütün yargılama (yargılama sistemi), yahut sadece soruşturma (soruşturma sistemi) aşaması idari makamlarca, yargılama aşaması ise adli makamlarca yerine getirilmektedir. Yönetmel Güvence sisteminin üçüncü türünü teşkil eden izin sisteminde ise, idari makamlar, adli makamların soruşturma başlatmaları için izin vermekte, bundan sonraki bütün aşamalar (soruşturma ve yargılama) adli makamlarca yerine getirilmektedir. Bu son durumda, yönetmel güvence sisteminin yargısal güvence sistemine oldukça yaklaştırıldığını söyleyebiliriz. Bizde, 1913 yılından önce (Memurin Muhakematı Hakkında Kanun-u Muvakkat'a kadar, Yönetmel Güvence Sisteminin en saf haliyle (yargılama sistemi olarak) uygulandığını görüyoruz. Bu tarihten, 4483 sayılı kanunun kabulüne kadar soruşturma sistemi ve bu tarihten sonra da artık izin sisteminin uygulandığını görüyoruz. Zaten, 15.5.1930 tarihinden sonra, 1609 sayılı kanunla, bazı suçlar bakımından izin sistemine geçilmiş, bu kanunda sayılan suçlar bakımından 19.4.1990 tarihinden itibaren de tamamen Yargısal Güvence (yargı birliği) sistemine geçilmiştir. Yargılama sistemleri konusunda bk.



evveliyeye) idari mercilerce yürütülecek, sonuçta iddialar ciddi bulunursa, son soruşturmanın açılması kararı yine idare tarafından “idari kurullarca” verildikten sonra, memurun yargılanması adli makamlarca yapılacaktır. Bu tarihe kadar, yani kanunun yürürlüğü girdiği 1913 yılı 17 Şubatı’na kadar olan idarenin yargı yetkisi –çağdaş gelişmelere de paralel olarak, ancak onları biraz da geriden takip ederek-sona ermiş ve adliye mahkemelerine devredilmiştir. Böylece, Tanzimat sonrası kendini hissettiren yargı birliği eğilimine doğru ilk somut adım atılmış oluyordu<sup>22</sup>. Gerçi, idari rejimimizin temelini teşkil eden Fransa’da , idare mahkemelerinin, memurların yargılanmaları konusunda izin verme yetkisi daha 19.09.1870 tarihli kararname ile kaldırılmış ve ceza yargısı alanında yargı birliği sağlanmıştı<sup>23</sup>. Zaten yargılamayı da Adliye Mahkemeleri yapıyordu. Bizde, 1913 değişikliği, sistemi, Fransa’nın 1870 öncesi durumuna yaklaştırmıştır. Ancak, 4483 Sayılı yasayla dahi Fransa’daki 1870 sonrası dönemle paralellik kurulamamıştır diyebiliriz.

Neden, bir zamanlar Fransa’da veya onu model olarak benimseyen Türkiye’de memurlar için ayrı bir yargılama usûlü benimsenmiştir? Diğer bir ifadeyle, bütün yurttaşlar için geçerli olan Ceza Usûl Hukuku kurallarının yanı sıra, ayrıca başka usûl kuralları ortaya çıkmıştır? Herhalde, bu sorunun cevabını, idari yargının doğuşuna ilişkin kuramsal temellere kadar dayayabiliriz. Bilindiği üzere, bugün için hukuk devleti ilkesinin mutlak bir gereği sayılan “ idarenin yargısal denetiminin sağlanması”, Fransız ihtilâlinin olduğu yıllarda, erkler ayırımına tanınan mutlak anlam karşısında kabûl edilebilir bir uygulama değildi. Şöyle ki: Yargı Bağımsızlığı sebebiyle, nasıl ki idare adliyeye karışamazsa, adliye de idareye karışmamalıydı. Aksi takdirde kuvvetler ayırımı ilkesi zarar görürdü<sup>24</sup>. Peki, idarenin hukuka uygunluğu nasıl sağlanmalıydı? İdare, kendi kendini denetleyecek, Merkezde Danıştay (Şura-yı Devlet), taşrada ise, idare kurulları aracılığıyla idarenin hukuksal denetimi sağlanmaya çalışılacak, ancak, Şura-yı Devlet’in vereceği kararların icra edilebilmesi için de, idarenin başı (Osmanlı’da Padişah) tarafından onaylanması gerekecekti<sup>25</sup>.

**TOPUZ İBRAHİM:** *Memur Yargılama Hukuku*, Mahalli İdareler Derneği Yayını, Ankara 2001, s.17-20.

<sup>22</sup> **KEYMAN SELAHATTİN:** “*Memurin Muhakematı Kanunu*”, AÜHFD., 1962, C.XIX, S.1-4, sh.175.

<sup>23</sup> **ÖZEK ÇETİN:** “*Türk Hukukunda Memurların Muhakemesi*”, İHFM, C.XXV, S.1-4, sh.35.

<sup>24</sup> **BERTHEMLY (ATIF, M.):** *Hukuk-u İdare*, İstanbul, 1931, sh.1806-1812.

<sup>25</sup> İl ve İlçe İdare kurullarına, onaya tabi olmayan bazı çok sınırlı yargı yetkilerinin, daha hemen ihtilalin akabinde verdiği anlaşılıyor, **GÖZÜBÜYÜK-TAN:** *İdare Hukuku II*, (İdari Yargılama Hukuku), Turhan Kitabevi, Ankara 1999, sh.8; Bizde de il idare kurullarına vilayet nizamnamesiyle verilen, onaya da tabi olmayan yetkilerin birden bire aşırı bir idari rejim anlamına geldiği ve daha 5 yıl geçmeden, 1876 Kanun-u Esasi’sinin 95’nci maddesinde buna tepkinin gecikmediği belirtilmektedir. **DERBİL SÜHEYP:** *İdare Hukuku*, C.1,

*Tutuk Adalet Sistemi* de denilen bu usûl, Fransa'da 24 Mayıs 1872'den itibaren terkedilmiş ve memur yargılamasındaki prosedürün aksine, bu gelişme yargı birliğine değil, yargının bir anlamda kesin ayrılığına yol açmıştır. Çünkü, bu tarihten itibaren, Danıştay da, artık ulus adına kesin kararlar veren bağımsız bir yargı organı haline gelmiştir. Adli yargı idari yargıya karışmamaya devam edecek, ancak böylece evrimleşen idari yargı, tıpkı adli yargı gibi idare karşısında bağımsızlığını elde ederek bir çeşit uzmanlık mahkemesine dönüşecektir. Yani, idari yargı da bir anlamda, bağımsızlık anlamında “adlileşecek” tir. Ancak, Türk Hukuk Öğretisinde bu gelişmelerden bir asrı geçkin bir süre sonra (110 yıl) usûl yasalarında gerçekleşen benzeşmeler ve usûl kuralı alıntıları sebebiyle yapılan “idari yargı adlileşti” benzetmesi, bu manada değildir<sup>26</sup>.

Ülkemizde, 10 Mayıs 1868 tarihinde çalışmaya başlayan Şura-yı Devlet'in<sup>27</sup> yargısal görevleri 1871 tarihli İdare-i Umumiye-i Vilâyat Nizamnamesi ile genişletilmiş<sup>28</sup>, İl İdare Kurullarına hem de kimileri onamaya bağlı olmaksızın yürütülecek bazı yargısal kararlar verme yetkisi tanınmış<sup>29</sup>; ancak, bu gelişme 1876 Anayasası'nın 85'nci maddesi ile “eşhas (şahıslar) ile hükümet arasındaki davalar dahi umumi mahkemelere” verilmekle kesilmiş<sup>30</sup>, fakat, Danıştay'ın memur yargılamasına ilişkin görevleri devam etmiştir<sup>31</sup>. Yukarıda da izah edildiği üzere, Danıştay bu dönemde sadece yargılama usûlüyle sınırlı değil, uyuşmazlığın aslını çözmek üzere maddi ceza hukukunun uygulanmasıyla da görevlidir. Bu uygulama, 1913 yılı 27 Şubat tarihinde “Memurin Muhakemat-ı Hakkında Kanun-u Muvakkat” ın yürürlüğe girmesine kadar devam etmiş, ancak bu tarihten sonradır ki davanın aslını çözmek, yani muhakeme yaparak maddi ceza hukuku hükümlerini uygulayıp ceza kurmak yetkisi genel ceza mahkemelerine (adliyeye) verilmiştir. Ancak, tutuk adalet sisteminin Cumhuriyet dönemine kadar sürdüğü görülmektedir<sup>32</sup>. Türkiye, örnek aldığı Fransız sistemini, Memurların Yargılanması bakımından 43 yıl sonra (1913) kısmen<sup>33</sup> takip ederken, tutuk adalet sisteminden vazgeçip Şura-yı Devlet'i

Ankara 1940, sh.144-148.

<sup>26</sup> **DURAN LÜTFİ:** “*İdari Yargı Adlileşti*”, İHİD, Sarıca'ya Armağan, C.3, S.1-3, 1982, sh.53-83; Aynı makale İstanbul Barosu Dergisi'nin: C.56, S.123, Ocak-Şubat-Mart 1982, sh.154-163; C.56, S.7-8-9, Temmuz-Ağustos-Eylül 1982, sh.313-321'de yayınlanmıştır.

<sup>27</sup> **GÖRELİ İ.HAKKI:** *Devlet Şurası*, SBF yayını,

<sup>28</sup> **ARAL,** Rüştü: “*Yargı Organı Olarak Danıştay*”, Yüzyıl Boyunca Danıştay, sh.239-240.

<sup>29</sup> **GÖZÜBÜYÜK-TAN,** sh.18.

<sup>30</sup> **GÖZÜBÜYÜK-KİLİ,** *Türk Anayasa Metinleri*, 2.B., Mayıs 2000, sh.51.

<sup>31</sup> **ERDOĞDU,** sh.889.

<sup>32</sup> **DERBİL,** sh.145 ve 150.

<sup>33</sup> “Kısmen” diyoruz. Çünkü Fransa Memur Yargılaması bakımından 1870'lerde yargı birliği sistemine geçerken, Türkiye 1913 yılında “Memurin

tam bir mahkeme kişiliğine kavuşturma işini ancak 50 yıl sonra başarabiliyordu<sup>34</sup>. Ancak, şu küçük ayrıntıyı da unutmamak gerekir ki, Şura-yı Devlet'in ceza yargılamasına ilişkin kararları, zaten onamaya tabi değildi, yani tutuk (bağlı) adalet siteminin dışındaydı.

Başlangıçtaki düşünce ne olursa olsun, memurların yargılanmasının aynı usûl kurallarına bağlanmasının zaman içerisinde öne çıkan en önemli nedeni, kamu yetkisi kullanan devlet görevlilerinin, bu faaliyetlerini, her türlü iftiradan, rast gele suçlamalardan uzak olarak yürütebilecekleri hukuksal güvencelerin sağlanmasıdır. Böylece, hukuksal güvence sağlanıp huzura eren memurun, kamu hizmetini daha iyi yürütmesi amaçlanmıştır. Korunan memur değil, kamu hizmetidir. Hizmetin aksamaması amaçlanmaktadır. Buna bağlı belki ikinci bir sebep de, idarenin işleyişinin bir uzmanlık işi olması karşısında, yargılama öncesi aşamada idarenin uzmanlığından yararlanmak için, memur yargılamasının soruşturma safhasının idareye bırakılmasının isabetli olacağı düşüncesidir. Burada, suçun oluşup oluşmadığı hususunda yargıca bir çeşit bilirkişi katkısı sağlanmak istemektedir.

Asıl amaç memurun değil, kamu hizmetinin korunması olduğuna göre, usûl yasasıyla sağlanan korumanın da, ancak kamu yetkisini kullanan memurlar bakımından geçerli olması, bu kurumun mantıki bir sonucudur. Ayrıca devlet, kamu yetkisini kullanarak ürettiği kamu hizmetlerinin yanı sıra, gelişen ekonomik ve sosyal şartlar sebebiyle, asli görevlerinin yanı sıra, kendisi için zorunlu olmamakla birlikte, daha başka görevler de üstlenmiştir. Hatta bu üstlendiği görevlerinin bir çoğunda, özellikle de iktisadi nitelikli olanlarında, kamu kudretinden kaynaklanan<sup>35</sup> üstün yetkiler kullanmamakta, tıpkı özel şahıslar gibi, onlarla eşit hukuksal konumda

---

Muhakematı” düzenlenmesiyle, yargılamayı Fransa'daki gibi adli yargıya bırakırken, soruşturma aşamasını idari bünyede bırakıyordu. Yani adliyenin olaya el koyabilmesi, idarenin iznine bağlı oluyordu.

<sup>34</sup> Gerçi, Şura-yı Devlet kararlarının onamaya tabi olmaksızın kendiliğinden icra gücüne sahip kılınması ve mahkemelerin (adli mahkemeler dahil), idari makamlarca havaleye gerek olmaksızın dava kabul edebilmelerinin gerekliliği, ikinci meşrutiyetin ardından tartışılmış, Meclise bu konuları düzenleyen yasa teklifleri de sunulmuş, ama bir sonuç alınmadan dünya savaşı ortamına girilmiştir. **ARAL**, sh.259 vd. Gerçi adli mahkemelerin dava dilekçelerini kabul ve verilen kararların idareye bağlı olmaksızın icra edilebilmesi, Birinci Meşrutiyeti takip eden yıllarda “Usû-ü Muhakemat-ı Hukukiye Kanunu” yla kabul edilmişti (**ARAL**, Rüştü, agm., sh.250-251). Ancak, idari yargının, “İdarenin kendi kendini kontrolü” anlamında alınması ve buna ilişkin hukuksal düzenlemeler, varlığını Osmanlı Devleti'nin “tarihe müntekil” sayıldığı tarihe kadar sürdürülmüştür.

<sup>35</sup> İdari Yargının alanını belirlemek de bir zamanlar bir ölçüt olarak kullanılan “hakimiyet-temşiyet” tasarrufları ayırımının, memur yargılamasında da, “özel yargılama usûlü kapsamının belirlenmesi bakımından” kullanıldığı görülmektedir. **MUMCU**, agm., sh.135-136.

faaliyete girişmektedir. Bu tür faaliyetler sırasında da Devletin istihdam ettiği görevlilerin yargısal ayrıcalıklarından yararlanması, söz konusu faaliyetlerin hukuksal statüsüyle çelişir. O halde, ikinci bir mantıksal sonuç, yargısal korumanın, Devletin ancak asli faaliyetlerini yürüten memurlarının bu korumadan yararlanabilecekleridir. Bu ikisini birleştirdiğimizde, “Memurin Muhakematı” yasasının kapsamına, “devletin asli görevlerini yürütmekle görevli birimlerinden çalışan memurlardan kamu yetkisini kullananlar dahil olmalıdır”, denebilir. İşte bu sonuç, ileride, “Memurin Muhakematı Hakkında Kanun-u Muvakkat”ın uygulanmasında etkin olmuştur. Şimdi, söz konusu yasanın getirdiği sistemi biraz daha yakından görelim.

## 2- Kapsam

MMHK, bir ceza usûl yasası olarak, Genel Ceza Yargılama Yasasının istisnasını oluşturmaktadır. Bu durumda, orada sayılan suçlar ve orada belirtilen kişiler bakımından, yine o yasada belirtilen kurullarla sınırlı olarak uygulanacak, bunlar dışındaki hususlarda ise, uygulama tarihinde geçerli olan Ceza Yargılamasıyla ilgili genel usûl kuralları uygulanmaya devam edilecektir. Sistem içersinde MMHK’un yerini böylece belirledikten sonra, yasanın kapsamını kişi ve suç bakımından ayrı ayrı belirlemek gerekir.

### a- Kişi Bakımından

Kanunun birinci maddesi, memurların bu yasada izah edilen suçlardan yargılanmalarının, bu yasanın kurullarına tabi olacağını belirtmektedir<sup>36</sup>. Yani yasanın kişi bakımından kapsamını memurlar oluşturmaktadır. Ancak konu bu kadar da basit değildir. İşte bütün problem, bu memurların kimler olduğu noktasında düğümlenmektedir. Çünkü, hem Ceza Hukuku, hem de İdare Hukuk memura özel önem vermektedir. Ancak, her ikisinin memur anlayışı oldukça farklıdır. İdare hukukuna göre bir kişiyi memur sayılabilmesi için, öncelikle idari kadrolar içersinde istihdam edilmesi ve bu işi mutlaka ücret karşılığı yapması gerekir. İdare Hukuku açısından fahri memur ya da fiili memur<sup>37</sup> kavramları, olağanüstü dönemler dışında bir anlam ifade etmez; oysa ki Ceza Hukuku açısından bir kişinin memur sayılması açısından, kadrolu veya ücretli olup olmaması hiç önem taşımamakta, hatta gönüllü olup olmaması da sonuca etkili bulunmamaktadır. Tek ölçüt, fiilen yapılan işin kendisidir. Gerçekten de, TCK. 279. Maddede Türk Ceza Kanunu açısından memur tanımlanırken

<sup>3</sup> <sup>6</sup> “.....Memurinin vazife-i memuriyetlerinden münbais veya vazifei memuriyetlerinin ifası sırasında hadis olan cürümlerinden dolayı icrayı muhakemeleri şeraiti atıye dairesinde mehakimi adliyyeye aittir”. Yani: Memurların, memuriyet görevlerinden doğan veya memuriyet görevlerinin yerine getirilmesi sırasında gerçekleşen suçlardan dolayı yargılanmaları aşağıdaki şartlar çerçevesinde adliye mahkemelerine aittir(MMHK, md.1).

<sup>3</sup> <sup>7</sup> **GÖZÜBÜYÜK A. ŞEREF: Yönetmelik Yargı, 14.B., sh.213-214.**

“ister ücretli, ister ücretsiz, ister sürekli ister süreksiz, ister gönüllü ister zorunlu” gibi ifadeler kullanılmaktadır.

MMHK, her ne kadar memurlarla ilgili olsa da, sonuçta yargılama usûlünü düzenleyen bir yasa olunca, yani bir yönüyle ceza hukukunu da ilgilendirince, Cumhuriyetin ilk yıllarında buradaki memur kavramında hangi yaklaşımın esas alınacağı önemli bir sorun olarak ortaya çıktı. Sonuçta, TBMM. 1940 yılında 1255 Sayılı yorum kararıyla, “Ceza Uygulamasında memur kim ise, Ceza Yargılamasında da memur odur” diyerek, sorunu çözmeye çalıştıysa da, yine de sorun çözüme kavuşmuş sayılmaz. Bu kere de, Ceza Kanununun Tatbikatında (TCK. md.279) tanımlanan memurun kim olduğu derin tartışmalara yol açtı. Esasen, meclisin 1255 Sayılı yorum kararı, maksatları aynı olmayan iki kanuna (Ceza Kanunu ve Memurin Muhakematı Kanunu) Uygulama bakımından ortak bir ölçüt bulmuşsa da<sup>38</sup>, bundan sonraki uygulamada da, her somut olay bakımından ayrı içtihatlar oluşturularak, çözüm kazuistik yöntemlerle üretilmeye çalışılmıştır<sup>39</sup>. Yasa koyucu da, genellikle her yeni idari kuruluş oluşturulduğunda, mensuplarının bu yasaya tabi olup olmadığını kuruluş yasasında ayrıca belirtmek yolunu seçmiştir. Hatta bazen, yanlışlıkla “...kuruluş mensupları ceza tatbikatında memur sayılır” hükmünü koymuş<sup>40</sup>, ancak yargı içtihatları, ceza yargılamasında memur kavramı ile ceza tatbikatında memur kavramlarını ayırdıkları için, yasa koyucunun iradesini açıklarken yaptığı böylesi bir yanlışlık, ceza yargılaması bakımından ilgili yasayı hükümsüz kılabilmektedir.

<sup>3</sup> <sup>8</sup> **DÖNMEZER SULHİ:** “*Memurin Muhakematı Hakkındaki Kanuna Tabi Olacak Şahıslar*”, İÜHF, C.XI, S.1-2, sh.436.; aynı yazarın “*Memurin Muhakematı Kanunu Bakımından Memur*”: İÜHF, C.X, S.3-4, sh.820 vd.

<sup>3</sup> <sup>9</sup> Nitekim, bu konuda, tefsir kararından 33 yıl sonra, sırf ceza hukukunda memur kavramını inceleyen bir doktora tezi hazırlanmıştır. **ŞEKERCİOĞLU**, age. Konu hakkında, sayısız yargı kararları vardır. Aslında, TBMM nin 1940 yılında kabul ettiği bahse konu 1255 sayılı Tefsir Kararı da, aslında Şura-yı Devlet tarafından aynı konuda yapılan 1918 tarihli yorumun bir tekrarından ibaret gözükmektedir. Kanun-i Esasi Hükümlerine göre, kanunları yorumlamak görev ve yetkisi Şura-yı Devlet’e ait idi (Bu yetki, 1924 Anayasasıyla Meclise verilmiş-ki Meclisin yorum kararlarının dayanağı da zaten bu yetkidir-, 1961 Anayasasından sonra ise kanunların uygulayıcısı olan mahkemelere bırakılmıştır). Şura-yı Devlet, 27 Ağustos 1334(1918) tarihli Memurin Muhakematına ilişkin “memur” yorumunda, “Umuru Hükümete ait muamelatı ister asaleten veya vekaleten gerek maaş, gerek ücret ve mülazemet suretiyle bila maaş veya hiçbir ücret almaksızın ifa ile mükellef olan kimselerin cümlesi memur olup, bunların sıfatlarını belirleyen yön görevlendirilme şekilleri değil, gördükleri vazife olduğundan herhangi bir sınıftan olurlarsa olsunlar Memurin Muhakematı Kanununa tabi olurlar” demektedir.

<sup>4</sup> <sup>0</sup> 625 Sayılı özel öğretim kurumları yasasının 49.maddesi, daha sonra 2843 Sayılı yasayla değiştirilerek, “Türk Ceza Kanunu uygulaması ve Ceza Kovuşturması bakımından memur sayılır” ifadesi eklenmiş, böylece bu kurumların personeli de MMHK. tabi olmuşlardır.

Yargı organı, 1255 Sayılı yorum kararı doğrultusunda, önüne gelen her somut olayda, sanık durumundaki kişinin idareyle olan hukuksal ilişkisini nazara almaksızın, TCK.279 anlamında, memur sayılıp sayılmayacağını incelemiş; bu anlamda memur saymasa dahi, açık bir yasa hükmü varsa, o personeli yine MMHK kapsamında kabûl etmiştir. Ancak, bu uygulamasını yaparken, yasaları da yorumlama yolunu seçmiştir. Sözelimi, yukarıdaki örnekte, amacı açık olan 625 Sayılı Özel Öğretim Kurumları yasasındaki 49'ncü madde hükmünü dahi, bu kurumlar personeli MMHK kapsamında saymak için yeterli görmemiştir. Aslında, belki doğru olanı da yapmıştır. Çünkü, bilindiği üzere MMHK, Ceza Muhakemesi Usûl Kanununun (CMUK) bir istisnasıdır. İstisna hükümlerinin dar yorumlanması da, hukukun genel ilkelerinden olduğuna göre, bu yöndeki yargı kararları hukukun genel ilkelerine de uymaktadır. Ancak bu konuda, öğretilerde tartışmalar vardır. Bir görüşe göre, MMHK, memurun lehine kanun niteliği taşıdığından, bütün memurlara uygulanmalıdır<sup>41</sup>. Aksi görüşte olanlara göre ise, bu kanunun bir kişiye uygulanabilmesi için açık bir yasa hükmüne ihtiyaç vardır<sup>42</sup>. Aslında bu ikinci görüşü, "TCK 279 anlamında memur olanlar hakkında MMHK'un uygulanabilmesi için açık yasa hükmüne ihtiyaç vardır" şeklinde anladığımızda, hukuken daha tutarlı, yargı uygulamasıyla da uyuşan bir yorum yapılmış olur.

Şimdi, hep söz konusu ettiğimiz TCK-279'ncü maddesindeki memur tanımını görelim. Maddeye göre, devletin faaliyetleri kamu görevi ve kamu hizmeti olmak üzere ikiye ayrılır. Kamu görevlileri, devletin devlet olarak yapmak zorunda olduğu işlere ilişkin faaliyetlerdir. Kamu hizmeti ise, devletin zorunlu olmasa da üstlendiği diğer işlerle ilgili faaliyetlerdir. Birinci grupta yer alan faaliyetleri görenler, memurlardır. İkinci grup faaliyette çalışanlar ise memur değil, kamu hizmetlileridir. Özellikle KİT personeli ve din görevlileri ikinci gruba örnektir ve bunlar memur değil, kamu hizmetlileridir. O halde, bu grup personel, İdare Hukuku bakımından Devlet Memuru sayılsalar da, Ceza yargılaması açısından memur sayılmayacakları<sup>43</sup> için, genel hükümlere tabi tutulacaklardır<sup>44</sup>. Ayrıca, 279'ncü maddeye göre, bir kişinin memur sayılabilmesi bakımından ücret alıp almaması, geçici veya devamlı çalışması, gönüllü veya zorunlu çalışıyor olup olmamasının bir önemi yoktur. Önemli olan yasamayla ilgili (teşri) adli

<sup>4</sup> <sup>1</sup> **ERDOĞDU**, sh.896; **ÖZEK ÇETİN**: "*Türk Hukukunda Memurların Muhakemesi*", İHFM, C.XXV, S.1-4, sh.44; **KEYMAN SELÂHATTİN**: "*Memurların Muhakemat Kanunu*", AHFD., 1962, S.1-4, sh.186.

<sup>4</sup> <sup>2</sup> **ERMAN SAHİR**: "*Ceza Tatbikat ve Takibatında Memur*", SBO Dergisi, S.314, sh.235.

<sup>4</sup> <sup>3</sup> **ÖNDER ALİ RIZA**: "*Ceza Yargılama Usûlünde Memur Sayılmayan Görevliler*", Adalet Dergisi, Yıl 65, S.8, Ankara 1974.

<sup>4</sup> <sup>4</sup> 20.01.1969 tarih ve 1968/639 Esas, 1969/17 Karar Sayılı YCGK Kararı. **PINAR İBRAHİM**: *Memur Suçlarında İdari Soruşturma*, Ankara 1987, sh.75.

(yargısal) veya idari (yönetsel) bir “kamu görevi” nin (kamu hizmeti değil) görülüyor olmasıdır<sup>45</sup>.

Görüldüğü üzere, Ceza hukukundaki memur kavramı, idare hukukundaki memur kavramından tamamen ayrıdır. Bu iki kavramı uzun uzun karşılaştırmayacağız. Ancak, kamu görevi-kamu hizmeti ayrımı idare hukukuna yabancı kavramlardır. İdare hukukunda bu iki kavram eş anlamlı kabul edilir ve hatta çoğunlukla tercih edilen terim kamu görevi değil, kamu hizmetidir. Her türlü idari faaliyetten kamu hizmeti olarak söz edilir. Esasen, 1255 Sayılı tefsir kararının, MMHK uygulamasını TCK 279’ncü maddeye bağlanması, bu kanunun uygulanmasını lüzumsuz yere genişletmiştir<sup>46</sup>. Kanunun çakışma amacı, kamu yetkisi kullanan memurları asılsız isnatlardan korumak olduğuna göre, uygulamanın “yetki kullanan” kamu görevlileriyle sınırlı tutulabilmesi, tefsir kararının da bunun hukuksal zeminini sağlaması gerekirdi. Ancak, uygulama, sırf Devlet Memurları Kanununun kapsamında olduğu için sıradan memur ve hatta hizmetlilerin, hiçbir kamu yetkisi kullanacak durumda olmamalarına rağmen, yasa kapsamı içinde değerlendirilmeleri şeklinde gelişmiştir. Hatta, adliye mahkemelerini kapsamı daraltılma çabalarına karşılık Danıştay’ın kapsamı en geniş şekilde yorumlama eğiliminin de etkisiyle, kapsamın, ne kamu görevi, ne de kamu hizmetiyle ilgisi olmayan üçüncü şahıslara doğru genişlediği görülmüştür<sup>47</sup>. Böylece yasa, bir istisna olmaktan çıkıp, adeta genel hüküm görünümü kazanmıştır<sup>48</sup>.

<sup>4</sup> <sup>5</sup> **KUNTER NURULLAH:** “*Ceza Tatbikatında Amme Vazifesi ve Amme Hizmeti Tefriki ve Avukatların Durumu*”, İÜHFİM, C.XIII, S.2, İstanbul 1947.

<sup>4</sup> <sup>6</sup> **KEYMAN,** sh.186-187.

<sup>4</sup> <sup>7</sup> Sözgelimi, Eski Vakıf Mütevellilerinin görevleriyle ilgili konularda Ceza Kanunu tatbikatında memur sayılacakları belirtilmiştir (2762 Sayılı Kanun, md.35/II). Danıştay, 1255 Sayılı yorum kararına atfen, “madem ki ceza kanununun tatbikinde müteveli memur sayılır, o halde MMHK açısından da memurdur” gibi bir mantık kaydırmasıyla, en temel görevleri, kendi sülâlelerine, dedelerinin bıraktığı malların gelirini dağıtmaktan ibaret olan bu kişileri de MMHK kapsamına dahil edivermiştir. Bu çok ilginç karar, gerçi Danıştay’ın yargısal değil, idari nitelikli bir karardır, fakat kamu idaresini yönlendirici niteliği sebebiyle, belki de yargısal kararlardan daha da etkilidir. İdari işler Genel Kurulu, 31.01.1989 tarih ve 1988/99 Esas, 1989/6 Karar Sayılı. Ayrışik oy kullanan üyeler, 1255 Sayılı yorum kararının TCK 279/I’deki “kamu görevi gören” kişilere atıf yapması sebebiyle, kamu göreviyle ilgisi bulunmayan Vakıf Mütevellisini kapsamayacağını belirtmişlerdir (Bu karar yayımlanmamıştır).

<sup>4</sup> <sup>8</sup> Esasen, TCK 279’ncü maddesinin de 1936 yılında 3038 Sayılı yasayla değiştirildikten sonra, oldukça geniş bir kapsama ulaştığı görülüyor. Daha önceki metin “Devletin veya vilayet ne nahiye ve kariyelerin nezareti altında kurulan bir hizmette, maaşlı veya maaşsız, daimi veya muvakkat vazife görenler memur sayılır” deniyordu. Görüldüğü üzere, bu tanımda kamu görevi –kamu hizmeti ayrımı olmadığı gibi, “ister gönüllü ister mecburi” gibi, kapsayıcı ibareler de bulunmamaktadır. Ayrıntılar için bkz. **ARTUK MEHMET EMİN ve ark.;** *Ceza Hukuku-Özel Hükümler*, Ankara 1998, sh.285-309.

Ancak, daha sonraki yıllarda, kanunun uygulama süreci içerisinde, aslında MMHK kapsamında olan birçok meslek mensupları, daha özel yargılama usûlü hükümlerini sebebiyle, kapsam dışına çıkmışlardır<sup>49</sup>. Bazıları da, MMHK kapsamı dışına çıkarılıp, ayrı bir yargılama usûlüne de tabi tutulmadıklarından, CMUK'na tabi hale getirilmişlerdir<sup>50</sup>.

Buraya kadar anlatılanlardan ortaya çıkan şudur ki, MMHK'nun en tartışmalı yönlerinden biri, onun kişi bakımından kapsamının belirlenmesindeki güçlük idi. Uygulamada kamu idaresi, yargı içtihatları ve hatta 1255 Sayılı Meclis Yorumunun aksine, MMHK'un kapsamını, Devlet Memurları Kanunundaki Memur kavramı ile, unvanı ne olursa olsun, özdeşleştirilmiştir. Nitekim, ileride göreceğimiz üzere, MMHK'ü yürürlükten kaldıran "4483 Sayılı Memurlar ve Diğer Kamu Görevlilerinin Yargılanması Hakkında Yasa'nın da, esas itibarıyla kapsamı Ceza Hukukundaki değil, İdare Hukukundaki Memur kavramına göre belirlemeye çalıştığı gözlenmektedir.

#### **b- Suç Bakımından Kapsamı**

Kanunun birinci maddesi, kanunun suç bakımından kapsamını "görev dolayısıyla veya görev sırasında" işlenen suçlar olarak belirlemiştir. Görev dolayısıyla işlenen suç, görevle bağlantılı suçlardır. Yani memurun görevini kötüye kullanarak veya yapmayarak (ihmalî) işlediği her çeşit suç, bu kapsamdadır. Kötüye kullanmanın her çeşidini, zimmet, ihtilas, irtikap vs. bu kapsamda değerlendirmek gerekir. Aynı şekilde, görevi ihmal (TCK 230) de yine görevden doğan, görev dolayısıyla işlenen bir suçtur. Görevden doğan suçlara örnek olarak, TCK 339'da düzenlenen sahte evrak tanzimi de gösterilebilir. Bu suçlar, memur tarafından, görev sırasında işlenebileceği gibi, görev dışında da işlenebilir: Bu suçun işlenmesi bakımından memurun mesai dışında evinde, çarşıda-pazarda ve hatta tatilde yahut izinde olmasının bir önemi yoktur. Her zaman ve her yerde işlenebilirler.

Ancak, memurun görev sırasında bir suç işlemesi halinde, suçun görevden doğup-doğmadığına bakılmaz, görev başında işlenen her türlü suç MMHK kapsamında değerlendirilir<sup>51</sup>. Ancak, memurun, memuriyet görevi başında değilken, memuriyet görevinden de doğmayan herhangi bir suç işlemesi durumunda, suçun kovuşturulması MMHK'a göre yürütülmez, doğrudan doğruya Cumhuriyet savcılarınca genel hükümlere göre soruşturma açılarak yürütülür.

MMHK'na kişi bakımından olduğu gibi, suç bakımından da zaman içerisinde çeşitli yasalarla istisnalar getirilmiştir. Diğer bir ifadeyle, normal

<sup>49</sup> Milletvekilleri, Hakimler ve Savcılar, Zabıta Amir ve Memurları, Bakanlar Kurul Üyeleri bu bağlamda sayılabilirler. Fazla bilgi için bkz. **KIRMIZIGÜL**, sh.73-83.

<sup>50</sup> CMUK 154'te düzenlenen, adli görevi ihmal eden memurlar bu şekildedir.

<sup>51</sup> Fazla bilgi için bkz. **KIRMIZIGÜL**, sh.66-73.



şartlarda MMHK'na tabi olması gereken bazı suçlar, yasal düzenlemelerle bu yasanın kapsamından çıkartılmışlardır. En önemli istisna, 1609 Sayılı "Bazı Cürümlerden Dolayı Memurlar ve Şerikleri Hakkında Takip ve Muhakeme Usûlüne Dair Kanun" idi. Kanunun birinci maddesinde sayılan suçlar (irtikap, rüşvet, ihtilas, zimmet, kaçakçılık, müzayedede ve ihalelere fesat karıştırma, devlet hariciyesine ait sırları ifşa) MMHK'a tabi olmayacak, bu kanunla getirilen usûle göre soruşturulacaktır. Kanunun kişi bakımından kapsamı, Müsteşar ve Valiler hariç, MMHK'a tabi olan memurlardır. Yani, Müsteşar ve Valiler, bu suçlardan dahi itham edilseler, MMHK'a göre (istisnanın, istisnasının istisnası) kovuşturulacaklardır. Bu yasayla, bahse konu suçlar bakımından soruşturma usûlü basitleştirilmiş ve suçtan haberdar olan savcıya, idareden (Vali veya Bakandan) soruşturma izni talep etme yetkisi tanınmıştır. Şu kadar ki, bakanın bu konudaki kararı kesindir ve aleyhine gidilecek bir yasal yol bulunmamaktadır. Böylece, çok önemli bu memur suçlarında, prosedürü hızlandırılmı derken, tam aksi bir sonuca yol açılmış ve adeta memurlara "dokunulmazlık" sağlandığı<sup>52</sup> iddia edilerek, öğretilde yasa eleştirilmiştir<sup>53</sup>. Sonuçta, bu yasa, 3628 Sayılı "Mal Bildiriminde Bulunulması, Rüşvet ve Yolsuzluklarla Mücadele Kanunu" ile yürürlükten kaldırılmış, esasen bir anlamda yeniden düzenlenmiştir<sup>54</sup>.

3628 Sayılı yasa, 1609 Sayılı yasadaki sayılan suçları 17'nci maddesinde tekrarladıktan sonra, 1609 gibi, bazı kişileri kapsamı dışında tutarak MMHK kapsamında bırakmıştır. Bunlar, 1609'da olduğu gibi Müsteşar ve Valiler ile, fazladan olarak bir de kaymakamlardır. Yeni sistemde, Cumhuriyet Savcıları soruşturmanın mutlak yetkilisidirler. Hatta denebilir ki, bu suçlardan dolayı memurların soruşturması genel hükümlere tabi kılınmıştır. Şu kadar ki, savcı, hakkında soruşturma yaptığı memurun dairesine durumu "bildirmek" le yükümlü kılınmıştır. Diğer bir ifadeyle, 1609 sayılı yasadaki "izin" sistemi, 3628 Sayılı yasayla "bildirim" sistemine dönüştürülmüştür<sup>55</sup>.

### 3- Soruşturma Usûlü

Kanunun getirdiği sistemde, soruşturma yetkilisi ile, soruşturma sonucunda yargılamaya gerek olup olmadığı karar verecek merci farklıdır. Soruşturmayı bakan, müstakil dairelerin en üst amiri, Vali, kaymakam veya İl ve İlçe idare şube başkanlarından birisi açar. Soruşturma sonucunda bir rapor (fezleke) hazırlanır. Bu fezleke, yargılamaya gerek olup olmadığına dair karar vermek üzere yetkili kurula gönderilir. Bu kurullar, il ve ilçe idare kurulları, bakanlık veya diğer kuruluşların merkezinde oluşturulan

<sup>52</sup> <sup>2</sup> **YENİSEY FERİDUN:** *Hazırlık Soruşturması ve Polis*, 2.B., İstanbul 1991, sh.242.

<sup>53</sup> <sup>3</sup> **ŞEKERCİOĞLU METİN:** sh.118.

<sup>54</sup> <sup>4</sup> Yasanın kabul tarihi 19.04.1990'dır. Bu yasanın 17 ila 21'nci maddeleri Ceza Yargılamasına ilişkindir.

<sup>55</sup> <sup>5</sup> **YURTCAN ERDENER:** *Ceza Yargılaması Hukuku*, 4.B., İstanbul 1991, sh.618-620.

kurul ve Danıştay ikinci dairesidir. Soruşturmayı yapan veya yaptıranlar bu kurullara katılamazlar (md.3). Demek ki, Soruşturmayı yapan, ya da yaptıran ile, yargılama konusunda karar verecek kurul, kesin surette ayrılmıştır. Ayrıca, soruşturmayı açan yetkili, bir kişidir. Ama Soruşturma sonucunda karar verecek olanlar, kurul halinde çalışırlar.

Soruşturma usûlü bakımından kanun, memurları üç grupta değerlendirmiştir. Merkez memurları, il ve ilçe memurları, milli iradeli memurlar. Milli iradeli memurlar, merkezde olabilecekleri gibi, il ve ilçede de olabilirler. Görüldüğü üzere, bu ayırmda memurun “görev yaptığı yer” esas alınmış, ancak “milli iradeli” (irade-i seniyeli) memurlara özgü olmak üzere, atama usûlüne dayanılmıştır<sup>56</sup>.

## **A- Soruşturma Açma Yetkisi ve Soruşturmacı**

### **a- Soruşturma Açma Yetkisi**

Milli iradeli memurlar hakkında soruşturma açma yetkisi, bağlı kuruluşlarda görev yapanlar için dahi, ilgili bakana aittir. Ancak soruşturmayı bağlı kuruluşlardan görev yapanlar için dahi, ilgili bakana aittir. Ancak soruşturmayı bağlı kuruluşlardan bir müfettiş veya muhakkik yürütebileceği gibi, kurul halinde de soruşturma yapılabilir, hatta bazen bu zorunludur. Sözügelimi, Merkezdeki Milli iradeli memurlar hakkında soruşturma kurul halinde yürütülmelidir (md.10).

Milli iradeli olmayan memurlar bakımından ise memurun merkez memuru olması halinde, Bakanlık merkez memurları için Bakan, bağlı kuruluşlar merkez memurları için en üst amir (Genel Müdür, Başkan vs.) soruşturma açmaya yetkilidir<sup>57</sup>.

Taşrada ise, Vali, Kaymakam ve İdare Şube başkanları soruşturma açmaya yetkilidir. Burada, idare şube başkanlarına da bu yetkinin tanınmış olması ilginçtir: Milli Eğitim müdürü, Tarım Müdürü gibi görevliler de kendi memurları hakkında bu yetkiyi kullanabilecekleridir. Vali'nin kaymakam hakkında da soruşturma açması mümkündür. Kanunun yapısı içersinde bir ilçe memuru hakkında “en yakın şube idare amirinden başlamak suretiyle soruşturmaya açtırmak yetkisi hiyerarşik amirlerine de

<sup>5</sup> <sup>6</sup> Ataması üçlü kararname (ilgili bakan, başbakan ve Cumhurbaşkanı, koalisyon hükümetleri döneminde hükümetin en büyük ortağının başkanı) ve Bakanlar Kurulu kararı ile yapılanlar milli iradeli sayılırlar. Bunların kimler olduğu, 2451 Sayılı Bakanlıklar ve Bağlı kuruluşlarda Atama Usûlüne İlişkin Kanuna ekli (1) ve (2) sayılı cetvellerde gösterilmiştir. Valiler, Büyükelçiler, Yüksek Denetleme Kurulu üyeleri gibi bazı görevliler Bakanlar Kurulu Kararıyla; Müsteşarlar, Genel Müdürler ve Yardımcıları, İl İdare Şube Başkanları, Bölge Müdürleri, Vali Muavini, Kaymakam gibi (2) Sayılı cetvelde gösterilen görevliler de üçlü kararnameyle atanırlar.

<sup>5</sup> <sup>7</sup> **TOPUZ İBRAHİM:** “Memurin Muhakematı Hakkında Kanun Uyarınca Amirlerin Soruşturma Emri konusunda Yetki ve Sorumlulukları”, Yerel Yönetim ve Denetim, C.1, S.12, Aralık 1996, sh.40 vd.

tanınmış olup, bu bakımdan Vali ve memurun bağlı bulunduğu bakanlık da bu yetkiyi kullanılabilir<sup>58</sup>. Ancak, valilerin, Merkezi kendi illerinde bulunan Bölge Müdürlüklerindeki Bölge Müdürleri hakkında soruşturma emri veremeyecekleri kabul edilmiştir<sup>59</sup>. Ancak, diğer personel için bu yetkileri vardır.

Valiler, Müsteşarlar ve Elçiler hakkında, soruşturmaya ilgili bazı özel hükümler getirilmiştir (md. 8,9 ve 11). Bu özel hükümler, soruşturmanın açılmasından ziyade, karar kurulları ve yargılamayı yapacak mahkeme açısından getirilmiştir. Milli iradeli merkez memurlarının soruşturması bir kurul tarafından yürütülür (md.10).

### **b-Soruşturmacı**

Soruşturmayı, ya müfettişler, ya da muhakkik denem görevliler yürüteceklerdir. Soruşturmanın muhakkik eliyle yürütülmesi halinde, görevlendirilen soruşturmacının, hakkında soruşturma yapıldan üst veya en az ona eşit konumda bulunması gerekir. Soruşturmacılar, soruşturma görevlerini CMUK'da savcılarının hazırlık soruşturması sırasında tabi oldukları kurallara uygun olarak yürütürler, ifade alırlar<sup>60</sup>, bilirkişi incelemesi yaptırırlar, ancak arama yaptırılması gibi doğrudan doğruya kişi özgürlüklerine ilişkin hususları kendileri doğrudan yaptırılamazlar, bu konuda savcıya başvururlar<sup>61</sup>. Soruşturma sırasında, gerekirse bir önlem olarak memur hakkında görevden uzaklaştırma kararı verilebilir. Eğer soruşturmacı bir Bakanlık veya bağımsız genel müdürlük müfettişi ise, bu kararı bizzat verebilir<sup>62</sup>. Soruşturma sonucunda düzenlenen rapor, memurun yargılanması konusunda bir karar verilmek üzere, aşağıdaki karar kurullarına gönderilir.

### **B-Karar Verme Yetkisi**

Soruşturma sonucunda karar verme yetkisi, karar kurullarına tanınmıştır. Karar kurulları esasen üç adettir. İlçe ve İl İdare Kurulları ile,

<sup>5</sup> <sup>8</sup> **KIRMIZIGÜL**, sh.97.

<sup>5</sup> <sup>9</sup> **PINAR**, sh.25.

<sup>6</sup> <sup>0</sup> Memurların Sorgusunda da, CMUK 135'e uygun olarak dilerse Avukat bulundurabileceği, ifadesinin yazılı alınması halinde ise, gönderilen sorgu yazısında bir avukatın hukuki yardımından istifade edebileceğinin belirtilmesi gerektiği, Danıştay İdari İşler Kurulunun bir kararında belirtilmiştir (1993/29-26 Esas-Karar Sayılı ve 16.02.1993 tarihli karar. **Danıştay Dergisi**, S.88, sh.36-40).

<sup>6</sup> <sup>1</sup> **ÖZCAN ÇAĞATAY**: "*Memurun Muhakematı Hakkında Kanun'a Göre Yapılan Soruşturmalarda Görevlendirilen Soruşturmacının Yetkileri*", Türk İdare Dergisi, C.411, sh.160 vd.

<sup>6</sup> <sup>2</sup> Devlet Memurları Kanununun 137'nci maddesine göre atamaya yetkili amir, kaymakam ve valilerin de görevden uzaklaştırma yetkisi vardır. İşlemin Ceza Soruşturması sebebiyle yapılması halinde süresi yasa da gösterilmemiştir. Ancak, iki ayda bir işlemin gözden geçirileceği belirtilmiştir. Doğaldır ki, en çok yargılama sonucunda bu işlem ortadan kalkar: Ya memur görevine iade edilir, ya da duruma göre görevine son verilir.

Danıştay İkinci Dairesi. Bir de, Bakanlık ve diğer kuruluşların merkezlerinde oluşturulan kurullar vardır. Ancak bu kurulların üye sayısı ve kimlerden oluşacağı belli değildir. Her bir olayda, o olaya mahsus olarak oluşturulmaları dahi mümkündür. Kurulların başlıca;”lüzum-u muhakeme”, “men-i muhakeme” veya “karar verilmesine yer olmadığı kararı” şeklinde kararlar vermeleri mümkündür.

- a- **İdare Kurulları:** İl ve İlçelerde kurulmuşlardır. Başka görevlerinin yanı sıra, memurların yargılanması konusunda karar vermek görevleri de bulunmaktaydı. Bu kurullar, memurun görev yeri esasına göre karar verirler. Diğer bir ifadeyle, bir ilçe memuru hakkında daha üst idari amirlerce soruşturma açılrsa dahi, yine görev yeri ilçe idare kurulunca karar verilecektir.
- b- **Danıştay İkinci Dairesi:** Mili iradeli memurlar ile, Vali, Müsteşar ve Elçiler hakkında birinci derecede karar, Danıştay İkinci Dairesince verilir<sup>63</sup>.
- c- **Merkezde Oluşturulan Kurul:** Bakanlıkların ve diğer kuruluşların Merkez memurları hakkında karar vermek üzere, kuruluş merkezlerinde Bakan veya Daire Amirince bir kurul oluşturulur.

Görüldüğü üzere, Danıştay ikinci Dairesi'nin bu husustaki görevinin belirlenmesinde atama usûlü esas alınırken, diğer kurulların görevleri, memurun görev yeri esasına göre belirlenmektedir.

Kurullar, kural olarak, memurun yargılanmasına ya da yargılanmamasına (lüzum-u muhakeme ve men-i muhakemesine) karar verirler. Bunun dışında, bir karar çeşidi de “karar verilmesine yer olmadığı şeklinde gelişmiştir. Gerçekten de, eylemin suç olmadığı açık olması, sadece disiplin cezasını gerektirir nitelikte bulunması yahut sanığın memur olmaması gibi durumlarda, MMHK'a göre bir karar verilmesi gerekmeyeceğinden, “karar verilmesine yer olmadığı” kararları verilmiştir.

#### **d- Kararlara Karşı İtiraz**

Karar Kurullarının kararları aleyhine, hakkında lüzum-u mahkeme (yargılanması gereği) kararı verilen memura, kararın kendisine tebliğinden itibaren 5 gün içerisinde itiraz imkânı tanınmıştır (md.5). Eğer yargılanmasına gerek olmadığı (men-i muhakeme) kararı verilmişse, memurun dairesi üstünün ya da şikayetçinin aynı şekilde itiraz imkânı mevcuttur. Ancak, itiraz edilmese dahi men-i muhakeme kararı bir üst meclis tarafından incelenir.

<sup>63</sup> Yasa, Mülkiye Dairesi'nde söz ediliyor. Şura-yı Devletin Mülkiye Dairesinin görevleri, Danıştay'ın bugünkü yapılanmasında İkinci Daireye verilmiştir.

İtiraz, bir dilekçe ile üst itiraz mercii olan Danıştay ya da Bölge İdare Mahkemesi'ne sunulmak üzere kararı veren kurula yapılır. İl İdare kurullarının kararlarına itiraz, yasaya göre mafevk (üst) meclis olan il idare kuruluna (md.6) yapılıyordu. Ancak, bu kural, yargısal denetim yolunu kapattığı gerekçesiyle Anayasa Mahkemesince iptal edilmiş<sup>64</sup>, bunun üzerine MMHK bir madde eklenerek, ilçe idare kurulu kararlarına karşı itirazların il idare kuruluna değil, Bölge İdare Mahkemelerine yapılması kuralı getirilmiştir<sup>65</sup>. İl İdare Kurulu ve Merkezde oluşturulan kurullar aleyhine Danıştay 2'nci dairesine; Danıştay ikinci dairesinin ilk derecede verdiği kararlar aleyhine de idari işler kuruluna itiraz edilir. İtiraz üzerine verilen kararlar kesindir, tekrar itiraza konu olmazlar.

Sonuçta, eğer memurun yargılanmamasına (men-i muhakeme) karar verilirse, süreç bitmiştir, artık memur herhangi ceza suçlamasına muhatap değildir. Tersine, yargılanması kararı kesinleşirse, dosya, ilgili Cumhuriyet Savcılığına gönderilir ve böylece iddia adli makamların önüne gitmiş, adli aşama başlamış olur. Artık savcıya düşen, hazırlık soruşturması evrakı tamamlanmış olan dosyayı (iddianameyi), bir üst yazıyla Mahkemeye intikal ettirmek (dava açmak) ten ibarettir. Yargılama, kural olarak, genel kurallara göre yetkili ve görevli olan mahkemede yapılır. Ancak, MMHK bazı özel yetki kuralları da getirmiştir. İllerdeki milli iradeli memurlar, en yakın ildeki mahkemede yargılanır. Bu ilin hangisi olacağı, Lüzum-u Muhakeme kararında gösterilir. Valilerin yargılanması, Yargıtay'ın ilgili Ceza Dairesince yapılır. Bu kararların temyizi de Yargıtay Genel Kurulunda karara bağlanır. Büyükelçilerin yargılanması da aynı usûle tabidir.

#### **D- MMHK'un Uygulanması**

Kanun, 1913 yılından 1999 yılı Aralık ayına kadar (04.12.1999) 86 yılı aşkın süre uygulanmıştır. Bu uygulama sırasında Devlet Yapısı İmparatorluktan Cumhuriyete dönüşmüş, Kanun-u Esasi dahil, beş ayrı Anayasaya muhatap olunmuştur. Gerçi, bir ara karar kurulları bakımından küçük bir kesinti yaşanmış, daha doğrusu, Osmanlı Şura-yı Devletinin Osmanlı Devletiyle birlikte sona ermesi üzerine, Cumhuriyet döneminde 669 Sayılı kanunla eski dönem içerisinde Mülkiye Dairesinin (şimdiki 2.Daire) memur yargılamasına ilişkin görevleri, Milli Egemenliğin tek sahibi olan Milli Meclisin kendi içinden seçtiği bir Encümen (komisyon) tarafından

<sup>64</sup> <sup>4</sup> Anayasa Mahkemesinin 1991/26 Esas, 1992/11 Karar sayılı ve 27.02.1992 tarihli kararlı. Resmî Gazetenin 23.11.1992 tarih ve 21414 Sayılı nüshası. **AMKD**, S.28, C.1, sh.157-175. Davada, her zaman olduğu gibi yine yasanın tüm maddelerinin iptali istenmiştir. Ancak yasa, sadece ilçe yönetim kurul kararlarına karşı itirazı düzenlenen 6'ncı maddesi hükmünü yönünden Anayasa'nın 9(yargı yetkisi), 36 (hak arama hürriyeti) ve 125 (Yargı yolu) inci maddelerine aykırı görülerek iptal edilmiştir.

<sup>65</sup> <sup>5</sup> 1994 yılında 4005 Sayılı yasayla MMHK'a eklenen kural.

yerine getirilmiş<sup>66</sup> ve böylece, Danıştay'a ara verilmiş, ama yasanın uygulanmasında süreklilik sağlanmıştır.

Bu 75 yıl boyunca, yasanın sürekli eleştirildiğini ve bu eleştirilerin 1961 Anayasasından sonra dozunun çok arttığını ve yoğunlaştığını görüyoruz. Gerçekten de, daha 1950'lerin başında bu kanunun kaldırılmasının istendiğini<sup>67</sup> ve hatta kaldırılmasının düşünüldüğünü<sup>68</sup> anlamaktayız. Fakat 1961 Anayasasından sonra, Anayasa Mahkemesi de kurulunca, görüşlerin hukuksal güç elde etmesi yolu açıldı ve MMHK'nun Anayasaya aykırılığının öne sürülmesi süreci başladı. Yüksek Mahkeme, bu konudaki ilk iptal kararını 1963 yılında verdi<sup>69</sup> ve yasanın, Bakanlara tutuklama yetkisi veren 16'ncı maddesini iptal etti<sup>70</sup>. Ancak, kanuna asıl itirazlar, memurları ayrıcalıklı duruma getirerek Anayasanın eşitlik ilkesinin ihlâl edildiği<sup>71</sup> noktasında öteden beri süregeldiği için, çok sayıda iptal başvurusu daha sonraları yasanın bütünü bakımından yapıldı ama, bunların hepsi de reddedildi. Ta ki, 1992 yılında, 6'ncı maddenin ilçe idare kurulu kararlarına karşı ancak il idare kuruluna itiraz edebilmesini düzenleyen hükmünün iptaline kadar ve hatta ondan da sonra, başka bir iptal hükmü verilmedi. Zaten 1982 Anayasası, 1961 Anayasasından farklı olarak, memurlar ve diğer kamu görevlileri hakkında ceza kovuşturması yapılmasını, istisnalar dışında, kanunun gösterdiği yetkili idari merciin iznine bağlayarak (md.129/son) bir anlamda kanuna Anayasal Meşruiyet sağlamak istemiş, ayrıca, anayasaya aykırılık iddialarını, iddianın bir kez reddedilmesi halinde, 10 yıl süreyle yasakladığı için de bir ölçüde mevcut yasa(lar) lehine bir istikrar sağlamıştır(md.152/IV). Böylece, eşitlik ilkesine aykırılık iddiası kökten çözülmüş oluyordu<sup>72</sup>. Nitekim, MMHK, Anayasa Mahkemesince, Anayasa Mahkemeli dönemdeki 40 yıla yakın ömrü boyunca, genel yapısı itibariyle hep Anayasaya uygun bulunmuştur. Fakat,

<sup>6</sup> <sup>6</sup> **ERDOĞDU**, sh.915-916.

<sup>6</sup> <sup>7</sup> **ERMAN**, Sahir: “*Memurin Muhakemat Kanunu Kaldırılmalıdır*”, Cumhuriyet Gazetesi, 12.06.1950.

<sup>6</sup> <sup>8</sup> **KUNTER NURULLAH**: “*Memurin Muhakematı Kanunu Kaldırılırken*”, Cumhuriyet Gazetesi, 26.04.1953.

<sup>6</sup> <sup>9</sup> Anayasa Mahkemesinin 20.09.1963 tarih ve 1963/59 –225 Esas-Karar Sayılı kararı. **AMKD**, S.2, sh.41-43.

<sup>7</sup> <sup>0</sup> **YÜCE TURHAN TUFAN**: “*Memurin Muhakematı Kanununun Anayasaya Aykırılığı ve Anayasa Mahkemesinin Bu Konudaki Kararı üzerine*”, ABD, C.25, S.5; **ÖZEK ÇETİN**: “*Memurin Muhakematı Kanunu ile İlgili Bir Anayasa Mahkemesi Kararının İncelenmesi*”, İÜHFİM, C.XXXIII, S.1-2.

<sup>7</sup> <sup>1</sup> MMHK karşı ileri sürülen eleştiriler için bkz. **ÖZCAN ÇAĞATAY**: “*Memurların Yargılanmasına İlişkin Sistemde Yapılması Gereken Değişiklikler*”, Türk İdare Dergisi, C.71, S.425, sh.48-49.

<sup>7</sup> <sup>2</sup> Hukuken böyle olmakla birlikte, yerindelik açısından tartışmalar hiç bitmedi. Kimisi, aksayan yönlerin düzeltilmesini isterken (**ÖZCAN ÇAĞATAY**: Türk İdare Dergisi, S.425, sh.47-60), kimileri de bu düzenlemenin toptan kaldırılmasını öneriyordu: **KELEŞ MEHRİGÜL**: “*Memurin Muhakematı Hakkında Kanun Kaldırılmalıdır*”, İzmir Barosu Dergisi, Ocak 1996, sh.60 vd.

bu kanunun yürürlükten kaldırılmasına ilişkin asıl zorlama, sınırlarımız dışından, uzaklardan geldi ve belki de çok acele bir şekilde, yeni bir kanun kabûl edilerek, 04.12.1999'da 4483 Sayılı Memurlar ve Diğer Kamu Görevlilerinin Yargılanması hakkında kanun ile yürürlükten kaldırıldı. O halde şimdi, 4483 Sayılı yasanın getirdiği sistemi inceleyebiliriz.

## **I- 4483 SAYILI “MEMURLAR VE DİĞER KAMU GÖREVLİLERİNİN YARGILANMASI HAKKINDA YASA” NIN GETİRDİĞİ SİSTEM**

### **1-Genel Olarak**

#### **A-Sistemin Genel Mantığı**

Eski yasaya yöneltelen eleştiriler; memurların korunmasına yol açarak eşitliğe aykırı sonuç doğurduğu, idari soruşturma ve karar kurulları aşamasında çok fazla zaman geçmesiyle yargılamanın ya çok geciktiği, yahut da çoğu zaman suçun zamanaşımına uğradığı; “kol kırılır yen içinde kalır” mantığıyla mesleki dayanışma psikolojisi içinde bazı suçların cezasız kalmasının sağlanmasıyla adaletsizliğe yol açıldığı, profesyonel olmayan kişilerce soruşturma yapılması ve yargılama hususunda karar verilmesi sebebiyle adaletin gerçekleşmesine köstek olunduğu, idari görevlilerin yargısal karar vermelerinin yargı bağımsızlığı ile ilgili Anayasanın 140'ncı maddesine aykırı olduğu, hakimlik güvencesine sahip olmayan karar kurulu üyelerinin tarafsızlıklarını koruyamadıkları ve yanlı kararlar verdikleri gibi konularda yoğunlaşmaktaydı. Bu eleştirilerin karşılanması iki türlü olabilirdi: Ya, 1609 sayılı yasa ve daha sonra onun yerine geçen *3628 sayılı Mal Bildiriminde Bulunma ve Rüşvet ve Yolsuzluklarla Mücadele Yasasında* sayılı suçlar bakımından olduğu gibi, bütün suçlar bakımından memurların cezai soruşturmaları da genel hükümlere tabi tutulup, tamamen Cumhuriyet Savcılarına bırakılır, ya da bu eleştirileri mümkün olduğu ölçüde karşılayacak şekilde yeniden düzenlenebilirdi. Birinci seçenek tercih edildiğinde, belki sorun kökten çözülecek ve hiçbir “yeniden düzenlemeyle” tam olarak karşılanamayacak olan “eşitlik ilkesine aykırılık” eleştirisi de böylece karşılanmış olacaktı.

Ama bu seçeneğin de önünde, bu sefer Anayasal bir engel olarak 129'ncü maddedeki düzenleme yer almaktaydı. Buna göre, kural; memurların ceza kovuşturmasına tabi tutulabilmesi için, kanunun gösterdiği idari merciin izninin alınması gerekir. Herhalde 1961 Anayasası döneminde MMHK için yapılan Anayasaya aykırılık iddialarını bizzat Anayasada karşılamak suretiyle Anayasa koyucu bunları kökten bir çözüme bağlamak istemişti<sup>73</sup>. İstisnalara da kapıyı açık bırakan bu Anayasal normun, aslında var olan memur yargılama rejimine anayasal taban oluşturmak kaygısını taşıdığı her halinden bellidir. Çünkü, anayasanın yürürlüğe girdiği tarihte,

<sup>73</sup> **ÖZENSOY TALAT RASİM:** Kamu Görevlilerinin Yargılanması Usûlü, İçişleri Bakanlığı APK Başkanlığı yayını, Ankara 1990, sh.3.

düşünülen bu genel kuralın istisnası zaten vardı: Adli göreve ilişkin suçlar, CMUK hükümleri karşısında zaten genel hükümlere tabiydi ve Anayasanın yürürlüğünden sonra da 3628 Sayılı yasayla bu istisna hükmüne dahil ikinci bir suç grubu oluşturuldu. Sonuçta, MMHK hükümlerine giren suçlar, adeta görevin ihmali ve kötüye kullanılması (TCK.230 ve 240) suçları etrafında bırakılmıştır denebilir. Ancak bu, görevden doğan suçlar bakımından geçerli bir sınırlama sayılabilirse de, görev sırasında işlenen suçlar bakımından böylesi bir sınırlama mümkün değildir. Denebilir ki, 3628 Sayılı yasada sayılmayan ve ağır cezayı gerektiren suçüstü hallerinden de olmayan bütün suçlar, bu ikinci grubun kapsamına girebilir. Öyleyse, hemen önemli memur suçlarının hapsinin MMHK kapsamından çıkartılıp genel hükümlere tabi kılınmasına rağmen, yine de MMHK 'un uygulama alanı hatırı sayılır bir genişliğe sahip bulunmaktaydı.

Madem ki, Ceza Hukuku bakımından yargı birliğinin sağlanmasının önünde anayasal değişiklik gerekmesi gibi önemli bir engel vardı ve ayrıca, memurların ayrı bir yargılama usûlüne tabi tutulmasının özellikle Türkiye şartları sebebiyle gerekliliği konusunda da-aleyhteki fikirler kadar yoğun olmasa da- bir fikri (düşünsel) birikim vardı<sup>74</sup>, o halde en gerçekçi çözüm olarak, memur yargılama usûlünü -eşitlik ilkesiyle ilgili olanı hariç- eleştiriler çerçevesinde yeniden düzenlemek gerekliydi ve bu mümkündü: Suç bakımından kapsamını görevden doğan suçlarla sınırlamak, soruşturmanın idari aşamasını hızlandırmak, işin asıl sahibi olan Cumhuriyet Savcılarını da İdari Soruşturma aşamasında bir şekilde söz sahibi yapmak; çok önemli bir husus olarak da, yasanın kişi bakımından kapsamını, memur tanımını, işin niteliği gereği, ceza hukukunun kendine özgü tanımından idare hukukundaki memur tanımına oturarak, daraltmak şeklinde düzenlenmesi suretiyle, memur yargılamasının hukuksal rejimini, sakıncaları en aza indirilmiş bir hale getirmek mümkün olabilirdi<sup>75</sup>.

Bütün bu tartışmalar sürerken, tam da bu konuyla ilgili Avrupa İnsan Hakları Komisyonu<sup>76</sup> ve Mahkemesi<sup>77</sup> kararlarında önemli bazı gelişmeler oldu ve Türkiye, Memur Yargılama rejimi bakımından peş peşe yüklü tazminatlar ödenmesi gereken potansiyel bir durumla karşı karşıya kaldı. Bu kararlara göre, özetle: Yapılan soruşturmanın bağımsız organlarca yapılmadığı, yüzeysel kaldığı; en önemlisi de, bu yüzeysel soruşturmaya

<sup>74</sup> <sup>4</sup> **TİMUR TURGUT:** *Memurların Yargılanmaları Usûlü*, İçişleri Bakanlığı Tetkik Kurulu Yayınları No:8, Ankara 1971, sh.16-22.

<sup>75</sup> <sup>5</sup> **ÖZCAN**, sh.50-60.

<sup>76</sup> <sup>6</sup> Avrupa İnsan Hakları Komisyonununun 30.10.1997 tarihli raporu. Raport dolopte'le 30 octobre 1997 de la Commission sur la requête n° 21594/93 presentee par Sabriye OGUR, Avrupa Konseyi Yayını (**TEZCAN DURMUŞ**, "Türk İdari Yargı Sisteminin Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Açısından Değerlendirilmesi", 2000 yılında İdari Yargı Sempozyumu, Ankara 11-12 Mayıs 2000, Danıştay Yayını Bürosu Yayınları, sh.177, dn.119'dan).

<sup>77</sup> <sup>7</sup> Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin 08.07.1999 tarihli kararı (**TEZCAN**, sh.177, dn.119).



ilişkin itirazların incelendiği Danıştay aşamasında da, “Danıştay incelemesinin dosya üzerinden yapıldığı, soruşturmanın bu aşamasının da mağdura (somut olayda ölen kişinin yakınlarına) kapalı olduğu, bu kararın ona tebliğ edilmediği ve böylece Danıştay nezdinde itirazda bulunma hakkından mahrum kaldığı” ifade edilmektedir<sup>78</sup>. Bu kararlar üzerine, MMHK derhal yasama organının gündemine alınmış ve yeni bir düzenleme çalışmaları başlatılmıştır.

Yasanın genel gerekçesinde; memurların doğrudan doğruya ceza kovuşturmasına tabi tutulmasının sakıncaları (kamu hizmetinin işleyişini aksatacağı) anlatıldıktan sonra, kamu görevlilerinin asılsız isnatlara ve iftiralara karşı korunmasının zorunluluğu vurgulanıyor; fakat MMHK’da yer alan soruşturma aşamalarının çokluğu ve bu aşamalarda görev alanların (her halde idari karar kurulları kastediliyor olmalı) yetersizliği sebebiyle işlerin uzadığına işaret edildikten sonra; bu yasanın hem suç bakımından kapsamının genişliği(yani sırf görev sırasında işlendiği için görevle ilişkisiz suçları da kapsamı); ayrıca, Ceza Hukukundaki memur kavramının esas alınması suretiyle memur olmayanların kapsama dahil edilmesiyle uygulamanın kişi yönünden de çok lüzumsuz yere genişletildiği anlatılmaktadır.

Bütün bu sakıncaları gidermek üzere, idarenin izin kararını, adli nitelikte bir soruşturma sonucunda değil, adli süreç başlamadan önceki bir ön incelemeye dayandırması sistemi benimsenerek, soruşturmanın kurullar elinde sürüncemede kalmasının önlenmesi, görev sırasında işlense de görevle ilgisi olmayan suçların kapsam dışında bırakıldığı, vurgulandıktan sonra tasarının amacı; “Kamu yönetimini zaafa uğratmadan Memurlar ve Diğer Kamu Görevlilerinin görevleri sebebiyle işledikleri iddia olunan suçlarda yargılama aşamasına geçilmeden yapılacak soruşturmanın basit, etkili ve süratli biçimde işlenmesini sağlamak ve suçların cezasız kalmasını engellemek” olarak belirtilmektedir<sup>79</sup>.

## **B- Sistemin Dayandığı Temel İlkeler**

Böylece, 4483 Sayılı Memurlar ve Diğer Kamu Görevlilerinin Yargılanması Hakkında Yasa (MYY) nın temel ilkelerini şu şekilde belirleyebiliriz<sup>80</sup>.

<sup>7</sup> <sup>8</sup> Geniş bilgi için bkz. **DURMUŞ, Tezcan**, sh.177, dn.119.

<sup>7</sup> <sup>9</sup> **PINAR İBRAHİM: Memurlar ve Diğer Kamu Görevlilerinin Yargılanması Hakkında Kanun**, Seçkin Yayınevi, Ankara 2000, sh.30-31.

- (a) Kamu görevlilerinin yargılanması, kamu hizmetinin işleyişi zaafa uğratılmadan gerçekleştirilmelidir.
- (b) İdari izinle ilgili kararın verilebilmesi, yargılama aşamasından önce, tamamen idari nitelikli bir soruşturmaya dayanmalıdır. **Yani İdare, yargısal faaliyetin tamamen dışına çıkartılmaktadır.**
- (c) İdari izne esas olacak idari soruşturma (yasanın deyimiyle “ön inceleme” )nın **basit, etkili ve süratli biçimde işlemesi** sağlanmalı, böylece suçların (zamanaşımı gibi sebeplerle) cezasız kalması önlenmelidir.
- (d) **Yasanın kapsamı suç ve kişi açısından daraltılmak istenmiştir.** Sadece, Memuriyetten doğan suçlar yasa kapsamındadır, memuriyet görevi sırasında işlense de, sair suçlar kapsam dışına çıkartılmıştır. Kişi bakımından da, Memur kavramı, Ceza hukukundaki anlamıyla değil, idare hukukundaki anlamıyla alınmış ve böylece kapsam bu yönüyle de daraltılmak istenmiştir.
- (e) MMHK’da Soruşturma emri veren merci ile Yargılama konusunda karar veren kurul tamamen ayrı ayrı düzenlenmişti. Ama, 4483 Sayılı yasa, ön inceleme yapma ve soruşturma izni verme yetkilerini aynı makama vermiştir. Gerçi, bu ön incelemeyi, MMHK’da soruşturma öncesi yapılabilen incelemeye benzetirsek, orada da hem inceleme, hem de soruşturma onayları aynı makamca verildiğinden, arada fark olmadığı da düşünülebilir. Fakat bu düşünce, soruşturma aşamasının savcılıkça yürütülmesi ve “ön inceleme” aşamasında dahi savcıya itiraz hakkı tanınması sebepleriyle önemli bir tenkidi hak eder.

Şimdi, bu genel açıklamalardan sonra, yeni sistemi daha yakından tanıyabiliriz. Ancak, daha şimdiden şunu söyleyelim ki, adli sonuçlar doğursa da yargılama sürecinin tamamen dışına çekilmeye çalışılan bu yeni usûl, MMHK’a göre getirilen sistemde, soruşturma emri verilmeden önceki “inceleme” aşamasını karşılamakta<sup>80a</sup>, ama sonucu itibarıyla, karar kurullarının kararlarıyla bazen aynı, bazen de benzer sonuç doğurmaktadır. Gerçekten de, MMHK’nun 2’nci maddesi “memurun suç işlediği anlaşılırsa,... hakkında CMUK uyarınca soruşturma yaptırılır” demektedir. İşte bu “anlaşılırsa” hükmü, uygulamada, bir “inceleme” sonucunda gerçekleşmektedir<sup>81</sup>. MMHK’a göre soruşturma yetkisine sahip idari makam, suç iddiasından bir şekilde haberdar olduğunda, önce durumu incelemekte, bu inceleme sonucunda bir suç işlendiği yolunda ciddi bulgulara ulaşırsa, ancak o zaman MMHK’daki süreci başlatan “Soruşturma Emri” verilmekteydi. Bazen de, usûl ekonomisi yönünden, bu görev onayları “incelenmesi, gerekirse soruşturulması” şeklinde de olabilmekteydi. Bu

<sup>80</sup> **SAYIN DENİZ:** “Memurların ve Diğer Kamu Görevlilerinin Yargılanması Hakkında Yasa”, Çağdaş Yerel Yönetimler, C.9, S.1, sh.98-100.

<sup>80a</sup> **KIRMIZIGÜL,** sh.84.

<sup>81</sup> **KIRMIZIGÜL,** sh.85.

takdirde, soruşturmacıya (MMHK'un deyimiyle "muhakkik"e) bir çeşit yetki devri yapılmaktaydı ki<sup>82</sup>, bunun da iki pratik sonucu olmaktadır: Soruşturmaya gerek yoksa, görevlendirilen kişi bir inceleme raporu yazarak, soruşturmaya gerek olmadığı yolundaki kanaatini makama sunar, böylece işlem orada biterdi. Tersine, soruşturmaya gerek görüyorsa, makamdan ikinci bir soruşturma onayı almaksızın görevine devam edebiliyordu. İşte yeni sistem, eski işleyişteki "ön inceleme" aşamasını karşılamaktadır<sup>83</sup>. İnceleme sonucunda verilen "soruşturma izni" konusundaki karar ise; soruşturmaya izin verilmemesi halinde, eski sistemdeki "men-i muhakeme" kararıyla aynı sonucu doğurmaktadır. Şu kadar ki, bu karar, eski karara göre daha prosedürün en başında verilmiş bir karar olmaktadır. Soruşturmaya izin verilmesi halinde, yine eski "lüzum-u muhakeme" kararına benzemektedir ama, aynıysa değildir. Çünkü, burada verilen izin, hazırlık tahkikatının yapılması aşamasını başlatırken, "lüzum-u muhakeme" kararı, doğrudan yargılama aşamasını başlatmaktaydı. Çünkü, hazırlık soruşturması eski sistemde idare içinde cereyan etmekteydi. Böyle olunca, "Soruşturma İzni" verilmesi, mutlaka yargılamayla sonuçlanmayabilir, olabilir ki, savcı soruşturma sonucunda takipsizlik kararı versin. Bu yönleriyle, soruşturmaya izin verilmesine ilişkin karar, eski sistemdeki lüzum-u muhakeme kararından ayrılmaktadır.

Yeni sistem incelenirken; kapsam, suçu öğrenme, ön incelemenin başlatılması, ön incelemenin yapılması, soruşturma izni konusunda karar verilmesi, soruşturma izninin kesinleşmesi ve yargılama aşamaları karşımıza çıkmaktadır. Hatta, biraz daha basitleştirirsek, şemayı "kapsam", "ön inceleme", "soruşturma iznine ilişkin karar" şeklinde üç bölüme ayırabiliriz. Aşağıda bu ayırım esas alınacaktır.

## **2- Kapsam**

### **A- Suç Bakımından**

#### **a- Genel Kural**

Kapsam konusu, yasa bir usûl kuralı olduğuna göre, bu usûlün suç ve kişi bakımından uygulanacağı alanı ifade eder. Suç konusundaki kapsam bakımından MMHK ile MYY (Memur Yargılama Yasası – uzun adıyla: Memurlar ve Diğer Kamu Görevlileri Hakkında Kanun) arasında en önemli fark, görev sırasında işlenen suçların, görevden doğmaması halinde kapsam

<sup>82</sup> <sup>2</sup> Soruşturma emrini verecek makamın bu yetkisini devredemeyeceği yolunda Danıştay 1.Dairesinin görüşü ve ikinci dairenin kararları olmasına rağmen, bu anlamdaki bir yetki devrinin tartışıldığına hiç rastlanmamaktadır.

<sup>83</sup> <sup>3</sup> Nitekim, yeni yasada idari soruşturmaya verilen isim "ön inceleme" dir (Bkz.4483 sayılı yasa, md.5).

dışına çıkarılmış olmasıdır. Gerçekten de, MMHK'un 1'nci maddesindeki "memuriyet görevinden doğan veya memuriyet görevinin ifası sırasında" işlenen suçlar yasa kapsamında sayılmışken, MYY'nin 2'nci maddesinde, açıkça "görevleri sebebiyle işlenen" suçlardan söz edilmektedir. Bu ifade, MMHK'un 1'nci maddesindeki hükmün "Memuriyet Görevinden Doğan Suç" kısmına karşılık gelmektedir. Bu durumda, görev sırasında işlense dahi, görevle ilgisi bulunmayan darp, hakaret, sarkıntılık gibi suçlar, yasa kapsamında olmayıp, genel hükümlere göre soruşturulacaktır.<sup>83a</sup>

Nitekim, MMHK'un bu görev sırasında işlenen suçları görevle ilgisi olmasa dahi kapsam içerisinde sayan hükmü-elbette haklı olarak-onun en çok eleştirilen yönlerindendi. Yapılan düzenleme bu yönüyle oldukça olumludur. Ancak, yasanın, KİT'lere ilişkin 399 Sayılı KHK'nin 11'nci maddesinin (d) fıkrasını değiştiren 17'nci maddesi, oldukça kötü kaleme alınmıştır. Burada, Teşebbüs Genel Müdürü ve yönetim kurulu üyelerinin "**görevlerini icra sırasında**" işledikleri suçlardan söz edilmekte<sup>84</sup>, 2'nci maddedeki gibi "**görevleri sebebiyle işledikleri suçlar**" denilmemektedir. Burada, yasanın lafzından MMHK gibi geniş bir kapsama sahip olduğu çıkmaktadır. Ancak yasa koyucunun amacının sayılan KİT personelini de, memurlar ve diğer kamu görevlilerinden sayıp, bu yasaya tabi tutmak olduğu ortadadır. Nitekim madde gerekçesinden de yasa koyucunun amacının bu olduğu anlaşılmaktadır<sup>85</sup>. Fakat, meram ifade edilememiştir. Üstelik, maddedeki tek sakatlık bu da değildir. Cümlelerin devamında "*.....yargılanmaları, ilgili bakımın iznine bağlıdır*" diyerek, sanki hazırlık soruşturmasının MMHK'unda olduğu gibi idare tarafından yapılacağı gibi bir izlenim de edinilmektedir. Halbuki, izin belki sonuçta yargılanmaya yol açabilirse de, asıl savcılık soruşturmasının yapılabilmesine ilişkindir. Savcının, bu soruşturma sonucunda gerek görmemesi halinde dava açmaması, yani memurun yargılanmaması da mümkündür. Gerçi, yasanın "amaç" başlıklı 1'nci maddesi de yargılanma izninden söz etmektedir ki, bu da aynı şekilde isabetli değildir. Çünkü, devam eden maddelerden de açıkça anlaşılacağı üzere, idarenin izni yargılamaya değil soruşturma yapılmasına ilişkindir.

## b- İstisnalar

<sup>83</sup> <sup>3a</sup> Danıştay İkinci Dairesi, İl Valisi hakkında İçişleri Bakanı tarafından verilen "soruşturma izni verilmesine" ilişkin karara, sanık valinin itirazı üzerine, "öne sürülen suç iddiasının görev sebebiyle işlenen suç olmadığı için, genel hükümlere göre soruşturulması gerektiği ve bu sebeple kararın kaldırılmasına" karar vermiştir.(2000/2035-2963 Esas-Karar sayılı)TOPUZ, s.308.

<sup>84</sup> <sup>4</sup> SAYIN, sh.108, 19 nolu dn.

<sup>85</sup> <sup>5</sup> 17'nci madde gerekçesi: "22.01.1990 tarih ve 399 Sayılı KHK'nin 11'nci maddesinin (d) bendi değiştirilerek bu kanun hükümlerinin teşebbüs genel müdürü ve yönetim kurulu üyelerinin görevleri sebebiyle işledikleri suçlardan dolayı yargılanmaları bakımından da uygulanması sağlanmıştır".

Yasanın kapsamı “görev sebebiyle işlenen suçlar” olmakla birlikte, bazı suç çeşitleri normalde bu yasa kapsamında değerlendirilebilecek iken, bazı özel usûllere bağlandıkları için kapsam dışında kalmaktadırlar. Başta, “3628 Sayılı yasada sayılı suçlar”<sup>85a</sup> ve “adli göreve ilişkin suçlar”<sup>85b</sup> olmak üzere, MMHK uygulaması dışında kalan suçlar, bu kanunun da kapsamı dışındadırlar. Çünkü, “.....suçun niteliği yönünden kanunlarda gösterilen soruşturma ve kovuşturma usûllerine ilişkin hükümler saklıdır” (md. 2/II). Böylelikle, MMHK zamanında bu bakımdan yapılan bütün düzenlemelerin geçerliliği korunmuş, diğer bir ifadeyle, memur yargılama rejimine suç bakımından getirilen “istisnalar” sistemine dokunulmamıştır.<sup>85c</sup>

<sup>8</sup> <sup>5a</sup> 3628 sayılı Mal Bildiriminde Bulunulması,Rüşvet ve Yolsuzluklarla Mücadele Kanununa göre, zimmet suçunun da aralarında bulunduğu bazı suçlar Genel Hükümlere göre soruşturulacaktır(madde 17). Ancak, aynı yasanın 17/II. Maddesine göre;”Müsteşarlar, Valiler ve Kaymakamlar hakkında bu kanun uygulanmaz”. O halde anılan kişiler bu kanunda yazılı suçlarla suçlanmış olsalar dahi, haklarındaki ceza takibatı genel hükümlere göre değil, 4483 sayılı kanun hükümlerine göre yapılacaktır. Burada, önce 4483 sayılı kanuna suç esas alınarak bir istisna getirildiği, ancak “kişi” esas alınarak bu istisnaya tekrar bir istisna getirip, ilk halin(4483’e tabi olma) suç sebebiyle yeniden gerçekleştirildiği görülmektedir.”Kaymakamın suçu, 3628 sayılı kanun kapsamında olsa bile,(MMHK)4483’e göre soruşturulacağı” hakkındaki Danıştay İkinci Daire kararı, yukarıda izah edilen durumu anlatmaktadır(1998/1193-2214 Esas-Karar sayılı kararı).

<sup>8</sup> <sup>5b</sup> Müfettişin, gerçeğe aykırı rapor düzenlediği iddiasına ilişkin olarak Danıştay 2. Dairesi “Mahkemeyi yanıltıcı belge sunmak suçunun adli göreve ilişkin olduğu ve genel hükümlere göre soruşturulması gerektiğine” karar vermiştir(1995/2885 Esas, 1997/1833 karar sayılı kararı).**TOPUZ**, s.320.

<sup>8</sup> <sup>5c</sup> Son olarak, 2.1.2003 tarih ve 4778 sayılı “Çeşitli Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına İlişkin Kanun” ile,4483 sayılı kanunun kapsamı düzenleyen 2. Maddesine bir fıkra eklenerek; 243 ve 245. Maddeleri ile CMUK 154/IV. Maddesi kapsamında yapılacak soruşturma ve kovuşturmalarda, bu kanun(4483 sayılı kanun) hükümleri uygulanmaz denilerek, kanuna bir istisna daha getirildiği görülmektedir. TCK. 243 ve 245. Maddeler, Hükümet Memurları tarafından fertlere yapılacak kötü muameleleri;243, özellikle hakimlerin suçu söyletmek üzere zanlılara kötü muamelesini;245 ise, güç kullanma yetkisine sahip olanların, özellikle zabıta memurlarının görevlerini yerine getirirken aşırıya kaçırarak davranmalarını yasaklamakta;CMUK 154/IV ise, adli görev yürüten zabıta amirleri hakkında, hakimlerin görevlerinden dolayı tabi oldukları muhakeme usulünün uygulanacağını belirtmektedir. Buradaki düzenlemenin, hem kişi, hem de suç bakımından yapıldığı dikkat çekmektedir. İnsan haklarına yönelik düzenlemeler bağlamında, aslında 4483 sayılı kanun kapsamında bulunan iki suç daha bu kapsamdan çıkartılmaktadır. Yani, suç bakımından istisna getirilmesi söz konusudur. Oysa ki, aynı düzenlemenin CMUK 154/IV. Madde ile ilgili kısmının, yasa koyucunun amaçladığı gibi, zabıta amirleri bakımından da bu yasaya kişi yönünden de bir istisna getirdiği söylenemez. Çünkü, zaten anılan CMUK kuralında, zabıta amirlerinin adli görevlerle ilgili suçları bakımından“hakimlerin tabi olduğu muhakeme usulüne” tabi oldukları belirtilmek suretiyle 4483 sayılı yasa kapsamı dışında tutuldukları görülmektedir.

## **B- Kişi Bakımından**

### **a- Ceza Hukukundaki Memurdan İdare Hukukundaki Memura**

Memurlar ve Diğer Kamu Görevlilerinin Yargılanması Hakkında Yasa (MYY) nın, MMHK'a göre yaptığı diğer bir önemli yenilik, yasanın kapsamında yer alan kişileri bizzat tanımlayarak, memuru, Ceza hukukundaki tanımından kurtarıp, idare hukukundaki anlamına kavuşturmaya çalışmasıdır. Bilindiği üzere MMHK, varoluş nedeni zaten onların yargılanma usûlünü düzenlemekten ibaret olan “memur” u, belki de “malûm-u ilân” saydığından olacak ki, tanımlamamış; fakat uygulamada “memur”un hiç de bu kadar tanıdık olmadığı anlaşılınca TBMM işe karışarak bir tefsir kararı verip, buradaki memurun, Ceza Kanununda söz edilen memur olarak anlaşılması gereğine hükmetmiş; ancak, Ceza hukukundaki memurun da net bir tanımı bulunmadığı için, sorun adeta kazuistik yöntemle çözülmeye çalışılmış, bu konuda onlarca makale ve ciltlerle kitaplar yazılmış; sonuçta MYY(4483 Sayılı yasa) düzenlemesinde memurun, idare hukukundaki memur anlayışına yakın bir nitelendirmesi-ama yine tanımı değil-yapılmış ve bizce de sorun, genel usûl kurallarından ayrılmak anlamına gelen böylesi bir yasanın var oluş mantığına daha uygun bir tarzda çözülmeye çalışılmıştır.

Ancak, sorun sadece çözülmeye çalışmış, fakat tam olarak da çözülmüş değildir. Bilindiği üzere, memurun İdare Hukuku bakımından hukukumuzdaki en somut nitelemesi, 657 Sayılı Devlet Memurları Kanunu (DMK) nun 4.maddesinde yapılmıştır: “Mevcut Kuruluş biçimine bakılmaksızın, devlet ve diğer kamu tüzel kişiliklerince genel idare esaslarına göre yürütülen asli ve sürekli kamu hizmetlerini ifa ile görevlendirilenler” memurdur; bunlara DMK uygulanır.

Fakat, hemen fark edileceği üzere, bu tanım da, o kadar net değildir. “Mevcut Kuruluş biçimine bakılmaksızın” ifadesi belki kolayca anlaşılabilir: İster yasayla, ister yasanın verdiği yetkiye istinaden idari bir kararlar; ister merkezi idare içinde, ister yerinden yönetim kuruluşu şeklinde kurulsun, devlet ve diğer kamu tüzel kişileri kastedilmektedir. Ancak, “Genel idare esasları” ile “asli ve sürekli hizmet” kavramları daha soyut kavramlar olup, somutlaştırılmaya ihtiyaç duymaktadırlar.

İdare hukuku bakımından önem taşıyan ikinci bir memur sözcüğü, Anayasanın 128'nci maddesinde geçmektedir. Buna göre; “Devletin, kamu iktisadi teşebbüsleri ve diğer kamu tüzel kişilerinin genel idare esaslarına göre yürütmekte yükümlü oldukları kamu hizmetlerinin gerektirdiği asli ve sürekli görevler, memurlar ve diğer kamu görevlileri eliyle görülür”. Maddenin başlığında da “kamu hizmeti görevlileri” nden söz edildiğine göre; “kamu hizmeti görevlisi” bir üst kavram olmakta, bunlar, memurlar ve

O halde, yapılan bu düzenleme, belirtilen kısmı bakımından bir anlam taşımayacaktır.

diğer kamu görevlilerinden ibaret bulunmaktadırlar. Yani, memurlar da “kamu hizmeti görevlisi” olmakla birlikte, “kamu hizmeti görevlileri” memurlardan ibaret değildir; bir de “diğer kamu görevlileri” vardır.

Yine bu tanımda da “genel idare esasları” ile, “asli ve sürekli hizmet” kavramları yer almakta; DMK’ndaki tanımdan farklı olarak, “Devlet ve diğer kamu tüzel kişiliklerinin” yanına, “Kamu İktisadi Teşebbüsleri” de eklenerek, kapsam genişletilmiş bulunmaktadır. Adeta, matematiksel bir mantıkla, DMK., md.4 ve Anayasa 128’nci maddeyi yan yana getirip eşitlemeye çalıştığımızda, “KİT” ve “Diğer Kamu Görevlisi” unsurları açığa çıkmakta; adeta, diğer kamu görevlisinin”, KİT’lerde çalışan ve “genel idare esaslarına göre yürütülen asli ve sürekli hizmetleri gören” kişiler olduğu anlaşılmaktadır. Ancak, yasanın kapsamına baktığımızda, burada memur ve bazı KİT personeli dışında, belediye başkanı, meclis üyesi, muhtar gibi başka kamu görevlilerinin de yer aldığı görülmektedir. O halde, diğer kamu görevlileri, bu yasanın uygulanması bakımından, biraz genişçe düzenlenmiştir.

Böylece, İdare Hukuku bakımından memur kavramının yer aldığı bu iki temel hukuksal metne, bir de 4483 Sayılı yasa eklenmiştir. Bu yasanın kapsam maddesine göre; “Bu kanun, Devletin ve diğer kamu tüzel kişilerinin genel idare esaslarına göre yürüttükleri kamu hizmetlerinin gerektirdiği asli ve sürekli görevleri ifa eden memurlar ve diğer kamu görevlileri..... hakkında uygulanır”. Dikkat edilirse, burada, Anayasa’nın 128’nci maddesindeki kapsam kişi bazında esas alınmakla birlikte, kurum bazında “KİT” ler kapsam dışında tutulmuştur.

Yasanın amaçları arasında, memur yargılama rejimini kişi bakımından da daraltmak<sup>86</sup> bulunmaktadır. Ancak, yapılan bu düzenleme ile anılan amaca ulaşılabileceği kuşkuludur. Çünkü, MMHK anlamındaki memur, ceza hukuku prensipleri dahilinde “kamu erkini kullanan kişi” olarak algılanıp<sup>87</sup>, bu kapsamda düşünülmeyen odacı, şoför vb. gibi geniş bir memur kitlesi kapsam dışında mütalaa edilmişti<sup>88</sup>. Ancak şimdi, uygulamanın, 657 Sayılı yasa kapsamındaki bütün kamu personelinin ve hatta bunların da ötesinde “diğer kamu görevlisi” kapsamında yer alacak kişileri içine alacak şekilde gelişeceğini şimdiden söyleyebiliriz. Bu durumda, kapsamın MMHK’a göre pek de daraltıldığını, yani yasanın bu bakımdan amacına uygun bir düzenlemeyi içerdiğini söyleyemeyiz. Aslında yapılması gereken, İdare

<sup>86</sup> Bkz. Yasanın genel gerekçesi.

<sup>87</sup> Anayasa Mahkemesinin, 1580 Sayılı Belediyeler Kanununun müstahdemlerin de MMHK’a tabi olduklarını öngören 102’nci maddesini anayasanın 128 ve 129’ncü maddelerine aykırı bularak iptal etmiştir. 1992/44 Esas, 1993/7 Karar Sayılı ve 09.02.1993 tarihli kararı. **AMKD**, S.29, C.I, sh.270-277.

<sup>88</sup> Yargıtay Ceza Genel Kurulu, E.1988/71, K.988/187. Karar metni için bkz. **PINAR**, *Memur Suçlarında Soruşturma Usûlü*, sh.255.

Hukukunun memur ve hatta diğer kamu görevlisi anlayışı ile, Ceza hukukundaki memur kavramının kesişimi sağlanacak, yine matematiksel bir ifadeyle, memur kavramının bu iki farklı versiyonunun “kesişim kümesini” bulunacak bir düzenleme olmalıydı. Yani, idare hukuku tabanına oturtulan bu kavramlara göre belirlenecek personelden, kamu erkini kullananların ayrı bir yargılama rejimine bağlı tutulmasının, bu yasanın varoluş gerekçesi<sup>89</sup> ile uyduğu söylenebilir. Kamu hizmetinin görülmesinde hiçbir inisiyatif kullanmak ve karar vermek durumunda olmayan personeli, sırf bağlı olduğu hukuksal rejim sebebiyle yargılama usûlü bakımından ayrı bir kapsama almak, yasanın varoluş gerekçesiyle de bağdaşmamakta, hukuk anlayışının gittikçe daha çok geliştiği sosyal bünyemizde de tepkilere yol açmaktadır.

### **b- Kuramsal Tartışmadan Uygulamanın Gerçeklerine Dönüş**

#### **aa- Memur, DMK 'na göre Memur Olan Herkestir**

Kuramsal tartışmalar bir yana, yasanın kişi bakımından kapsamı belirlenirken, pratikte, öncelikle söylenmesi gereken, KİT'ler hariç, Devlet ve diğer kamu tüzel kişileri bünyesinde çalışan personelden DMK'na tabi olanların hepsi bu yasanın da kapsamındadır. DMK'na tabi olan personel bakımından “Genel İdare Esasları” ve “Asli ve Sürekli Hizmet” kıstaslarına ayrıca başvurmaya gerek bulunmamaktadır. Çünkü, “Genel idare esaslarına göre yürütülen asli ve sürekli hizmetler” zaten ancak memurlar eliyle görülür (DMK., md.4). Diğer bir ifadeyle, bu tür hizmetlerde görevlendirilmeyenler zaten memur sayılamaz. Yasa koyucunun, DMK'nun kapsamında memur olarak nitelediği, idarenin de kadrolarında bu sıfatla istihdam ettiği kişileri, ayrıca yukarıda sayılan ölçütlere tabi tutulup, MYY'na dahil olup olmadıklarını tartışmak mümkün değildir. Zira, böylesi bir tartışma, esasen o kişinin istihdam ediliş şeklinin tartışılması; sözcelimi , işçi olarak çalıştırılması gerekirken memur olarak çalıştırıldığı gibi bir anlam taşır ki, bunun da zaten bir anlamı olmayacaktır.

#### **bb- Diğer Kamu Görevlileri : Yeni Dönemde Yeni Tartışma**

O halde, MYY uygulaması açısından “Genel İdare Esasları” ve “Asli ve Sürekli Hizmet” kavramlarının tartışılabileceği alan, sadece “Diğer Kamu Görevlileri” kavramı bakımından olacaktır. Yukarıda izah edildiği üzere, 657 DMK ile Anayasanın 128'nci maddesi birlikte düşünüldüğünde, “diğer kamu görevlisi” kavramının kapsamı, KİT'lerde “genel idare esaslarına göre yürütülen asli ve sürekli hizmetler” le görevli personelle sınırlı olmayacaktır. *KİT'lerin bu nitelikteki personeli*, “399 Sayılı KHK'nin 3771 Sayılı yasayla değişik hükümlerine göre *genel müdür, genel müdür yardımcısı, teftiş kurul başkanı, kurul ve daire başkanları; müessese, bölge, fabrika, işletme ve şube müdürleri, müfettiş ve müfettiş yardımcısı ile ekli I sayılı cetvelde*

<sup>89</sup> Yasanın genel gerekçesinde, memurların ayrı bir yargılama rejimine tabi tutulmasının sebebi, “kamu hizmetinin işleyişinin aksamalara ve kamu otoritesinin saygınlığının zedelenmesine” yol açılması kaygısı olarak belirtilmektedir.



*unvanları gösterilen personeldir*<sup>90</sup>. Gerçi Anayasa Mahkemesine göre “diğer kamu görevlileri”, memurlar ve işçiler dışında kamu hizmetinin gerektirdiği asli ve sürekli görevlerde yönetime kamu hukuku ilişkisiyle bağlı olarak çalışanlar” dan<sup>91</sup> oluşmaktadır<sup>92</sup>.

Bu durumda, KİT’lerde ve hatta diğer kamu örgütlerinde çalışıp, asli ve sürekli görevlerde istihdam edilen sözleşmeli personelin de “diğer kamu görevlisi” kapsamında değerlendirilmesi gerekebilecektir. Gerçi, konumuz bakımından KİT’lerdeki memur ve diğer kamu görevlilerinin kimlerden ibaret olduğunun hiçbir önemi bulunmamaktadır. Çünkü, 4483 Sayılı yasa, genel kapsamının (2.md.) zaten dışında bıraktığı KİT personeli hakkında, 17’nci maddesiyle bir özel hüküm sevk etmiştir. Buna göre KİT’lerde sadece “Teşebbüs genel müdürü ve Yönetim kurulu üyeleri” (maddenin tartışmalı ve gerekçesiyle de çelişen üslûbu bir yana) MYY kapsamına alınmışlardır.<sup>92a</sup>

#### **cc- Belirleyici Unsur: Asli ve Sürekli Hizmet Kavramı**

Yukarıdan beri izah edilenlerden anlaşılacağı üzere, MYY’nin kişi bakımından kapsamının belirlenmesinde, ne yasa kapsamındaki kuruluşlarda DMK’na tabi personel bakımından, ne de KİT personeli bakımından “genel idare esasları” kavramı ile “asli ve sürekli hizmet” kavramlarının belirlenmesine gerek bulunmamaktadır. Halbuki, KİT’ler hariç, Devlet ve diğer kamu tüzel kişiliklerinde, asli ve sürekli hizmetleri yürütmekle görevli diğer kamu görevlilerinin varlığını kabûl ettiğimizde –ki bize göre bunun kabûl edilememesi gerektiğini yukarıda izah ettik- bu takdirde, MYY’na tabi olacak kişilerin belirlenmesinde, tıpkı MMHK uygulamasında olduğu gibi, sadece personelin tabi olduğu hukuksal statü değil, bunun yanı sıra fiilen yürüttüğü hizmetin niteliğine de bakmak gerekecektir. Diğer bir ifadeyle, DMK’na tabi olmayan bir kamu görevlisi de –ki bu sözleşmeli personel ve hatta bir işçi<sup>93</sup> olabilir- eğer çalıştığı kurumun genel idare esaslarına göre yürütmekte olduğu asli ve sürekli hizmetlerden biriyle

<sup>90</sup> GÖZÜBÜYÜK-TAN: sh.584-585.

<sup>91</sup> Any. Mhk.nin 1988/16 E., 1988/8 K.,sayılı ve 19.04.1988 tarihli kararı. RG: 23.08.1988, S.19908, sh.50; AMKD., S.24, sh.81-138. Sözleşmeli personel de, asli ve sürekli hizmeti kamu hukuku ilişkisi içinde gördüğünden, diğer kamu görevlisidir (sh.118).

<sup>92</sup> Halbuki mahkemenin daha sonraki bir kararına göre, sözleşmeli personel ile yürütülecek işler “asli” ve “sürekli” nitelik taşıdığından, bu grup personel, “memur ve diğer kamu görevlileri kavramları dışında kalan ve işçi de olmayan, yeni, kendine özgü bir istihdam türü” ne sahiptir. 988/5 E., 988/55 K. Ve 22.12.1988 tarihli karar. R.G.; 15.07.1989, S.20232, sh.48; AMKD., S.24, sh.465-525 (özellikle sh.499. Karar, KİT personeliyle ilgili olarak verilmiştir.

<sup>92a</sup> Danıştay 2. dairesi “Özelleştirme kapsamına alınmış KİT Genel Müdürü hakkında 4483 sayılı kanuna göre işlem yapılabileceğine” karar vermiştir(2001/33-222 Esas-Karar sayılı karar).

<sup>93</sup> Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun 09.02.1995 gün ve 1994/10 E., 1995/45 K. Sayılı kararı, **TOPUZ**, sh.5, dn.9.

görevliyse, bu takdirde o da MYY'na tabi olacaktır<sup>94</sup>. Bu düşünce dizisi, bizi, “diğer kamu görevlisi” nin tanımı bakımından, TCK'nin 279'ncu maddesindeki memur tanımına ve yasanın kişi bakımından uygulama kapsamını da tekrar MMHK'un kapsamına yaklaştırır<sup>95</sup>. Yasa koyucu hiç arzu etmediği halde, yasanın zaten geniş olan uygulama alanı, MMHK'u da aşacak şekilde genişleyebilir. Gerçi, MMHK ile aradaki en önemli fark, bu yasanın kapsamında sayılacak kişinin, her kim olursa olsun, idare kadroları içerisinde erimiş olmasının hiçbir duraksamaya yer vermeyecek derecede açık olduğudur. Asli ve sürekli hizmette görevli olma kavramı, TCK 279'daki “ister geçici, ister sürekli; ister gönüllü, ister zorunlu, ister ücretli, ister ücretsiz” ifadelerinden çok daha belirgindir. Geçici, zorunlu yada ücretsiz görev yapan personelin –özel bir yasa hükmü olmadıkça- MYY kapsamında değerlendirilmesi artık söz konusu olamaz. Nitekim Danıştay 1.Dairesi de, konuyla ilgili olarak verdiği görüşünde; asli ve sürekli görev kavramından yola çıkarak, yasanın kapsamını şöyle belirtmektedir. “Asli ve sürekli görevler, genel idare esaslarına göre, kamu gücü kullanılarak yürütülen görevlerdir. Bu görevlerde kamu gücü kullanarak çalışanlar ise kamu görevlileridir. Kamu görevlileri, kamu hizmetinin gerektirdiği asli ve sürekli görevlerde yönetime kamu hukuku ilişkisi ile bağlı olarak çalışan, kendilerine kadro tahsis edilen, bütçeden ödeme yapılan ve haklarında yasalarda belirlenen özel kurallar uygulanan memurlar ile diğer kamu görevlileridir”<sup>96</sup>. Fakat, bu karar oldukça ilginç bir düşünce silsilesiyle devam ediyor ve kamu gücünü kullanma yetkisi olmayan personelin yasa kapsamında olmadığı da burada şu gerekçeyle savunuluyor: TCK'nun uygulamasında bu gibi kişiler memur sayılmamaktadır. O halde, “maddi ceza hukukunun memur saymadığı ve memur suçlarıyla cezalandırmadığı kişileri, usûl hukuku yönünden ayrıcalıklı bir duruma getirip memurlar gibi soruşturmaya tabi tutmak düşünülemez”<sup>97</sup>.

Aslında, 1.Dairenin bu görüşü, bizim yukarıda savunduğumuz “idare hukukundaki memur ile ceza hukukundaki memur kavramlarının kesişiminin, yasanın kişi bakımından kapsamı olarak düzenlenmesi” fikriyle birebir örtüşmektedir. Böyle bir fikir üretiminde, elbette ki 85 yılı aşan

<sup>94</sup> <sup>4</sup> Anayasa Mahkemesi, İşçilerin Anayasa md. 128 kapsamında “diğer kamu görevlisi” sayılmayacağını belirtmiştir. Any. Mhk.'nin 1992/44 E., 1993/7 K. Sayılı ve 09.02.1993 tarihli kararı. AMKD., S.270-276; RG; 19.06.1993 gün ve 21612 Sayılı.

<sup>95</sup> <sup>5</sup> Nitekim, bir görüşe göre, her ne kadar işçi kadrosundakiler 4483 Sayılı yasa kapsamında sayılamazlarsa da, “kamu görevi yaparken görevleri sebebiyle ve görevlerinden doğan bir suç işlerlerse 4483 Sayılı kanuna göre haklarında işlem yapacaktır”. Topu, İbrahim, agm., sh.5.

<sup>96</sup> <sup>6</sup> Danıştay 1.D., E.2000/29, K.2000/59 Sayılı ve 17.04.2000 tarihli karar. Karar metni için bkz. *4483 Sayılı Memurlar ve Diğer Kamu Görevlilerinin Yargılanması Hakkında Kanun ve İlgili Mevzuat*, MEB Teftiş Kurulu Başkanlığı, Milli Eğitim Basımevi, Ankara 2000, sh.184-199 (özellikle sh.188).

<sup>97</sup> <sup>7</sup> Danıştay 1.Daire, agk, (aynı yerde).

MMHK tatbikatının katkısı ortadadır. Ancak, yasanın bugünkü düzenlemesiyle böylesi bir yorumun çok zor olacağı, ayrıca yargı yerlerinde böylesi bir standardı tutturmanın ise adeta imkânsız olduğunu söyleyebiliriz<sup>98</sup>.

Nitekim, Başbakanlık tarafından yayınlanan genelgede de;“genel idare esasları” kavramı Anayasa Mahkemesi Kararları çerçevesinde<sup>99</sup> izah edildikten sonra, asli ve sürekli görev kavramından hareketle, bu kavramdaki “görev” kavramıyla, Ceza hukukundaki memur kavramına dayanak olan kamu görevi (amme vazifesi) kavramı arasında bir eşitlik kurulmakta; böylece, 4483 Sayılı yasanın kişi bakımından kapsamı, TCK., 279. maddesindeki kamu görevi görenlerin asli ve sürekli bir devlet kadrosunda istihdam edilenlerle sınırlı şekilde belirlenmeye çalışılmaktadır<sup>100</sup>. Benzeri gerekçelerle Danıştay Birinci Dairesinin de aynı sonuca ulaştığını yukarıda görmüştük.

### **c- Tekrar Kuramsal Alan : Kamu Görevlileri Kamu Hizmeti Görürler**

Olması gereken hukuk bakımından bu görüşlere zaten biz de katılmakla beraber, mevcut hukuk kurallarımızın bu derece daraltıcı bir yorumu elverdiğini düşünmüyoruz. Bir defa, Ceza Kanunundaki “kamu görevi” kavramı ile idare hukukundaki “asli ve sürekli görev” kavramındaki, görev kelimesi arasında bir eşitlik, aynılık yoktur. İdare hukukunda, Ceza Kanununda olduğu gibi kamu hizmeti-kamu görevi ayrımı yoktur. Bilâkis, kamu idarelerine verilen kamu görevlerinin, bu idarelerce yerine getirilmesi faaliyetlerine kamu hizmeti denmektedir. Diğer bir ifadeyle, kamu hizmeti, idarenin kamuya sunduğu ikinci derecede kamu görevlerinin adı olmayıp, bütün kamu hizmetlerinin adıdır. O hizmeti sunanlara kamu görevlisi,

<sup>98</sup> Nitekim, bir Bölge İdare Mahkememiz, bir özel bankanın güvenlik görevlisini de 4483 Sayılı yasa kapsamında değerlendirmiş; mahkeme başkanıyla konuyu tartışmamızdan sonra, bu tarihten sonraki olaylar bakımından mahkeme içtihadından dönmüştür.

<sup>99</sup> Anayasa Mahkemesinin 1988/55 Sayılı kararı. Bu kararın esas no 1988/5 olup, karar tarihi 22.12.1988’dir. RG; 25.07.1989 tarih ve 20232. AMKD., S.24, sh.465-525. Bu karar, kavramı KİT’ler açısından tartışmaktadır. Ayrıca, 992/44 E., 993/7 K. Sayılı ve 09.02.1993 tarihli karar, Genel İdare esasları kavramı açısından da önemlidir. Genel İdare Esasları deyimini, idarenin, özel hukuk karşısında kamu hukukuna göre yürüttüğü, karşı tarafla eşit değil, ondan üstün durumda bulunduğu faaliyetlerini anlatır. Bu bakımdan KİT’lerin faaliyetleri Genel İdare Esasları kavramına girmezse de, bunların kendi bünyesi bakımından, yani iç bünye bakımından bazı faaliyetleri bu çerçevede düşünülebilir (yukarıdaki karar). Kavramın ayrıntıları için bkz. **GÖZÜBÜYÜK-TAN**: sh.578-580 ve 09.02.1993 tarihli Any. Mhk. Kararı metni için bkz. **AMKD**, S.29, C.1, sh.270-276.

<sup>100</sup> *Teftiş Kurulu Başkanlığı çıkışlı 07.02.2000 tarihli Başbakanlık Genelgesi*, MEB Teftiş Kurulu Başkanlığı, sh.144-166.

onların görevlerine de kamu görevi denirse de, yapılan faaliyetin genel adı kamu hizmetidir.

İkinci olarak, madem ki genel idare esaslarına göre yürütülen asli ve sürekli hizmetler memurlar eliyle yürütülmektedir (DMK., md.4) ve madem ki “yardımcı hizmetler sınıfı” da DMK’undaki sınıflardan biridir, o halde yasa koyucu, yardımcı hizmetler sınıfında çalışanların da, genel idare hizmetleri sınıfında her türlü kadroda çalışanların da “asli ve sürekli kamu hizmeti” gördüklerini kabûl etmektedir. Yasa koyucunun bu kabûlünü, görevi yasaları uygulamaktan ibaret olan yargı organının kararıyla aşmak mümkün değildir. Hele hele idari yorumlarla aşmak hiç mümkün olamaz. O halde yapılan bu tür yorumlar olması gereken hukuk bakımından ideal, ancak olan hukuk bakımından hukuka aykırı olacaktır.

#### **d- Yasanın Kapsamında Kalanlar : Ayrık Tutulanlar ve Eklenenler**

Sonuç itibariyle, 4483 Sayılı yasanın kişi bakımından kapsamı belirlenirken, 657 Sayılı DMK’una göre memur sayılan personelin tamamının bu kapsamda değerlendirilmesi yasal zorunluluk olup, bir kısmının yorum yoluyla yasa kapsamından çıkartılıp genel hükümlere tabi tutulması mümkün gözükmemektedir. Ancak, bu yasanın, genel ceza yargılama yasasına savcılarının re’sen soruşturma yapmaları bakımından bir istisna getirdiği, yani bir istisnai hüküm niteliği taşıdığı göz önüne alınacak olursa, istisna hükümlerinin dar yorumlanması yolundaki genel hukuk ilkesine uygun olarak, “diğer kamu görevlileri” bakımından dar yorumlanabileceği ve hatta dar yorumlanması gerektiği ortadadır. Nitekim, DMK’nun 4.maddesi ile Anayasa’nın 128’nci maddesi birlikte düşünüldüğünde, Anayasadaki “diğer kamu görevlisi” kavramının, KİT’lerde görev yapan personelden “genel idare esaslarına göre yürütülen asli ve sürekli hizmetlerde” istihdam edilen personelle sınırlı olarak anlaşılabilir; 4483 Sayılı yasa çerçevesinde ise, bu kavramın, sadece KİT’lerde görev yapan Teşebbüs Genel Müdürleri ile yönetim kurulu üyelerini<sup>101</sup> bir de köy ve mahalle muhtarları, belediye başkanları, belediye ve il genel meclis üyelerini<sup>102</sup> kapsadığı anlaşılmalıdır<sup>103</sup>.

<sup>1</sup> <sup>01</sup> 4483 Sayılı yasa, 17’nci madde. Teşebbüs genel müdürü ve yönetim kurulu üyeleri dışında kalan KİT personelinin 4483 sayılı kanuna tabi olmadıkları hakkında:D.2.D,28.11.2000 tarih ve 200/3172-3988 esas-karar sayılı kararı. **Danıştay Dergisi**, S. 105, s.54-57.

<sup>1</sup> <sup>02</sup> 4483 Sayılı yasa, 3/h, i,j.

<sup>1</sup> <sup>03</sup> Savunma kamu hizmetini gören askeri personel ile, adalet kamu hizmetini gören hakimlerin de “genel idare esaslarına göre asli ve sürekli” nitelik hizmet yürüten personel oldukları kuşkusuz olmakla birlikte, anayasal düzeyden başlamak üzere ayrı statüde düzenlemeleri ve bunun devamı olarak da ayrı bir

4483 Sayılı yasanın kişi bakımından kapsamını, onun 2'nci maddesi açısından böylece belirledikten sonra, işimiz bitmemektedir. Çünkü, Yasanın 16'ncı maddesi, birinci paragrafıyla bu kapsamın daha da genişlemesine, ikinci paragrafıyla da daha daralmasına yol açar niteliktedir. Bunun dışında, 2'nci maddenin ikinci paragrafı da, kişi bakımından bu yasanın istisnalarını koruyup, daralmasına yol açacak niteliktedir.

Bazı yazarlar bu istisnaları, katılımcı istisnalar ve ayrımcı istisnalar şeklinde incelemektedirler<sup>104</sup>. Başlıca, olağan durumda bu yasanın kapsamına girmeyecek iken, ilgili kuruluşun yasasındaki özel hüküm sebebiyle yasa kapsamına alınan kişiler, katılımcı istisnaları oluşturmaktadır. Nitekim, MYY'nın 16'ncı maddesi (birinci paragrafı), yasalarda MMHK'na yapılan atıfları bu kanuna yapılmış sayarak, bu kanunun (4483 Sayılı yasa) uygulandığını belirtmektedir. Gerçi, yasanın dayandığı memur kavramının idare hukukundaki anlamına çekilmesinden sonra, bu katılımcı istisnaların bazılarının bir anlamı kalmamış, diğer bir ifadeyle, zaten atıf yapan yasanın personelleri de bu yasa kapsamına alınmış olabilirler<sup>105</sup>.

Ayrımcı istisnalara gelince; bir defa MYY'nın 16'II'nci maddesinde belirtildiği gibi, yasalarda MMHK uygulanmayacağına ilişkin hükümler varsa, bu yasa da uygulanmayacaktır. Bunlar için özel bir yargılama yöntemi de belirtilmemişse, genel hükümlere tabi olacaklardır. Bunun dışında, bu kanundan önce özel bir yargılama yöntemine tabi tutulmuş olanlar da, kendi yasalarına göre soruşturulacak ve yargılanacaklar, MYY'na

---

yargılama rejimine sahip olmaları karşısında, konumuzun tamamen dışında kalmaktadırlar. Gerçi bu kamu görevlileri, Anayasa 128'nci madde anlamında "diğer kamu görevlileri" kapsamında sayılabilirlerse de, MYY açısından bu statüde görülemezler. "Diğer kamu Görevlisi" kavramının hukukumuzda girişinin ilginç öyküsü ve kavramın hukuksal niteliği hakkında bkz. **GÜRAN SAIT:** "Anayasanın 128 ve 129'ncü Maddeleri Yönünden Kamu Görevlileri Bakanların Durumu", AİD, C.17, S.3, Eylül 1984 ve daha detaylı ve güzel bir çalışma için bkz. **Aynı yazar:** "Anayasa Mahkemesinin 1982 Anayasası Döneminde Personel Hukukuna Bakışı", Anayasa Yargısı (6), Ankara 1989, sh.37-66; Konuyla ilgili sayılabilecek **yazarın diğer bir çalışması için bkz:** "Anayasanın (114 ve 140)'ncü Maddeleri Münasebetiyle Mukayeseli Bir Tetkik", İÜHFM, C.XXX, S.1-2.

<sup>104</sup> **ÖZENSOY**, sh.32-42. Aynı nitelendirme **TOPUZ**, agm., sh.6-8.

<sup>105</sup> Bunlardan en ilginç belediye personeli hakkında olanı sayılabilir. Nitekim, Anayasa Mahkemesi "müstahdem" sözünü iptal etmiş olsa da, belediyelerin memur sınıfındaki müstahdemleri zaten bu yasanın kapsamına girecektir. Diğerleri hk. bkz. Topuz, İbrahim, agm., sh.8. Ancak, burada yazar 2547 Sayılı YÖK kanununun 53'ncü maddesini de katılımcı istisnaya dayanak olarak göstermiştir ki, burada bir yanlış söz konusudur. Çünkü tam tersine, 53'ncü madde, bütün üniversite mensuplarını (akademik-idari) ayrı bir yargılama usûlüne tabi tutmaktadır. Hatta, 4483 Sayılı yasaya rağmen, bu 53'ncü madde gereği, hazırlık soruşturmaları idare tarafından yürütülecek ve memurlar için il idare kurulları lüzum-u muhakeme veya men-i muhakeme (diğerleri için de başka kurullar) vermeye devam edeceklerdir (Bkz. 4483 Sayılı yasa, md.2/II).

tabi olmayacaklardır<sup>106</sup>. Yasanın deyimiyile, “Görevleri ve sıfatları sebebiyle özel soruşturma ve kovuşturma usûllerine tabi olanlar” da, bu usûllere tabi olmaya devam edecekleri için, ayrımcı istisnaya dahil olacaklardır (4483 Sayılı yasa, md.2/II)<sup>107</sup>. Aynı maddenin, suç niteliklerine ilişkin istisnaya dair hükmü yukarıda incelenmişti<sup>108</sup>.

Demek oluyor ki, katılımcı ve ayrımcı istisnalar bakımından , MMHK ile MYY arasında hemen hemen hiçbir fark bulunmamaktadır.

### 3-Ön İnceleme

#### A-Genel Olarak

Anayasanın 129’ncu maddesi “Memurlar ve diğer kamu görevlileri hakkında işledikleri iddia edilen suçlardan ötürü ceza kovuşturması açılması, kanunla belirlenen istisnalar dışında, kanunun gösterdiği idari merciin iznine bağlıdır” demektedir. “Kovuşturma” terimi, ceza usul hukukunda yargılama aşamasını anlatmak için kullanılmakta, savcılık aşamasındaki işlemlere ise “Soruşturma” denilmektedir. Yani, Anayasaya göre, Memurlar ve diğer kamu görevlileri hakkındaki iddialarda, ancak yargılama aşaması adli makamlar önünde geçmek zorundadır. Ancak, bu da yasayla yetkili kılınan idari merciin iznine bağlı olacaktır. O halde, idari mercii “izin” vermeden önce doğal olarak bir soruşturma yapacak ve bu soruşturma da ceza davası açılması ya da açılmaması konusunda olacağı için, idari merciin kararı öncesi gerçekleşen işlemler idari soruşturma niteliği taşıyacak ve savcının görevi idari görevlilerce yerine getirilecektir. Özetle; Anayasa, MMHK’un getirdiği sisteme Anayasal bir dayanak hazırlamış; kanunla belirlenen istisnaları da saklı tutarak, 3628 Sayılı yasa ve diğer “ayrımcı istisnalara” da Anayasal müsaadele bulunarak, Anayasa yargısında iptal edilmemelerini sağlamıştır.

Burada, yasalardaki sözcüklerin (idari merci, idari makam) anlamlarını tartışarak, belki bulunacak bazı nüanslardan hareketle net olmayan bir çığırdada yol alıp bazı sonuçlara ulaşmaya çalışmak beyhudedir.

<sup>1</sup> <sup>06</sup> **TOPUZ**, sh.6-7.

<sup>1</sup> <sup>07</sup> **Topuz**’un ayrımcı istisna olarak saydıklarından 625 Sayılı özel öğretim kurumları yasası, ayrımcı değil, katılımcı istisna sayılabilir. Çünkü bu yasa, önceleri Ceza Kanununun tatbikinde bu kurumların yönetici ve öğretmenlerini memur saymış, Yargıtay bunu MMHK’un uygulanması için yeterli saymamışken, daha sonra, yasanın ilgili maddesine “ve kovuşturulmasında” hükmü eklenerek, MMHK kapsamına dahil edilmesi sağlanmıştır. Gerçi bu da ilginç olacak: Çünkü yasada açıkça MMHK’a atıf yapılmıyor ama, o anlama gelen bir düzenleme yapılmış oluyordu. Şimdi, memur kavramı Ceza hukukundaki anlamından sıyrılıp, idare hukukundaki anlamına aktarıncaya, yargı yerlerinin bu kez de 625 Sayılı yasaya tabi kurumların yönetici ve öğretmenlerini MYY kapsamında görmemesi kuvvetle muhtemeldir. Ama, bu halde dahi bir ayrımcı istisna söz konusu olmayıp, kapsam dışındaki kişilerin durumu genel hükümler çerçevesinde çözülmüş olacaktır.

<sup>1</sup> <sup>08</sup> Bkz. Yukarıda, “*Suç Bakımından Kapsam*” bölümü.

Ancak, MYY ile getirilen sistemin, idarenin izin verme faaliyetini hazırlık soruşturmasının dışına çıkardığı ortadadır. Nitekim, bu sistemde de idari merciler izin vereceklerdir ama, bu iznin konusu, “kovuşturma yapılması” değil “soruşturma yapılması”dır<sup>109</sup>. Bu yönüyle, belki anayasayla tam bir uyum içerisinde olmadığı düşünülebilirse de, sonuçta, yargılama yapılıp-yapılmayacağı da bu soruşturma izninin verilip-verilmemesiyle ilgili bir konu olduğuna göre, sistemin anayasaya uygun olduğu kabûl edilmelidir<sup>110</sup>. Gerek anayasanın bu maddesinin ve gerekse memurların yargılanmasına ilişkin rejimin mantığında, apaçık asılsız isnatlardan memuru koruyarak, kamu hizmetinin zarar görmesini önlemek var olunca, idarenin bir çeşit “süzgeç” görevini görebilmesi için ille de hazırlık soruşturması yapması gerekmediği kolayca söylenebilir<sup>111</sup>. O halde, hazırlık soruşturması öncesi yapılacak makûl bir inceleme de aynı sonucun elde edilmesine yetebilir.

Bu sistemde, idare bünyesinde yapılacak iş, artık, yargısal nitelikli sonuçlara yol açsa da; tamamen bir idari işlem niteliğindedir. Hal böyle olunca, ön inceleme aşamasında, ön incelemeyle görevli olanların yetkilerini kullanırken CMUK’na göre de işlem yapabileceklerini – ki bu hüküm yasaya TBMM Genel Kurulunda eklenmiştir - belirten yasanın 6’ncı maddesi bir dizi sorunlara yol açmıştır. Gerçekten de; “*ön inceleme aşamasında –yasada ceza yargılama usûlüne ilişkin hüküm var mıdır da, bu yasada hüküm bulunmayan hususlarda CMUK’na göre işlem*” yapılabilir<sup>112</sup> Esasen, bütün amacı, isnadın ciddi olup olmadığı noktasında yetkili idari mercide bir kanaat oluşturmaktan ibaret bulunan ön inceleme faaliyetinde, ön incelemeyle görevli olanları CMUK’undaki hazırlık soruşturmasının gerektirdiği sıkı şekil kurallarıyla bağlı kılmaya yol açar nitelikte düzenlemelere muhatap etmek, işin gereğiyle bağdaşmaz. Zaten, tanınan çok kısa süre sebebiyle, bu gerçekçi de olmaz.

Yasanın getirdiği sisteme göre, ön inceleme, soruşturma izni konusunda karar vermeye yetkili mercii, bu kararını verebilmek için kanaat sahibi olabilmesini sağlamaya yönelik idari bir faaliyettir. Ön inceleme faaliyetinin başlayabilmesi için, yetkili mercii, öncelikle suç isnadından haberdar olmalı, diğer bir deyişle suçu öğrenmeli; sonra, ön

<sup>109</sup> “Ceza kovuşturması”nın “kamu davası açmak” anlamına geldiği, bunun öncesindeki soruşturma aşamasını ifade etmediği belirtilerek de 4483 Sayılı yasa eleştirilmiştir. Bkz, **MALKOÇ İSMAIL**, *Memur Yargılaması*, Ankara 2000, sh.11.

<sup>110</sup> SAYIN, aksi görüşü savunur gözükmemektedir. Bkz, **SAYIN**, sh.99, dn.14.

<sup>111</sup> Danıştay 1.Dairesi de, 4483 Sayılı yasayı Anayasanın 129/(son) maddesi gereği olarak değerlendirmiştir. Bkz. *ag.*, sh.188.

<sup>112</sup> “Ortada hazırlık soruşturması olmadığına göre, ortada sanık ya da tanık yokken kimin nasıl ifadesine başvurulacaktır; ifadesine başvurulmuş müdafii bulundurabilecek midir; bilirkişi tayin edilebilecek midir, edilebilirse süreler nasıl uyulacaktır; sanığın ihzarı mümkün müdür, keşif yapılabilecek midir; ön inceleme, savcının mı ya da zabita makam veya memurlarının mı yetkisini kullanacaktır.? Kısacası madde son derece kötü düzenlenmiştir”. **SAYIN**, sh.105.

incelemeyi başlatmalı, yasada yazılan sürede ve şekilde ön inceleme yapılmalı ve yetkili mercie sunulmalıdır. Kısaca, ön inceleme faaliyetini, ön incelemenin başlatılması ve ön incelemenin yapılması aşamalarına ayırabiliriz.

### **B-Ön İncelemenin Başlatılması**

Ön İncelemenin başlatılabilmesi için, öncelikle suçun öğrenilmesi gerekecektir. Yasaya göre, suçun yetkili merci tarafından öğrenilmesi üzerine (md.4) bir ön inceleme başlatılacaktır (md.5). Yetkili merci, yasada "soruşturma izni vermeye yetkili mercileri" düzenleyen 3.maddede sayılanlardır. Diğer bir ifadeyle, ön incelemeyi yaptıran merci ile soruşturma izni konusunda karar verecek olan merci aynıdır. Bu yasanın, MMHK' dan ayrıldığı önemli noktadan biri de budur. Bilindiği üzere MMHK'un sisteminde soruşturma emri veren ile yargılama konusunda karar verenler birbirinden kesin surette ayrılmıştı. O halde,4483 sayılı yasada yetkili mercilerle ilgili düzenlemeyi öncelikle görmeliyiz.

#### **a-Yetkili Mercii**

Hem inceleme yapacak veya yaptıracak, hem de bunun sonucunda soruşturma izni konusunda karar verecek olan yetkili merciler, şöylece düzenlenmiştir (3.md.):

**aa-Kaymakam** : İlçede görevli memurlar ve diğer kamu görevlileri(3/a).Ayrıca, köy ve mahalle muhtarları bakımından da ilçede kaymakam yetkilidir (3/j)<sup>12a</sup>.

**bb-Vali** : İlde ve Merkez ilçede görevli memurlar ve diğer kamu görevlileri (3/b) ile merkez ilçedeki belediye başkanları ve belde belediye meclisi üyeleri hakkında buldukları ilin valisi, yetkili mercidir<sup>12b</sup>. Görüldüğü üzere, ilçe belediye başkanları ve meclis üyeleri hakkında, ne kaymakam, ne de vali yetkili değildir; Vali, bu bakımdan merkez ilçede kaymakama benzetilmiştir. Yasanın bu düzenlemesi, yerel siyasi önderlerle

<sup>1</sup> <sup>12a</sup> "İlçe Devlet Hastanesinde doktor olan sanık hakkında Sağlık Bakanı'nın soruşturma izni veremeyeceği;bu konudaki kararı Kaymakamın vereceği ve itirazın da Bölge İdare Mahkemesine yapılacağına" karar verilmiştir. (D.2.D.,2000/1972-2826 E-K)."İlçe Belediye Başkan Yardımcısı hakkında soruşturma iznini İçişleri Bakanı değil, İlçe Kaymakamının vereceği" hakkında .D.2.D.,2000/2720-3238 E-K sayılı"İlçe Vergi Dairesi Müdürü hakkında soruşturma iznini ilçe kaymakamının vereceği ve itirazın Bölge İdare Mahkemesine yapılacağı" hakkında.D.2.D.,2000/3271-3759 E-K sayılı. **TOPUZ**, sh.345 vd.

<sup>1</sup> <sup>12 b</sup> "İl Jandarma Komutanı hakkında soruşturma iznini Valinin vereceği ve bu karara itirazın Bölge İdare Mahkemesine yapılacağı" hakkında.D.2.D.,2000/3398-3834 E-K sayılı."Büyükşehir Belediyesi Müfettişi hakkında soruşturma izni ve ön inceleme yaptırma yetkisinin Valiye ait olduğu ve itiraza Bölge İdare Mahkemesinin bakacağı" hakkında.D.2.D.,2000/3175-3702 E-K sayılı. **TOPUZ**, sh.345 vd.



mülki amirleri karşı karşıya getirmemek amacını gütmektedir. Ancak, bir ilçe belediye başkanı ya da meclis üyesi konusunda yetkili mercinin İçişleri Bakanı olarak düzenlenmesi pek isabetli olmamıştır. Çünkü, bizzat kullanılması gereken bu yetkinin bu yoğunlukta İçişleri Bakanınca gereğinin yerine getirilebilmesi beklenmemelidir. Nitekim, TBMM’de kabûl edilen 27.06.2001 tarih ve 4696 Sayılı yasanın birinci maddesiyle, 4483 Sayılı yasanın 3’ncü maddesinde değişiklikler yapılarak, ilçe ve alt kademe (büyük şehirdeki ilçeler) belediye başkan ve meclis üyeleri hakkında da Valinin yetkili merci olması düzenlenmiş, ancak bu yasa Cumhurbaşkanınca Meclise geri gönderildiği için henüz yasalaşmamıştır.

Valilerle ilgili 3/b maddesinde dikkat çeken bir diğer husus da şudur: Yasa, valilerin “ilde ve merkez ilçede görevli” olanlar bakımından yetkili olduğunu belirtiyor. İlçelerde görevli olanlar bakımından zaten kaymakam yetkili kılındığına göre, valilerin yetkisini belirtirken “merkez ilçe” ifadesi yeterli olurdu. Acaba, “ilde ve merkez ilçede” ifadesiyle anlatılmak istenen, Valinin aynı zamanda kaymakamların yetki sahasında olan ilçe personeli bakımından da yetkili olduğu mudur? Böyle anlaşılırsa, ilçedeki kamu görevlileri bakımından iki ayrı merci aynı anda yetkili durumda bulunacaktır. Bu ise, MMHK’den ayrı olarak, yasanın belirlediği “tek yetkili merci”<sup>13</sup> sistematığına aykırı düşecektir<sup>14</sup>. Ancak, yasadaki bu ifade şeklinin de bir anlamı olmalıdır. Bizce bu, olsa olsa şu üç anlama birden sahiptir. Birincisi, büyükşehir statüsündeki il merkezlerinde, eğer alt kademe belediyeleri oluşturulmuşsa, buna paralel olarak merkezde ilçeler de kurulmuş olacağından, buralarda “merkez ilçe” kavramı, yerini “merkezdeki ilçe” kavramına bırakacaktır. O halde bu tür yerler bakımından, Valinin yetkisinin ayrıca belirtilmesi için ilde görevli memur terimi uygundur. İkincisi, böyle bir yapılanma olmayan klasik il merkezlerinde de, “merkez ilçede görevli memur” ifadesi, valilik bünyesindeki il teşkilâtı görevlilerinin dışında kalan kamu görevlilerini (merkez ilçedeki öğretmenler, sağlık memurları vs. gibi) anlatacağından, yine bu ifadeye ihtiyaç vardır. Üçüncüsü, yasa bu ifadeyle, kaymakamlar bakımından da valiyi “yetkili merci” saymış, ancak kaymakamların yetki sahasına valinin de girebileceği bir düzenlemeyi kastetmemiştir<sup>15</sup>.

<sup>13</sup> Danıştay 1.Dairesi, agk., sh.190.

<sup>14</sup> Ancak, Başbakanlık genelgesinde aksi düşünce savunulmakta, izin verme yetkisinin, hiyerarşik üst mercilerce de kullanılabilmesi görüşü ısrarla savunulmaktadır. Ancak, Danıştay ikinci Dairesi de, birinci dairesinin görüşüne paralel karar vererek, hiyerarşik amirlerin alt kademelerde yer alan idari mercilerin görevine giren konularda da soruşturma izni verebileceği görüşünü açıkça reddetmiştir (Danıştay ikinci dairesinin 24 Ocak 2000 tarihli ilk kararının 9’ncü maddesi). Aynı görüş için bkz. **TOPUZ**, sh.9; **SAYIN**, sh.103.

<sup>15</sup> **TOPUZ**’a göre; yasanın kaymakamlarla ilgili izin vermeye yetkili merciyi düzenlemediği, en azından bu konuda açıklık olmadığı söylenebilir. **TOPUZ**, age,sh.345 vd.

Kaymakamlar hakkında Valinin yetkili merci olarak kabûl edilmesi halinde, bu kez de sorun başka bir noktada kendini gösteriyor. Kaymakam ile belediye başkanı birlikte suç işlerlerse, yasaya göre (md.3/son), ast, üste tabi olacağı için, ne tür bir işlem yapılacaktır? Ast-üst ilişkisi burada nasıl belirlenecektir? Protokol sırasını ölçüt olarak alıp, kaymakamı üst kabûl edersek<sup>16</sup>, yasanın vermediği bir yetkiyi valiye tanımış ve ilçe belediye başkanı hakkında da valinin soruşturma izni vermesini kabûl etmiş oluruz<sup>17</sup>.

Buna karşılık, soruşturma izni verecek merciler arasındaki ast-üst ilişkisine göre sorunu çözmeye çalıştığımızda da, belki bu örnek bakımından başarılı oluruz, ancak yasadaki ast-üst ilişkisi kavramına, yasada kastedilmeyen bir anlamı da yüklemiş oluruz. Görüldüğü üzere burada ciddi bir sorun bulunmaktadır<sup>17a</sup>. Çözümü ise, ilçe belediye başkan ve meclis üyeleri hakkında da, yapılmak istenen değişiklikte olduğu gibi, Valiyi yetkilendirmektir.

Valiyle ilgili bir düzenleme de; ilçede kaymakama verilen köy veya mahalle muhtarlarına ilişkin soruşturma yetkisinin, merkez ilçelerde valilere verilmiş olmasıdır (3/j).

Valiler, ayrıca bölge düzeyinde teşkilâtlanan kurum ve kuruluşlarda görev yapan memurlar ve diğer kamu görevlileri hakkında da yetkili mercidirler. Bu kuruluşlar bakımından, görev yaptıkları ilin valisi yetkilidir. Bilindiği üzere, MMHK uygulamasında, bölge kuruluşları bakımından Bölge Müdürleri hakkında Valiler yetkili sayılmadıklarından, bunlar hakkında

<sup>1</sup> <sup>16</sup> PINAR, sh.180.

<sup>1</sup> <sup>17</sup> TOPUZ, sh.10.

<sup>1</sup> <sup>17a</sup> Nitekim, bu sorun kaymakam ve ilçe belediye başkanının değil ama, benzer şekilde ve tam da düşünüldüğü şekle uygun olarak, Vali Yardımcısı ile İl Daimi Encümeni Üyelerinin birlikte suç işlemeleriyle ilgili bir iddianın incelenmesi sonucu ortaya çıkmıştır. **İkinci Daireye göre**, bu durumda ön inceleme yaptıracak ve soruşturma izni konusunda karar verecek olan yetkili merci, İl Valisidir. Çünkü olay, Vali Yardımcısının başkanlığında toplanan İl Daimi Encümeninin Vali Yardımcısının da iştirakiyle işlediği iddia edilen bir suça ilişkindir. Yani, burada Vali Yardımcısı üst konumundadır ve onunla ilgili yetkili merci de İl Valisidir. O halde İl Daimi Encümeni üyeleri burada Vali Yardımcısının tabi olduğu statüye dahil olacaklardır. İkinci Daireye göre, İl Daimi Encümen Üyeliği, İl Genel Meclisi Üyeliğinden ayrı bir görevdir. **Ancak, bizim de katıldığımız ayrışık oy sahiplerine göre**, İl Daimi Encümeni üyelerinin, onlar aslında İl Genel Meclisi Üyesi oldukları ve Encümen üyeliğine de bu sıfatları gereği seçildikleri için, soruşturma izni vermeye yetkili mercileri İçişleri Bakanlarıdır ve, bu bakımdan iştirak halinde işlendiği öne sürülen bu suç için soruşturma izni konusunda verilecek kararın yetkili merci belirlenirken, Vali Yardımcısının değil, İl Daimi Encümeni üyelerinin statülerinin esas alınmasının gerektiği, yani yetkili mercein İçişleri Bakanlığı olduğudur. D.2.D.,2000/2032-2928 E-K sayılı. Karar metni için bakınız:**Danıştay Dergisi**, S.105, sh,64-66. İkinci Daireni aynı nitelikte diğer iki kararı:2000/1893-2756 E-K. Ve 2000/3563-266 E-K sayılı(aynı yerde).

ilgili bakandan onay alınmaktadır. Şimdi, “görev yapılan yer” esasına göre yetki Valilere tanınmıştır.(3/L)<sup>17/b</sup>.

**cc-En Üst İdari Amir :** Aslında siyasi kişiler olan bakanların, bakanlıklarıyla ilgili görevleri dolayısıyla yaptığı idari işler, onları bakanlıkların en üst amiri konumuna getiriyor. Bakanlıktaki en üst amir, bakandır, onun da üstünde bir amir bulunmamaktadır. Başbakan, her ne kadar 1982 Anayasası döneminde Bakanlar Kurulu içerisinde, neredeyse amir konumuna getirilmişse de, Bakanlıkların yönetilmesinde, en üst amir bakandır. Başbakanın bir bakanlıkta doğrudan tasarruflarda bulunması düşünülemez.

Fakat bu yasada “İdari Amir” terimi, açıktır ki, “Siyasi Amir” kavramının karşıtı olarak kullanılmaktadır. Diğer bir ifadeyle, bakandan sonra gelen ve idari kadro içerisinde yer alan Müsteşarın kastedildiği açıktır<sup>118</sup>. Bakanlık dışındaki bağlı ve ilgili kuruluşlar açısından ise, bu ifade daha da açıktır: O kuruluşun başındaki memurun unvanı (başkan, genel müdür, müsteşar) her ne ise, en üst idari amir odur. En üst idari amirler, başbakanlık, bakanlık veya bağlı ya da ilgili kuruluşun hangisinin en üst idari amiri ise, ortak kararlarla atananlar hariç, o kurumdaki bütün personelle ilgili yetkili mercidir<sup>118a</sup>.

**dd-Bakan (ya da Başbakan) :** Bakanlıkların merkez teşkilâtında görevli personelden ortak kararlar atananlar için yetkili mercii, bakandır<sup>118b</sup>. Bakanlar Kurulu kararıyla atanan Personel için de yine bakan yetkilidir. Ancak, bu takdirde bu personellerin görev yaptığı yerin önemi yoktur. Önemli olan, Bakanlar Kurulu kararıyla atanmış olmasıdır. Sözgelimi,

<sup>1</sup> <sup>17/b</sup> “Bölge Müdürü hakkında soruşturma iznini Valinin vereceği ve itirazın Bölge İdare Mahkemesine yapılacağı” hakkında.D.2.D.,2000/1421-2421 E-K sayılı. Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı Bölge Müdürü hakkında soruşturma iznini Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanın değil, İl valisinin vermesi gerektiği” hakkında. D.2.D.,2000/1623-2581 E-K sayılı.”Bölge Müdürlüğüne bağlı personel hakkında Valinin soruşturma izni vereceği ve itirazların Bölge İdare Mahkemesine yapılacağı” hakkında. D.2.D., 2000/ 1143 -2042 E-K sayılı. **TOPUZ,İbrahim:** sh.348 vd.

<sup>1</sup> <sup>18</sup> Danıştay 1.Dairesi, agk., sh.190-191. Nitekim, 4696 Sayılı (Cumhurbaşkanınca geri gönderildi) yasayla bu 3/a maddesine “merkez teşkilâtında müsteşar, bağlı veya ilgili kuruluşlarda” ifadesi eklenerek, en üst idari amir kavramına açıklık getirilmiştir.

<sup>1</sup> <sup>18a</sup> “...Bakanlığı ...Koruma Genel Müdürlüğü ...Koruma Daire Başkanı sanık hakkında soruşturma iznini en üst idari amirin vereceği ve itiraz da Bölge İdare Mahkemesine yapılacağından, Danıştay 2. Dairesine yapılan itiraz hakkında yapılacak bir işlem bulunmadığı”na karar verilmiştir.D.2.D.,2000/3444 Esas, 2001/138 Karar sayılı. **TOPUZ,** sh.361.

<sup>1</sup> <sup>18b</sup> “Bakanlıkların merkez teşkilatında görevli olup ortak kararlar atanan memurlar hakkında ilgili bakan tarafından soruşturma izni yetkisinin kullanılacağı” hakkında, D.2.D., 2001/7-76 Esas-Karar sayılı karar. **TOPUZ,İbrahim:**sh.365.

Valiler ve Büyükelçiler merkezde görev yapmadıkları halde, yetkili mercii bakandır. KİT'lerde teşebbüs genel müdürleri ve yönetim kurulu üyeleri bakımından da durum aynıdır (md.17).Başbakanlık merkez teşkilâtının aynı durumdaki personeli için de Başbakan yetkilidir. Doğrudan Başbakanlığa bağlı KİT'lerde de bakan yetkisi Başbakanca kullanılır.

Burada da şöyle bir eksiklik gözlenmektedir: Bağlı ya da ilgili kuruluşların (KİT'ler hariç) en üst idari amirleri hakkında yetkili mercii neresidir? Bunların, Bakanlıkların ya da Başbakanlığın merkez teşkilâtında görevli sayılması mümkün değildir. Böyle bir yorum, bu tür kamu düzenine ilişkin kurallar sevk eden yasalar bakımından sakıncalı olacaktır<sup>119</sup>. Aynı şekilde, yine bu tür kuruluşların merkez teşkilâtında görevli olup, ortak kararla atanan personel için de kimin yetkili olduğu yasada belirli değildir. Bütün bu personel için ilgili bakanın yetkili olması gerektiği mantıken doğru ise de, yasadaki bu sonuç çıkmamaktadır. Biran, yorum yoluyla bu sonuca ulaşılsa dahi, başbakanlığa bağlı bunca kuruluş bakımından, Başbakanın yetkili mercii olması, yine anlamsız olacaktır. Her bir olayda Başbakandan bizzat inceleme onayı ve sonra da soruşturma izni konusunda onay alınması mümkün olmayacaktır. Denilebilir ki, bağlı bulunan Devlet Bakanı'ndan onay alınmalıdır. Devlet Bakanı, bu yasada belirtilen anlamda "vekil" değildirler, ancak, Başbakan vekili oldukları bir zaman diliminde bu yetkiyi kullanabilirler<sup>120</sup>. Fakat uygulamanın, yasanın bu noksanlığını mantıksal şekilde doldurduğu; Bakanlık ve Devlet Bakanlıklarının ilgili ve bağlı kuruluşlarında üçlü kararnameli personelle ilgili yetkili merciiin ilgili Bakan veya Devlet Bakanı olarak kabûl edildiği gözlenmektedir.

**ee-İçişleri Bakanı :** İçişleri Bakanı, bir bakan olarak sahip olduğu yetkilerin yanı sıra, Büyükşehir Belediye başkanları, il ve ilçe belediye başkanları, büyükşehir , il ve ilçe belediye meclis üyeleri ile il genel meclisi üyeleri hakkında da soruşturma izni konusunda yetkili merciidir.(3/h). İlçe belediye başkanları ve belediye meclis üyelerinin yetkili merciiinin içişleri bakanı olarak belirlenmesi, Vali başlığında izah edildiği üzere, isabetli olmamıştır. Fakat Cumhurbaşkanınca meclise geri gönderilen 4496 Sayılı yasayla içişleri bakanının yetkili merci olduğu kişiler düzenlenirken, ilçe belediye başkan ve meclis üyelerine yer verilmiş, bunlarla ilgili olarak yetki Valiye tanınmıştır. Böylece, konu yasama organının gündemine girmiştir.

**ff-Cumhurbaşkanı :** Cumhurbaşkanlığı Genel Sekreteri ile ilgili yetkili merciidir.

**gg-Cumhurbaşkanlığı Genel Sekreteri :** Cumhurbaşkanlığındaki kamu görevlileri hakkında yetkili merciidir.

<sup>1</sup> 19 PINAR, sh.180.

<sup>1</sup> 20 PINAR, sh.178-179.

**ih-Meclis Başkanı :** TBMM Genel Sekreteri ve Genel Sekreter Yardımcıları hakkında yetkili merciidir.

**ii-TBMM Genel Sekreteri :** TBMM de görevli olup, Genel Sekreter yardımcıları dışında kalan kamu görevlilerinin yetkili merciidir.

### **b-Yetkili Mercilerin Düzenlenişi**

Görüldüğü üzere, çoğunlukla çalışılan yer, ama bazen de atama şekli esas alınarak, oldukça kazuistik sayılabilecek bir tarzda izin vermeye yetkili merciler belirlenmeye çalışılmıştır. Düzenleme böyle ayrıntılı olunca, bazı karmaşa ve hatta unutmaların önüne geçmek de mümkün olmamış gözükmektedir. Gerek birlikte işlenen suçlar bakımından var olan belirsizlikler ve karmaşa, gerekse bazı kamu görevlilerinin yetkili mercilerinin kim olacağına yasa da unutulmuş olması, uygulayıcıları büyük problemlerle karşı karşıya bırakabilecek durumdadır. Sözelimi, Belediye Birlikleri organlarında görev alanlar için yetkili mercii kim olacaktır? Görev yapılan yer esasına göre sorunun çözülmesi<sup>121</sup>, çoğu zaman yasanın sistemiyle çelişecek, asli görevinden dolayı İçişleri Bakanının yetkisinde bulunan bir kamu görevlisiyle ilgili soruşturma izni, buradaki görevinden dolayı vali ve hatta bazen kaymakamın yetkisinde olabilecektir.

Bir diğer konu da, bu yasa da yetkili merciler düzenlenirken, belediyeler konusunda tamamen vesayet denetimi bakış açısının egemen oluşudur<sup>122</sup>. Halbuki bu bakış açısı doğru olsa bile, ne yeterlidir, ne de hizmetin gerekleriyle tam olarak bağdaşır. En azından, belediyeler bakımından belki “tek yetkili mercii” siteminden vazgeçilmesi, mevcutların yanı sıra, belediye başkanlarına da, hiç olmazsa ilçe, il ve büyükşehir belediyeleri açısından yetki tanınması uygun olacaktır<sup>123</sup>.

### **c- Yetkili Mercii ile İlgili İlkeler**

Yetkili mercii belirlenmesinde, yasanın 3.maddesiyle bazı genel ilkeler de belirlenmiştir. Buna göre:

**aa-Yetkili mercii veya yokluğu halinde vekili, yetkisini bizzat kullanır.** Bu kuralın idare hukuku bakımından pratik sonucu, bu konuda yetki devrinin yasaklanmış olmasıdır. MMHK’da da zaten durum böyleydi. Ancak, aynı konuda birden çok mercii soruşturma izni verilebildiği için, problem yaşanmıyordu. Ama şimdi, bir İçişleri Bakanı ya da İstanbul Valisi

<sup>1</sup> <sup>21</sup> **SAYIN**, sh.101. Meclise geri gönderilen 4696 sayılı yasa da bu konu 3/k maddesi olarak düzenlenmiştir.

1. İlçe düzeyinde örgütlenip, başkanı Kaymakam olanlarda Vali, diğerlerinde kaymakam,
2. İl düzeyinde örgütlenen ve başkanı Vali olanlar hakkında İçişleri Bakanı, diğerlerinde Vali,
3. Birden çok ili kapsayacak şekilde örgütlenenler hakkında İçişleri Bakanı.

<sup>1</sup> <sup>22</sup> **SAYIN**, sh.100.

<sup>1</sup> <sup>23</sup> **SAYIN**, sh.100.

gibi bazı yetkili mercilerin işi zor gözükmetedir. Yasadaki Vekaletin tam anlamıyla uygulanması halinde, en zor durumda kalacak olan da, Başbakan olacaktır. Çünkü, yasal olarak Başbakanlığa bağlı olup, Devlet Bakanlıkları aracılığıyla idare edilen bağlı ve ilgili kuruluşların sayısı herhalde oldukça fazladır.

**bb-İştirak halindeki suçlarda, yetkili mercii, memurlar arasındaki ast-üst ilişkisine göre belirlenir.** İzin, üst konumundaki memurun yetkili merciiinden istenir. Bu kural, MMHK'un "madun-mafevke tabidir" diyen 15'nci maddesinden esinlenilerek sevk edilmiş olmalıdır. Bu konuyla ilgili problemler, MMHK uygulamasında olduğundan daha ağırdır. Çünkü, belediye başkanı-kaymakam örneğinde olduğu gibi, sorun sadece ast-üst memur kavramını aşmakta, yasanın kendi sistemiyle çelişen sonuçlara yol açabilmektedir<sup>123a</sup>.

**cc-Bir diğer önemli ilke, yetkili mercii belirlenmesinde, memurun suç tarihindeki görevinin esas alınacağıdır.** Bunu da doğal karşılamak gerekir<sup>124</sup>.

### C- Suçun Öğrenilmesi

Yasada sayılan yetkili merciler, suç birkaç kanaldan öğrenebilirler. Bunlardan birincisi ihbar ya da şikayet yoluyla öğrenmedir.

Üçüncü şahıslar tarafından yapılacak ihbar ve şikayetlerin işleme konulabilmesi için, soyut ve genel nitelikte olmaması gerekir; somut kişi ya da olay belirtilmeden soyut bir suçlamada bulunulmuşsa, dilekçe işleme

<sup>1</sup> <sup>23a</sup> "Ast memur ile üst memurun aynı fiile iştiraki halinde iznin üst memurun bağlı olduğu merciden isteneceği" hakkındaki 2000/583-643 Esas-Karar sayılı kararında Ankara Bölge İdare Mahkemesi;"...iştirak halinde işlenen suçlar için verilen soruşturma izinlerine yapılan itirazların, daha üst itiraz mercii tarafından itirazı incelenecek olan memurun itirazını incelemeye yetkili yerde incelenip karara bağlanmasının, Kanunun genel düzenleniş biçimi ve amacına uygun düşeceği kuşkusuzdur."

"Bu itibarla ; T. İl Genel Meclisi Üyeleri ile birlikte aynı suçta iştirak ettiği öne sürülen İl Özel İdare Müdür Vekili hakkında İçişleri tarafından verilen soruşturma iznine yapılan itirazın İl Genel Meclisi Üyeleriyle ilgili itiraza bakacak olan Danıştay 2. Dairesince incelenip karara bağlanması gerektiği açıktır" demektedir. Gerçi, karar metninden olayın detayları anlaşılammakla birlikte, bu kararın, İl Daimi Encümeni Üyeliğini, İl Genel Meclisi üyeliğinden ayrı görüp, sonra da bu üyelerin yetkili mercii Vali Yardımcısı ile aynı sayarak Valiyi yetkili mercii sayan Danıştay 2. Dairesi kararlarından daha isabetli buluyoruz.

<sup>1</sup> <sup>24</sup> Aksi görüş için bkz. Yozgat Milletvekili **Cemil ÇİÇEK'in** TBMM genel kurulundaki konuşması, 17.11.1999 günlü oturum. Metin için bkz. **PINAR**, 167 nolu sahfedeki dipnotu. Aynı konuşmada Belediye Başkanlarının, belediye memurlarıyla ilgili yetkili merci olarak kabul edilmemesi de, gayet haklı olarak, eleştiriliyor.

konulmayacak ve durum ihbar ya da şikayetin yapıldığı yere göre savcı ya da yetkili merci tarafından bildirilecektir (md.4/son).

İhbar veya Şikayet, doğrudan doğruya yetkili mercie ya da Cumhuriyet Savcılığına yapılmış olabilir. Eğer Cumhuriyet savcılığına yapılmışsa, savcı, ivedilikle toplanması gereken ve kaybolma ihtimali bulunan delilleri tespit eder. Fakat bundan başka hiçbir işlem yapmadığı gibi, memur veya diğer kamu görevlisinin ifadesine de başvurmayarak, evrakın bir örneğini yetkili mercie göndererek soruşturma izni ister.

Eğer ihbar ya da şikayet, yetkili merci dışında başka bir idari makama yahut memura yapılırsa, bunlar da durumu derhal yetkili mercie intikal ettirmek zorundadırlar. Memurlar, başka türlü de olsa, yani bir belge, bilgi, bulgu vs. yolla bir suç işlendiğini öğrendiklerinde, durumu yetkili mercie iletmek zorundadırlar (md.4/II). Aksi davranıştan hem disiplin, hem de cezai sonuçları doğabilir (TCK. md.235).

İhbar ya da şikayet dilekçesinin işleme konulmasıyla ilgili göz önünde tutulması gereken bir diğer yasa hükmü de, “Dilekçe Hakkının Kullanılmasına Dair Kanun” dur<sup>125</sup>. Bu yasanın 4.maddesinde, dilekçede bulunması gereken zorunlu şartlar sayılmıştır. Aynı yasanın 6.maddesinde ise, işleme konulmayacak dilekçeler belirtilmektedir. İşleme konulmayacak dilekçeler konusunu, bunun bir anayasal hak olduğunu da göz önüne alarak ele almak gerekir<sup>126</sup>. Gerek 4483 Sayılı yasa ve gerekse 3071 Sayılı Dilekçe Yasası, somut bir olay belirtmeyen dilekçelerin işleme konulmayacağını bildiriyor. Yine 4483 Sayılı yasaya göre, dilekçenin işleme konulmaması halinde, durum ihbar ya da şikayette bulunana bildirilir. Bu hüküm, “kendileriyle ilgili başvuruların sonucu, dilekçe sahiplerine yazılı olarak bildirilir” diyen Anayasa 74.madde kuralının bir gereğidir. Yalnız, burada bir problem oluşabilmektedir: Yetkili merci, dilekçeyi işleme koymayacağını ihbar yahut şikayette bulunana bildirmesine rağmen, ihbar yahut şikayette bulunan, dilekçesinin işleme konulması, yani bir ön incelemede bulunulması gerektiğini düşünüyorsa ne yapacaktır? Savcılığa baş vursa, bu takdirde savcılık da, konu 4483 kapsamında olunca yine durumu yetkili mercie iletecek, bir kısır döngü yaşanacaktır. Bu takdirde, önümüzde iki yolun var olduğu düşünülebilir: Birincisi, idarenin bu ret kararının bir idari işlem olduğundan hareketle, idari yargıda iptal davası açılabilmesi yollarının araştırılmasıdır ki, hem olumsuz bir işleme karşı iptal davası açılmasının – idari işlem ya da eylem nitelikli yargı kararına yol açabileceği yolunda

<sup>1</sup> <sup>25</sup> 01.11.1984 tarih ve 3071 Sayılı Kanun. R.G.; 10.11.1984 tarih ve 18571 Sayılı.

<sup>1</sup> <sup>26</sup> 1982 Anayasasının 74.maddesi bu hakkı düzenlemektedir. Yani dilekçelerin işleme konulmaması konusu dar yorumlanmalı, işleme koymanın ise Genel Kural olduğu kabul edilmelidir. Dilekçe hakkını 1961 Anayasası yönünden inceleyen bir monografi için bkz. **ARMAĞAN SERVET: 1961 Anayasası ve Dilekçe Hakkı**, İstanbul Hukuk Fakültesi, 1975.

çıkabilecek tartışmalar sebebiyle- güçlüğü ve hem de çoğu zaman davacının menfaat ihlalini ispat açısından karşılaşıacağı güçlükler sebebiyle, oldukça zor bir seçenek olacaktır. *İkincisi, yasaya uygun olarak verildiğine inanılan dilekçenin reddedilmesi, soruşturma izni verilmemesiyle aynı sonuçlar doğuracağı için, soruşturma iznine itiraz prosedürünün “dilekçe ret” kararına karşı da işletilmesidir.* Nitekim bu yapılmış ve Danıştay ikinci dairesi, şikayetçi tarafından yapılan itirazı kabul ederek, ön inceleme raporu düzenlenip gönderilmesini istemiştir<sup>127</sup>. Bu, idari yargının bir içtihat yargısı olmasıyla örtüşen olumlu bir karardır<sup>127a</sup>.

Diğer bir hal de, suçun re’sen (kendiliğinden) öğrenilmiştir. Yetkili merci, suç işlendiğine bir şekilde ya bizzat kendisi tanık olabilir, duyabilir ya da belgelerden görebilir. Bu takdirde de ön incelemenin başlatılabileceğinden kuşku duymamak gerekir.

***Burada üzerinde durulması gereken bir diğer konu da, olayın öğrenilmesini düzenleyen 4483 Sayılı yasanın 4.maddesinde 4696 Sayılı yasayla yapılmak istenen değişiklikler konusudur.*** Bir defa, madde metninde geçen Cumhuriyet Başsavcısı ibaresi doğru seçilmemiştir. Böyle bir ifade, 4483 Sayılı yasaya ilişkin bütün savcılık işlemlerinin, doğrudan doğruya Cumhuriyet Başsavcısınca bizzat yapılması gibi bir sonuca yol açacaktır ki, kanun koyucunun arzusunun bu olmadığı açıktır. O yüzden bu ifade bahse konu değişiklikle “*Cumhuriyet Başsavcılığı*” şekline dönüştürülmektedir ki, isabetlidir.

Diğer bir değişiklik, savcılara yapılan ihbar ve şikayet üzerine ya da başka bir şekilde kamu görevlilerinin suç işlendiğini öğrenen savcılarının, “evrakın bir örneğini ilgili makama göndererek soruşturma izni isterler” ifadesi, “ilgili makama gönderirler” şekline dönüştürülmektedir. Bizce de bu düzenleme yerindedir. Çünkü savcı, henüz yeterli bilgiye sahip değildir ve soruşturma izni verilmesini isteyecek konumda değildir. Savcı o karara,

<sup>1</sup> <sup>27</sup> Danıştay 2.Dairesinin 27.04.2000 tarih ve E:2000/1442, K:2000/2318 Sayılı Kararı. **TOPUZ**, sh.9, dn.29.Yetkili merciin, ön inceleme başlatmaksızın ihbar ya da şikayet dilekçesini reddetmesi ya da işleme koymaması halinde, buna karşı yapılan itirazla üzerine merciin bu işleminin, idari yargı yerlerince soruşturma izninin verilmemesi olarak nitelendirilip denetlenmesine ilişkin diğer örnekler:”++83 sayılı kanunun 4. Maddesine göre verilen yetkili merci kararları itirazın incelenebilirle”.D.2.D.,2000/1399-2234 E-K;”İddialar somut ve iddiada olay, yer belirtiliyorsa, Yetkili Mercii tarafından 4483 sayılı kanunun 4 üncü maddesi uyarınca talebin işleme konulmaması durumunda, bu hususun 4483 sayılı kanuna göre yargı yerine itiraz konusu edilebileceği” hakkında,D.2.D.,2000/2897-3293 E-K sayılı kararı. **TOPUZ**, sh.371 vd.

<sup>1</sup> <sup>27a</sup> Nitekim daha sonra, 27.06.2001 tarih ve 4696 Sayılı yasa ile, “yetkili merciin ön incelemeye geçilmemesi kararına karşı da yasada yazılı 10 günlük süre içersinde şikayetçi veya savcının itirazda bulunabileceği hükmü getirilmiştir (md.9 değişikliği-Ancak, yasa yayımlanmayarak Cumhurbaşkanınca 05.07.2001 tarihli yarıyla TBMM Başkanlığına geri gönderilmiştir.



ancak idarenin yapacağı “ön inceleme“ çalışması sonucu varabilir. Bu sebeple, savcıyı, daha işin başında soruşturma izni istemeye mecbur eden bu yasal düzenleme zaten CMUK’ndaki genel sisteme de uymamaktadır. Belki mevcut hükmü “soruşturma izni konusunda (bir) karar verilmesini ister” şeklinde yorumlamak mümkün ise de, buna da gerek yoktur. Böyle bir savcılık yazısının zaten başka bir anlamı olamaz.

Bu maddede (4.md.) yapılmak istenen sonuncu değişiklik, maddenin son fıkrasının şu şekle döndürülmesidir: “01.11.1984 tarihli ve 3071 Sayılı Kanunun 4’ncü maddesindeki yazılı şartları taşımayan ve yapılan araştırma sonucunda daha önce sonuçlandırılmış konular ile yukarıdaki fıkra (3.fıkra) aykırı bulunan ihbar ve şikayetler, Cumhuriyet Başsavcılıkları ve izin vermeye yetkili merciler tarafından işleme konulmaz ve durum ihbar ve şikayette bulunana bildirilir. Ayrıca, bu durumun ön incelemenin herhangi bir aşamasında tespit edilmesi halinde, ön inceleme raporu düzenlenmeksizin konu sonuçlandırılır”.

Bu düzenlemeyle, hukuksal metinler arası ilişki kuruluyor ve konu sistematize edilmeye çalışılıyor. Gerçekten de, ihbar ve şikayet konularının, anayasal bir hakkın düzenlenmesi niteliğindeki dilekçe kanunuyla ilişkilendirilmemesi bir eksiklik. Ancak bu fıkrada çok hassas bir konu daha düzenleniyor ki, o da, daha önce sonuçlandırılmış konuların yeniden işleme konulmamasıdır. Gerçekten de, aynı konuda, hatta aynı kişilerce onlarca kez dilekçe verildiği ve idarenin boş yere meşgul edildiği olaylar çok olmaktadır. Ancak, idari kararlar, yargı kararları gibi kesin hüküm niteliği taşımazlar: Eğer başvuruda yeni bir unsur varsa, yeni bir delil öne sürülüyorsa, yeniden bir ön inceleme yapılmalıdır<sup>128</sup>. Ancak, eskisinin tıpa tıp aynısı konularda ise yeniden ve tekrar tekrar inceleme yapılması gerekmez. Bu durumu belirtmek için “yeni bir unsur taşımayan” ifadesinin mutlaka madde metnine ilavesi gerekir. Ayrıca, değişiklik önerisinde dilekçelerin işleme konulmaması hususunda iki ayrı hal düzenlenmekte olduğundan, bu iki hal birbirine, öneride olduğu gibi “ve” ile değil, “veya” ile bağlanmaları gerekir. Aksi takdirde, iki halin de bir arada aranması gibi bir anlam çıkabilir ve bu takdirde de-iki hal aynı anda belki de hiç gerçekleşmeyeceği için-değişiklik anlamsız kalabilir.

Yapılmak istenen değişiklikler bunlardan ibaret değildir. İleride yeri geldikçe diğer değişikliklerden de söz edilecektir. Ancak, 4696 Sayılı yasa Cumhurbaşkanınca Meclise(05.07.2001 tarihinde) geri gönderildiğinden henüz yasalaşmamıştır. Konuyu uzatmamak için Cumhurbaşkanının geri gönderme gerekçelerine değinmiyoruz.

#### **D- Ön İncelemenin Başlatılması**

##### **a- Soruşturma İzni Verilmesinde Süre**

<sup>1</sup> <sup>28</sup> **Danıştay 1.Dairesi**, *agk*,sh.195. (6.madde ile ilgili görüşün son paragrafi).

Memur veya diğerk kamu görevlisi hakkındaki suçlamadan bir şekilde haberdar olan yetkili merci, soruşturma izni konusunda karar verebilecek bilgilere ulaşabilmek amacıyla, bir kanaata sahip olabilmek için bir “ön inceleme” başlatacaktır (md.5). Yasanın birinci amacı, işlemlerde sürati sağlayıp, işin sürüncemede kalmasını önlemek olunca, ön inceleme süresi de, oldukça kısa tutulmuştur. Daha doğrusu, yasada ön inceleme için ayrı bir süre yoktur. Süre tektir ve o da suçun öğrenilmesinden (md.5/I) itibaren soruşturma izni konusunda karar vermek için yetkili mercie tanınan 30 günlük süredir. Ön inceleme çalışmasının da içine sığdırılacağı bu süre, zorunlu hallerde ve bir defayı aşmamak üzere en çok 15 gün uzatılabilir (md.7). Süre bu kadar kısa olunca, sürenin başlangıcı da oldukça önem kazanmaktadır.

### **b- Sürenin Başlangıcı**

Süre, yasanın 5/I. maddesine göre, suç işlendiğinin yetkili merci tarafından öğrenildiği an başlar. Peki bu öğrenme ne zaman gerçekleşmiştir? Tebligat kanunu hükümleri göz önüne alınırsa, her halde ihbar veya şikayet dilekçesinin yetkili mercii kurumunda resmi kayda girdiği gün, başlangıç sayılabilir. Ancak bu pek gerçekçi olmamaktadır. Çünkü bakanlıklarda, böyle bir evrakın bakana ulaşması ciddi bir süreyi alabilmektedir. Zaten çok kısa olan karar verme süresinin bir kısmı da böyle hiçbir şey yapamadan geçince, ön inceleme iyice anlamsızlaşmaktadır. Bu sebeple, genel eğilim, sürenin, yetkili mercii olayı fiilen öğrendiği, yani inceleme onayının verildiği tarih olarak kabûl edilmesidir<sup>129</sup>. Fakat itiraf etmek gerekir ki, bu çözüm, belki pratik gereklere uygun, fakat hiç de hukuksal dayanağı bulunan bir görüş değildir. Çünkü, kurum içinde evrakın aşırı derecede bekletilmesi yolu böylece açılmış olabilir. O yüzden, yasada bu konu ayrıca ve açıkça düzenlenmeli, hiç olmazsa ihbar veya şikayetin 4483 Sayılı yasa kapsamında bir suça ilişkin olup olmadığını belirleme için, ön inceleme süresinin yarısı kadar (15 günlük) bir süre daha yetkili mercie tanınmalıdır. Ancak, bu takdirde de öğrenme tarihi, evrakın kurum kaydına giriş tarihi olarak kabûl edilmelidir. Kaldı ki, bu anlamda bir ön inceleme, Cumhuriyet Başsavcılıklarından intikal edecek ihbarlar bakımından gerekli de değildir; çünkü savcılık bu anlamda bir ön incelemeyi (ön inceleme öncesi inceleme) zaten yapmış olmalıdır<sup>130</sup>.

Nitekim, bahse konu 4696 Sayılı değişiklik yasasında, süreye ilişkin önemli düzenlemeler mevcuttur. Bir defa, sürenin başlangıcının “yetkili mercii ön inceleme yazısı emri veya onayı tarihinde” başlayacağı kuralı getirilmektedir<sup>131</sup>. Ayrıca, temel süre otuz günden 45 güne çıkartılmış; daha da önemlisi, ön inceleme süresi, başka bir ön sürenin bitiminden sonra başlatılır duruma getirilmiştir: “İzin vermeye yetkili mercii, bu kanun

<sup>1</sup> 29 **Danıştay 1.Dairesi**, *agk*, sh.195.

<sup>1</sup> 30 Başbakanlığın adı geçen genelgesi, sh.160.

<sup>1</sup> 31 4483 Sayılı yasanın 7.maddesine eklenen ikinci fıkra (4696 Sayılı yasanın 5.maddesi).

kapsamına giren bir suç işlendiğini bizzat veya 4'ncü maddede yazılı şekilde öğrendiğinde, en geç altmış gün içinde, doğrudan veya yaptıracağı araştırma sonucu gerekli görürse, bir ön inceleme başlatır"<sup>132</sup>. Demek ki, yukarıda tartıştığımız kurum evrakına giriş tarihinin başlangıç tarihi olacak süre, olsa olsa bu iki aylık "ön inceleme öncesi" sürenin başlangıcında ancak göz önüne alınabilecek duruma gelmektedir ki, bu değişikliğin, bu haliyle yasanın ruhuna uygun olduğu söylenemez. Ön inceleme süresinden daha uzun bir süre, ön inceleme öncesi geçmekte ve birden bire soruşturma izni konusundaki idari karar, bugünkü azami 45 günlük süre –ki bu da gerçekten oldukça kısadır- yerine, 120 günlük bir vadeye yayılmaktadır. Yasada bazı değişiklikler gerektiği doğrudur. Ancak bunun makul surette yapılması gerekir. Belki 45 günlük bir ön inceleme süresi, gerekirse 15 günlük ilave bir süreyle birlikte tanınıp, ön incelemenin başlangıç onayı için de, dilekçenin kurum kaydına girişinden itibaren de 30 günlük bir ön süre tanınabilir; savcılıktan gelecek ihbar yazılarında bir ön süreye de gerek olmadığı söylenebilir. Böylece, idarenin yapacağı ön incelemenin nihai süresi üç ay ile sınırlanmış olur ve bu süre işin niteliğine de uygun sayılabilir. Nitekim, aşağıda göreceğimiz üzere, ön inceleme kararına itiraz edilmesi halinde, idari yargı yerlerine de itirazı incelemek üzere üç aylık bir süre tanınmaktadır. Önerilen durumun kabul edilmesi halinde, yargı yerlerine tanınan süre ile idari mercilere tanınan süre de eşitlenmiş olacaktır.

Yapılan son değişiklikle "sahibinin adı, soyadı ve imzası bulunmayan veya ikametgah adresinin gerçeği yansıtmadığı tespit edilen dilekçeler üzerine ön inceleme yapılamaz" kuralı isabetli değildir. Gerçi, dilekçe yasasında da bu kural yer almaktadır; ancak bu yasanın özelliği gereği, söz konusu kural burada tam olarak uygulanamaz, uygulanmamalıdır. Çünkü dilekçeler genel anlamda belki kişisel taleplerin ön plana çıktığı yazılar olabilir de, 4483 sayılı kanun kapsamında verilecek dilekçeler çoğunlukla kişisel taleplerden ziyade veya onlarla beraber, kamu düzenini de ilgilendirirler. Anılan bilgiler olmasa da, yahut gerçeği yansıtmasa da, oldukça somut iddialar belirten dilekçelerin işleme konulmamasında kamu yararı olamaz. Ancak bu düzenleme; "içerdiği bilgilerin doğruluğu idari bir araştırmayla anlaşılmadıkça ön inceleme yapılamaz" şeklinde yapılabilirdi. Fakat, ön inceleme yolunun temelli kapatılması isabetli olmamıştır. Nitekim, bu düzenlemelerin yapıldığı yasa, Cumhurbaşkanı'nca Meclise geri gönderilmiştir.

### **c-Ön İncelemeyle Görevlendirilecek Olanlar**

<sup>1</sup> <sup>32</sup> 4696 Sayılı yasanın 3.maddesiyle değiştirilmek istenen 4483 Sayılı yasanın 5.maddesi.

Ön inceleme, yetkili mercii tarafından elbette bizzat da yapılabilir. Ancak, olağan olan, görevlendirilecek diğer elemanlar tarafından yapılmasıdır. Bunlar da ikiye ayrılır:

**aa-Denetim Elemanları :** En uygunu, bu incelemenin denetim elemanlarınca yapılmasıdır. Ancak, yetkili mercilerin çoğunun emrinde (Kaymakam, hatta çoğu zaman Vali, Müsteşar) denetim elemanı bulunmamaktadır. Bu takdirde, başka kuruluşlardan yardım da istenebilirse de, bu isteğin yerine getirilmesi ilgili kuruluşların tamamen takdirine bırakılmıştır. Ayrıca, bu tür dolaylı görevlendirmeler, süre problemini daha da ağırlaştırmaktadır. Ön incelemenin denetim elemanlarına yaptırılması, hakkında ön inceleme yapılacak ile ast-üst ilişkisi gibi bir ölçüte gerek göstermemesi bakımından da oldukça yararlı bir yöntemdir. Özellikle seçilmişler bakımından bu problemin aşılmasında uygun bir çözüm olarak düşünülebilir<sup>132a</sup>.

**bb-Denetim Elemanı Olmayanlar :** Bu takdirde, ön inceleme ile görevlendirilenin veya görevlendirilenlerin, hakkında ön inceleme yaptıkları kamu görevlisinin üstü konumundakiler arasından seçilmesi gerekir. Yasanın bu düzenlemesi isabetli olmamıştır. Halbuki, MMHK uygulaması döneminde Danıştay İçtihatlarıyla bu problem “en az eşiti” konumunda olmak şeklinde çözülmüştü. Şimdi bunu “üstü konumu” ile sınırlamak, yetkili mercileri zor durumda bırakacaktır. Bu sebeple “veya eşiti” ifadesi yasaya eklenmelidir<sup>132b</sup>. Yargı mensupları ile yargı kuruluşlarında çalışanlar ve askerler, başka mercilerin ön incelemelerinde görevlendirilemez. Eğer ön inceleme ile görevlendirilenler birden fazla iseler, biri başkan olarak belirlenir (md.5/son).

#### **D-Ön İncelemenin Yapılması**

Ön incelemeyle görevlendirilenler, hem bakanlık müfettişlerinin, hem de kendilerini görevlendiren merciiin bütün yetkilerine sahip olarak çalışırlar. Ayrıca, bu Kanunda hüküm bulunmayan hususlarda CMUK’a göre de işlem yapabilirler; hakkında inceleme yapılan kişinin ifadesini de alırlar, yetkileri dahilinde bulunan bütün gerekli bilgi ve belgeleri toplayıp, görüşlerini içeren bir rapor düzenlerler ve bunu izin vermeye yetkili mercie sunarlar; varsa, farklı görüşler de bu raporda gerekçeleriyle ayrı ayrı belirtilir (md.6/I).

#### **a- CMUK’na Yapılan Yollamanın Anlamı**

İnceleme yapılmasıyla ilgili iki önemli sorun bulunmaktadır. Bunlardan birincisi CMUK’na yapılan yollamanın anlamı ve sınırlarının

<sup>1</sup> <sup>32a</sup> “Genel Müdür hakkında maiyetinde çalışan müfettiş tarafından ön inceleme yapılamaz”. D.2.D.,2000&3488-4073 E-K; aynı nitelikte 200/3486-4072 E-K; ”Teftiş Kurulu Başkanı hakkında maiyetinde görevli müfettiş ön inceleme yapamaz”. D.2.D.,2000/2908-3202 E-K. **TOPUZ**, sh.378 vd.

<sup>1</sup> <sup>32b</sup> Nitekim 4696 Sayılı yasa ile bu değişiklik yapılmak istenmiştir

belirlenmesi hususudur. Bilindiği üzere, MMHK zamanında, soruşturmacının (muhtakik) yaptığı iş, hazırlık soruşturması niteliğinde olduğu için, işlemlerini CMUK'taki hükümler çerçevesinde yürütmek, özellikle, sanığın savunmasının alınmasında avukat bulundurmak istemesi halinde, buna uygun şartları sağlamak, gerekiyorsa bilirkişi incelemesi yaptırmak ve dosyayı her yönüyle ve Ceza Usul Hukuku kurallarına uygun şekilde tekemmül ettirmek zorundaydı. Halbuki, şimdi ön inceleme görevlisinin yapacağı iş, dosyayı, bir hazırlık tahkikatı gibi oluşturmak değil, olsa olsa yetkili mercide suç isnadının ciddi olup olmadığı konusunda iyi kötü bir kanaat oluşturmaktan ibarettir. Artık, ön inceleme görevlisi, eskiden olduğu gibi adli görev yapan bir hakikat arayıcısı (muhtakik) değil, makul ölçüler içersinde belli bir kanaatin oluşumuna çalışan idari bir görevlidir. O halde, CMUK kurallarına uymak zorunda bulunmamaktadır, belki idare hukukunun kuralları içersinde hareket eden görevli konumundadır. Bütün bu sebeplerle, yasada CMUK'a yapılan atfı, uyulması gereken usûl kuralları olarak değil, belki gerektiğinde başvurulabilecek –doğaldır ki başvurulduğunda da, usûlüne uyulacak- yetki kuralları olarak anlamak yasanın ve işin mantığına uygun olacaktır<sup>133</sup>. Zaten yasa tasarısının ilk şeklinde bulunmayan bu hükmün, görüşmeler sırasında Genel Kurulda verilen bir önergeyle –niteliği iyice tartışılmadan- yasaya dahil edildiğine yukarıda değinmiştik. En önemlisi de, hakkında iddia bulunan memurun ifadesi alınırken, avukat bulundurma zorunluluğunun bulunmadığı kabûl edilmelidir. Hatta, her durumda hakkında inceleme yapılan memurun ifadesinin alınması zorunluluğu da yasada yer almasa daha iyiydi<sup>133a</sup>. Özellikle, soruşturma izni verilmemesi düşünülen memur yada diğer kamu görevlisinin ifadesine başvurup başvurmamak, ön inceleme görevlisinin takdirine bırakılırsa, zaman tasarrufu ve kamu personelinin psikolojisinin

<sup>1</sup> <sup>33</sup> “İddia konusunun teknik olması ve dosyada karar verilebilmesi için yeterli bilgi bulunmaması halinde soruşturma derinleştirilerek bilirkişi incelemesi yaptırılması gerekir”. 2.D., 1996/1429 esas,1998/727 karar. Ancak, Memurun Muhakematı Hakkında Kanunu Muvakkat zamanında verilmiş bulunan bu kararın, bu gün için hala geçerli olmayabileceği düşünülmelidir.

<sup>1</sup> <sup>33a</sup> Danıştay 2. Dairesi, çok sayıda kararında ön inceleme raporu düzenlenebilmesi için sanığın ifadesinin alınması zorunluluğunu vurgulamıştır:2000/2721-3134 E-K;2000/3442-3907 E-K;2000/3376-3906 E-K. Ancak, 2. Daire bir kararında, sanıkların ifadeleri alınmadan ön inceleme raporu düzenlenmesini, raporun hazırlanışında bir eksiklik olarak değerlendirmemiştir:”Belediye Başkanı ile Belediye Meclis üyesi olan sanıklar,şehir dışında olduklarından kendilerine tebligat yapıp ifadeleri alınmamış ise de;soruşturma iznine ilişkin itirazlarında, usul ve esasa ilişkin iddialarını belirttiklerinden, ifadelerinin alınmaması eksiklik görülmeyle işin esasına geçildi”.2 Dairenin 2000/2507-3511 E-K sayılı kararı. **TOPUZ**, sh.371 vd Esasen, süre azlığı sebebiyle, çoğunlukla ön inceleme görevlilerinin zorlandıkları konuların başında,özellikle kötü niyetli ise, sanığa usulüne uygun tebligat yaparak ifadesini alabilmek gelmektedir. Danıştay'ın bu kararı, somut olay bakımından-yasanın lafzıyla ve istikrarlı şekilde verdiği kendi kararları ile çelişmesine rağmen-anılan güçlükleri gözetken bir karar gibi gözükmektedir.

bozulmaması bakımından daha yararlı olurdu. Nitekim, 4696 Sayılı yasa değişikliği (girişimi), soruşturma izni vermesine ilişkin karar verilebilmesi için ilgilinin ifadesini zorunlu tutarken, diğer durumlarda “gerektiğinde” bu yola başvurulması imkânını tanımakla, yukarıda söz ettiğimiz takdir yetkisini düzenlemiştir<sup>134</sup>.

### **b-Ön İnceleme Görevlilerinin Yetkileri**

İkinci husus, ön inceleme görevlilerinin yetkilerinin sınırı sorunudur. Yasaya göre; ön inceleme görevlileri, bakanlık müfettişlerinin ve kendilerini görevlendiren yetkili merciin bütün yetkilerine sahip olacaklarını belirtmektedir. Uygulamada, özellikle bu görevlilerin “görevden uzaklaştırma” yetkisine de sahip olup olmadıkları konusu tartışılmaktadır. Bir görüşe göre; yasanın açık hükmü karşısında, artık bu konuyu tartışmak (bile) anlamlı değildir. Madem ki, Bakanlık Müfettişlerinin yetkilerine sahip kılınmışlardır, o halde 657 Sayılı DMK’nun 138’nci maddesi gereği, görevden uzaklaştırma yetkisine de sahiptirler. Hele hele, görevlendiren yetkili merci, bu maddede sayılan yetkililerden biri ise, yani vali, kaymakam ya da atamaya yetkili amir konumundaki makam sahibiyse, ön inceleme görevlisi bu yetkiye haydi haydi sahiptir<sup>135</sup>.

Buna karşılık, bizim de katıldığımız diğer görüşe göre, yetkili merci, eğer gerek görürse görevden uzaklaştırma önlemine DMK 137-140 maddeleri çerçevesinde başvurur veya bunu sağlar. Ön inceleme görevlisine tanınan yetkiler, suç işleme iddiasına ilişkin belgeleri toplamak, bu konuyu araştırmakla sınırlıdır. Yoksa, bakanlık müfettişi ve hele hele de yetkili merciin yerine bütünüyle geçmiş, ikame edilmiş değildir. Söz gelimi, yetkili merciin yetkisinde olsa dahi, nasıl ki ön inceleme görevlisinin ilgili kamu görevlisinin atamasını başka yere yapması düşünülemezse, görevden uzaklaştırılmasına da karar veremez. Verilen yetki, istisnai bir yetkidir ve genel bir hukuk kuralı olarak, bu yetkiyi veren kural da dar yorumlanmalıdır. Kaldı ki, ilgili hangi gerekçeyle görevden uzaklaştırılacaktır? Yürütülen faaliyet, ne bir disiplin soruşturması, ne de bir yargı kovuşturmasıdır. Sırf “ön inceleme” gerekçesiyle görevden uzaklaştırma önlemine başvurulamazdır. Ancak, ön inceleme görevlisinin kendisi zaten Bakanlık ya da genel müdürlük müfettişiyse, olayın disiplin yönü de varsa, görevden uzaklaştırma önlemine elbette ki başvurabilecektir<sup>136</sup>.

<sup>1 34</sup> 4696 Sayılı yasanın 4.maddesiyle değiştirilmek istenen, 4483 Sayılı yasanın 6’ncı maddesi.

<sup>1 35</sup> **TOPUZ**, sh.13.

<sup>1 36</sup> **Danıştay 1.Dairesi**, agk, sh.194.; Başbakanlığın adı geçen genelgesinde de aynı görüşler savunulmuştur. Sh.159.

### c-Ön İnceleme Raporu

Ön inceleme çalışması sonucunda bir rapor düzenlenerek, yetkili merciye sunulur<sup>136a</sup>. Bu raporun belli bir kanuni şekli bulunmamaktadır. Ancak herhalde öncelikle görev emrini, hakkında inceleme yapılanın kimliğini ve ön incelemenin konusunu içermelidir<sup>136b</sup>. Sonra, iddianın leh ve aleyhindeki kanıtlar sayılmalı<sup>136c</sup>, bu kanıtlara göre konu tartışılmalı ve sonuçta, iddia veya iddiaların doğru olup olmadığı hususunda bir kanaata ulaşılmalıdır. Eğer ön inceleme kurul halinde yürütülüyorsa ve farklı görüşler varsa, bunlar da raporda gerekçeleriyle birlikte yer almalıdır. Yine doğaldır ki, bütün belgeler rapora eklenmeli, gerekçeler bu belgelere dayandırılmalıdır<sup>136c</sup>.

### 4- Soruşturma İzniyle İlgili Karar

#### A- Kararın Verilmesi

Ön inceleme sonrası, yetkili merci, ortaya çıkan rapora göre soruşturma izniyle ilgili bir karar verecektir<sup>136d</sup>. Bu karar, her şeyden önce, soruşturma izni verilmesine veya verilmemesine ilişkin olacaktır (md.8). Bunların dışında, bazı ayırksı durumlarda “karar verilmesine yer olmadığına” ilişkin karar verilmesi de mümkün olabilir.

Soruşturma izniyle ilgili karar, mutlaka gerekçeli verilmelidir. Ön inceleme raporu, bu kararın gerekçesini oluşturacaktır. Hatta, yetkili merciin soruşturma raporunu onaylaması dahi bir karar sayılabilmelidir. Bundan ötesi, yani kararın yasal bildirimlerinin yapılması, artık bir büro işlemi olarak da yürütülebilir, elverir ki, inceleme raporu soruşturma izniyle ilgili karar yerine geçebilecek açıklık ve düzende hazırlanmış bulunsun<sup>136e</sup>.

<sup>1</sup> <sup>36a</sup> “Soruşturma izni verilebilmesi için öncelikle ön inceleme izni verilmiş olmalıdır”. D.2.D.,2000/3057-3666 E-K. **TOPUZ**, sh.371 vd

<sup>1</sup> <sup>36b</sup> “Soruşturma izni verilmesi veya verilmemesi kararında, memur ve diğer kamu görevlilerinin ismen belirtilmesi gerekir”. “Ön inceleme emri olmadan ve ön inceleme yapılmayan sanık hakkında yetkili merci tarafından karar verilemez”.D.2.D., 2000/2208-3054 E-K. **TOPUZ**, sh.371 vd

<sup>1</sup> <sup>136c</sup> “Ön inceleme ile görevlendirilenlerin, sanıkların leh ve aleyhindeki tüm delilleri toplamaları gerekir”

“Ön inceleme emri verilmesinden sonra, ön inceleme raporu düzenlenmesi zorunludur”.D.2.D.,2000/2526-3570 E-K. **TOPUZ**, sh.371 vd

<sup>1</sup> <sup>36d</sup> “Ön inceleme emri verilip, ön inceleme yapılan memur veya diğer kamu görevlisi hakkında, soruşturma izni ile ilgili kararın verilmesi zorunludur”. D.2.D., 2000/2034-3017 E-K.,”Ön inceleme yaptırılan görevliler hakkında mutlaka soruşturma izni kararının(iznin verilmesi ya da verilmemesi) verilmesi gerekir.2.D.,2000/2909-3223 E-K. **TOPUZ**, sh.371 vd

<sup>1</sup> <sup>36e</sup> “Soruşturma izni verilmesi veya verilmemesi kararında, memur ve diğer kamu görevlilerinin ismen belirtilmesi gerekir”. “Ön inceleme emri olmadan ve ön inceleme yapılmayan sanık hakkında yetkili merci tarafından karar

Ön inceleme raporuna dayanmaksızın, yetkili merci tarafından soyut bir karar verilemez. Yetkili mercie bu anlamda bir takdir yetkisi tanınmamıştır<sup>137</sup>. Ancak, toplanan kanıtların kanaatin oluşumu bakımından elbette ki yetkili merci tarafından bir takdiri yapılacak, karar da ona göre olacaktır<sup>137a</sup>. Soruşturma izni konusundaki yetkili merci, ön inceleme görevini veren merciidir. Bu noktanın, MMHK sisteminden ayrılan en önemli noktalardan biri olduğuna daha önce değinilmişti.

Soruşturma iznine ilişkin karar her halde yasada belirtilen süre içerisinde verilmelidir. Öyle ki, yasa tasarısının ilk şeklinde, bu süre içerisinde bir karar verilmemesi halinde, soruşturma izninin verilmiş sayılacağı kuralı vardı. Ancak bu daha sonra bu hüküm, tasarıdan çıkartılmış, fakat madde gerekçesi, eski metne göre kalmıştır<sup>138</sup>. Peki, yasadaki sürede karar verilemezse ne olacaktır? Hemen belirtelim ki, gecikmeli de olsa verilen kararın hukuksal geçerliliği tartışmasızdır. Ancak, bu gecikmeye sebebiyet verenler hakkında soruşturma yapılıp, unsurları –özellikle manevi unsur- gerçekleşirse cezai sorumlulukları yoluna da gidilebilir. Sözgelimi, ilgilinin korunmak istenmesi gibi bir niyet belirlenmesi halinde, görevin kötüye kullanılması suçu işlenmiş olacaktır. Ancak, iş yoğunluğu veya elde olmayan sebeplerle oluşan gecikmeler, elbette TCK anlamında bir sorumluluk doğurmayacaktır.

## **B- Kararın Kesinleşmesi**

### **a- İdari Kesinlik**

Soruşturma izniyle ilgili karar da, idari bir karar olması sebebiyle, tek yanlılık ve icrailik özelliklerine sahip olduğu gibi, hukuka uygunluk karinesinden de yararlanır. Sözgelimi, bu kararlar, yasada gösterilen süre içerisinde itiraz edilmediği takdirde, hukuksal kesinlik kazanır. İtiraz edilmesi, bir çeşit iptal davası açılması anlamına gelir ki, yargısal denetim sonucunda, ya hukuksal kesinlik kazanır, ya da bozulur. Görüldüğü üzere, soruşturma iznine ilişkin kararlar da klasik idari kararların karakteristik özelliklerine sahiptir, şu kadar ki, bu kararlar idari açıdan verildikleri an kesindir, ancak hukuksal kesinlik (itiraz edilmeksizin ya da yargı yerlerince onanarak) kazanmadıkça, icra edilemezler.

---

verilemez”.D.2.D., 2000/2208-3054 E-K.;”4483 sayılı kanuna göre karar verilen sanıkların isimleri, görevleri ve olaylara katılım biçimlerinin soruşturma izni kararında gösterilmesi gerekir”.2.D.,2001/32-223 Esas-Karar. **TOPUZ**, sh.371 vd

<sup>1</sup> <sup>37</sup> **Danıştay 1.Dairesi**, *agk*, sh.194.

<sup>1</sup> <sup>37a</sup> “Ön inceleme emri olmadan ve ön inceleme yapılmayan sanık hakkında yetkili merci tarafından karar verilemez”.D.2.D., 2000/2208-3054 E-K.

<sup>1</sup> <sup>38</sup> “..... ve öngörülen süreler içerisinde karar verilmediği takdirde soruşturma izninin verilmiş sayılacağı vurgulanmak suretiyle...” : Bkz. 7.md. gerekçesi. Halbuki 7.maddede bu gerekçeye uygun kural yer almamıştır.



## **b-Bildirimlerin Yapılması**

Yetkili merciin soruşturma izni konusundaki kararı – bu karar ne yönde olursa olsun- Cumhuriyet Başsavcılığına<sup>138a</sup>, hakkında inceleme yapılan ve varsa şikayetçiye bildirilir (md.9/I). Dilekçesi işleme konulmadığında, ihbarcıya da durum bildirilirken-ki yasanın bu hükmü anayasal bir zorunluluktur- soruşturma izni konusundaki kararın ihbarcıya bildirilmesi öngörülmemiştir<sup>138b</sup>. Bu düzenlemenin isabeti tartışılabilir<sup>139</sup>. Çünkü, kamu adına yapılacak ihbarların zaten bir şikayetçisi çoğunlukla olmayacaktır ve çoğunlukla bu tür memur suçlarının mağduru da kamu olacaktır. Halbuki, ihbarda bulunanın, inceleme sonucunu bilmekte kişisel yararı vardır. Gerek DMK 25.madde ve gerekse 4483 Sayılı yasanın 15’nci maddesi, ihbarcı aleyhinde dava açılabilmesine ilişkin şartları düzenlemektedir. Bu sebeple, ihbarcının, yaptığı ihbarın neticesini ve hangi gerekçelerle ne sonuçlara ulaşıldığını bilmesi onun açısından önem taşımaktadır. Kamu adına duyarlılık gösteren vatandaşların gözetilmesindeki kamu yararı,her halde şikayetçinin gözetilmesinden daha az değerlidir<sup>140</sup>

## **c-İtiraz**

Eğer yetkili merci soruşturma izni verilmesi kararı vermişse, bu karara karşı ilgili kamu görevlisi<sup>140a</sup>, tam tersine, soruşturma izni verilmemişse, bu karara karşı da Cumhuriyet Başsavcılığı ya da varsa şikayetçi, kararın

<sup>1</sup> <sup>38a</sup> “4483 sayılı yasaya göre soruşturma izni verilmemesi kararının cumhuriyet başsavcısına tebliğ edilmesi gerekir”. D.2.D, 14.4.2000 tarih ve 2000/1228-2148 esas-karar sayılı kararı. **Danıştay Dergisi**, S.104,sh.42.Aynı konudaki diğer 2 karar için bkz. Aynı dergi, s. 48 ve 49.

<sup>1</sup> <sup>38b</sup> “İhbarcının, soruşturma izni verilmemesine ilişkin karara itiraz hakkı yoktur”.2.D.,2000/3235 E.,2001/20K. **TOPUZ**, sh.371 vd;Aynı nitelikte 2000/3379-4137 E-K sayılı karar. **Danıştay Dergisi**, S.105, sh.58-59. Bu son kararda,“kanunun ihbarcıya itiraz hakkı tanınmaz” şeklinde yorumlanmaması gerektiğine dair önemli bir ayrışık oy bulunmaktadır.

<sup>1</sup> <sup>39</sup> **SAYIN**, sh.106.

<sup>1</sup> <sup>40</sup> 4696 Sayılı yasayla yapılmak istenen değişikliğe göre, 9.maddenin hem adı değişmekte (“itiraz” yerine “Yetki Merciiin Kararı Üzerine Yapılacak İşlemler” olmakta), hem de, yetkili merciin kararı, kararın çeşidine göre, sadece itiraz hakkı bulunanlara bildirilmektedir. Bu sisteme ön incelemeye geçilmemesi kararı şikayetçiye bildirilecek, şikayetçinin ise, tıpkı soruşturma izni vermemesi halinde olduğu gibi, itiraz hakkı bulunacaktır. İhbarcıya, ihbarı sonunda ön incelemeye geçilmemesi halinde de bir bildirimde bulunulmayacak, itiraz hakkı da zaten tanınmayacaktır. Ancak, itiraz hakkı tanınmasa dahi hem ön incelemeye geçilmemesi, hem de soruşturma izni verilmesi ya da verilmemesi kararları da ihbarcıya bildirilse daha isabetli davranılmış olacaktır.

<sup>1</sup> <sup>40a</sup> “Soruşturma izni verilmemesi kararına sanık itiraz edemez”.2.D.,2000/3415-4186 E-K. **TOPUZ**, s.371 vd

kendilerine tebliğinden<sup>140b</sup> itibaren 10 gün içerisinde<sup>140c</sup>, itiraz edebilirler. İtiraz mercii, ya Bölge İdare Mahkemesi ya da Danıştay ikinci Dairesidir. Cumhurbaşkanınca verilen izne karşı itiraz mümkün değildir.

#### **a- Danıştay İkinci Dairesine İtirazlar**

Bakan ya da Başbakan, TBMM Başkanı, TBMM veya Cumhurbaşkanlığı Genel Sekreterlerince verilen (3/e-f-g-h) soruşturma izni konusundaki kararlara karşı itiraz edilirse, dosya Danıştay İkinci Dairesinde incelenir. Mahalli İdarelerden belde belediye başkan ve meclis üyeleri ile köy muhtarları haricinde kalanların tamamına ilişkin kararlara, Danıştay'da itiraz edilebilecektir. İlçe Belediye Meclis Üyesine ilişkin karar itiraz halinde Danıştay'a giderken, Kaymakam hakkında olan karar Bölge İdare Mahkemesine gidecektir.

#### **bb- Bölge İdare Mahkemesine İtirazlar**

Kaymakam<sup>140d</sup>, Vali ve En Üst İdari Amirlerce Verilen “soruşturmaya izin” konusundaki kararlara itiraz edilmesi halinde de, dosya Bölge İdare Mahkemesine gider.

İtirazlar öncelikle incelenir ve itiraz üzerine verilen kararlar kesindir; Bölge İdare Mahkemesi veya Danıştay 2.Dairesinin kararını üç ay içerisinde vermesi gerekir. Bu karar, onama ya da bozma şeklinde olacaktır. Ama, şartları varsa, karar verilmesine yer olmadığına da karar verilebilmelidir<sup>141</sup>.Bozma kararı sonunda dosya tekrar idari mercie gönderilmez, doğrudan bu karar gereğince işlem yapılır;çünkü itiraz üzerine verilen kararlar kesindir. Yani, itiraz üzerine verilen bozma kararı, aslında sadece bir bozma kararı olmayıp, icra edilecek nihai bir karar kimliğini de taşır. Ancak, dosya karar verilmesine yeterli değilse, yani eksik inceleme

<sup>1</sup> <sup>40b</sup> “Soruşturma izni verilmesine ilişkin kararın sanıklara Tebligat Kanunu hükümlerine göre tebliğ edilmesi gerekir”. 2.D., 2000/2022-2943 E-K. **TOPUZ**, s.371 vd

<sup>1</sup> <sup>40c</sup> “İtiraz süresini adli tatil kesmez”.2.D.,2000/2712-3145 E-K.;”Cumhuriyet Başsavcısı 10 günlük süreyi geçirdikten sonra itiraz ettiğiinden, karar kesinleşmiştir”.2.D.,2000/2712-3145 E-K.;”4483 sayılı kanuna göre yapılan itirazdan feragat edilemez”.2.D.,2000/3517-4158 E-K. **TOPUZ**, sh.371 vd

<sup>1</sup> <sup>40d</sup> “Kaymakamın, İlçe memuru hakkında verdiği soruşturma izni verilmesine ilişkin kararını kaldıran Bölge İdare Mahkemesi kararına itiraz edemeyeceği” hakkında, 2.D., 2000/3274-3905 E-K. **TOPUZ**, sh.371 vd

<sup>1</sup> <sup>41</sup> Söz gelimi, olay suç oluşturmuyorsa, 4483 kapsamında bir suç söz konusu değilse (dosya savcılığa gider), zamaşaşımına uğramışsa vs.

varsa, ön inceleme raporu bir karar verilebilmesi için yeterli değilse, dosyanın yerine(yetkili mercie) geri çevrilmesine de karar verilmektedir<sup>141a</sup>.

İtirazın usûlü yasada düzenlenmemiştir. Ancak, itirazın inceleneceği yere (mahkemeye) değil de, buraya gönderilmek üzere kararı veren yere(yetkili idari mercie) yapılması usul ekonomisi bakımından aslında daha uygun olacaktır. Ancak, İdari Yargı usul kurallarının burada kıyasen uygulanarak, özellikle itiraz edecek kişi ile itiraz edilecek yargı yeri aynı yerde bulunmuyor ise, itiraz dilekçelerinin orada bulunan bir idari yargı yeri ve olmadığı takdirde de asliye hukuk mahkemeleri aracılığıyla gönderilebilmesi gerekir<sup>141b</sup>. Aynı şekilde, yanlış yere yapılan itirazların da, idari yargı yerince kendiliğinden doğru yere gönderilebilmesi icap eder.

MMHK'un sisteminin bu sistemden ayrıldığı noktalar (itiraz açısından) şunlardır: Şağın ve şikayetçinin itiraz hakkı vardır ve 5 gündür. Savcının itiraz hakkı ise bu sistemde bulunmamaktadır; buna karşılık "yargılamaya izin verilmemesine" ilişkin (men-i muhakeme) bütün kararlar re'sen Bölge İdare Mahkemesine veya Danıştay 2. Dairesine gönderilmektedir<sup>142</sup>. Yeni sistemde, savcının itiraz etmemesi halinde soruşturma izni verilmemesine ilişkin kararlar da bir üst inceleme olmaksızın kesinleşebilecektir.

Böylece kesinleşen soruşturma izni kararı, eğer soruşturmaya izin verilmesi şeklindeyse, kapsamının da bilinmesi önem taşır. Şimdi bu konuya bakalım.

#### **d-Soruşturma İzninin Kapsamı**

Soruşturma izni, öncelikle ön incelemeye konu olan ihbar, iddia ya da şikayet konusu olayları kapsar. Ancak, bunlara bağlı olarak ileride soruşturma sırasında (yani savcı hazırlık tahkikatını yaparken) ortaya çıkacak konuları da yasa bu izin kapsamında değerlendirmiştir (md.8). Diğer bir ifadeyle, iddia, şikayet ya da ihbar konusu olayla ilgili olmakla birlikte, bunlarda yer almamış, hatta ön inceleme sırasında da ortaya çıkmamış bazı konular savcılık soruşturması sırasında ortaya çıkarsa ve söz konusu

<sup>1</sup> <sup>41a</sup> "Ön inceleme yapılan suç konularının bazıları hakkında eksik karar verilmesi durumunda, dosyanın yetkili mercie bu hususu tamamlamak üzere iade edilmesi gerekir".2.D.,2000/3459-4196 E-K;"Dosyada eksik bulunan 4483 sayılı kanunun 6 ve 9. Maddelerinde yazılı hususların tamamlattırılmasının idareden isteneceği" hakkında,2.D.,2001/34-224 Esas-Karar sayılı kararı."Suç konusu ile ilgili bilgi ve belgeler yeterince toplanmadan ön inceleme raporu düzenlenmesi halinde, eksikliğin tamamlanması için dosyanın idareye geri gönderilmesi gerekir".2.D.,2001/146-286 E-K. **TOPUZ**, sh.371 vd

<sup>1</sup> <sup>41b</sup> "Danıştay 2. Dairesine 4483 sayılı kanun uyarınca yapılacak itirazlar, Bölge İdare Mahkemesi aracılığıyla yapılabilir".2.D.2000/3207-3681 E-K. **TOPUZ**, sh.371 vd

<sup>1</sup> <sup>42</sup> Örnek yargı kararı için bkz. **TOPUZ**, sh.15, dn.36 (Ankara Bölge İdare Mahkemesi 08.03.2000 tarih ve 2000/114-92 Esas-Karar Sayılı).

konuların iddia, şikayet ve ihbar konularıyla bağlantılı olduğu anlaşılırsa; savcı onlarla ilgili olarak da soruşturmasını sürdürecektir, yetkili merciden ek izin istemeyecektir.

Ancak, soruşturma sırasında savcı tamamen yeni bulgularla karşılaşarsa, bu takdirde, bu yeni konular görev sırasında kendiliğinden haberdar olduğu yeni bir görev suçu sayılacak ve bunlar hakkında soruşturma yapılmayacak, varsa kaybolması tehlikesi bulunan kanıtları hemen toplayacak, ama ilgili kamu görevlisinin konuyla ilgili ifadesine başvurmaksızın, derhal durumu yetkili mercie bildirecektir (md.4). Diğer bir ifadeyle, tamamen yeni konularla karşılaşılması halinde, bu konular aynı kamu görevlisiyle ilgili de olsalar, soruşturma iznine dahil sayılmazlar; ön inceleme sırasında bu durum ortaya çıkarsa, ön inceleme görevlisi de bu durumda konuyu derhal Yetkili Mercie bildirmeli, kendiliğinden o konuyu da ön inceleme raporuna dahil etmemelidir<sup>142a</sup>.

Fakat, şuna da dikkat edilmelidir ki, olayın hukuksal nitelendirilmesindeki değişiklik, yeni bir olay sayılamaz ve yeniden izin alınmasını gerektirmez (md.8 (son)). Yani, yetkili merci, izin konusu olaydaki suçu “görevi ihmal” olarak nitelemiş, ancak savcı “görevi kötüye kullanma” demiş ise, burada yeni bir izin gerekmez. Soruşturma izni, suçun vasfıyla değil, suça yol açan maddi olayla ilgilidir. O yüzden, hukuksal nitelendirme değişikliği, soruşturma iznini hiç etkilemez.

## **5- Dosyanın Savcılığa İletilmesi, Hazırlık Soruşturması ve Dava Açılması**

### **A- Dosyanın Savcılığa İletilmesi**

Soruşturma izni verilse de, verilmese de, ön inceleme dosyasının bir örneği, ekleriyle birlikte savcılığa gönderilmelidir. Çünkü, soruşturma izni verilmemişse, savcı bu karara itiraz edip etmeyeceğine bu dosyayı inceleyerek karar verecektir<sup>143</sup>. Soruşturma izni verilmişse de, hazırlık soruşturmasını yapan savcıya suç isnadına ilişkin eldeki bütün verilerin iletilmesi gerekir. Ancak, soruşturma izni verilmesi halinde, dosya, hakkında ön inceleme yapılan kamu görevlisinin itiraz süresinde itiraz etmemesi ya da itiraz etmişse, itirazının reddedilmesi suretiyle, soruşturma izni verilmesine ilişkin kararın hukuksal kesinlik kazanmasından sonra savcılığa gönderilmelidir<sup>144</sup>. Aynı şekilde, soruşturma izni verilmemesine karar verilip

<sup>1</sup> <sup>42a</sup> “Ön inceleme sırasında, inceleme izni verilen konudan tamamen farklı nitelikte bir fiil ortaya çıkmasına rağmen, yeniden ön inceleme emri alınmaksızın ön inceleme yapılması, 4483 sayılı kanunun 8/2. Maddesine aykırılık oluşturur”. 2.D.,2000/3170-4084 E.-K. **TOPUZ**, sh.371 vd.

<sup>1</sup> <sup>43</sup> **TOPUZ**, sh.17.

<sup>1</sup> <sup>44</sup> Soruşturma izni verilmesi halinde, yetkili mercinin, soruşturma işlemine başlanmak üzere dosyayı derhal savcılığa göndermemesi, bu kararın hukuksal kesinlik kazanmasını beklemesinin daha isabetli olacağı öne sürülmektedir. Çünkü, bu arada dava açılır, soruşturma izni verilmesi kararını da idari yargı

de, savcılığın itirazı halinde itiraz kabul edilirse, soruşturma izni verilmiş ve bu karar hukuksal kesinlik kazanmış olur. Bütün bu hallerde dosya, hukuksal kesinliğin kazanılmasıyla birlikte “derhal” gönderilmelidir (md.11)

Ön inceleme dosyası, kesinleşmiş soruşturma izni kararı ekinde Cumhuriyet Başsavcılığına gönderildikten sonra, savcılık derhal hazırlık soruşturmasını başlatacaktır. Bunun sonucunda, yeterli kanıtlar elde edilemediği için yahut başka bir gerekçeyle (zamanaşımı, takibi şikayete bağlı suç vs.) takipsizlik kararı verilmediği takdirde, dava açılacaktır. Şimdi, hazırlık soruşturmasını yapacak merciler ile Yetkili ve Görevli Mahkemeleri görelim.

## **B- Hazırlık Soruşturmasını Yapacak Merciler**

Hazırlık soruşturması, CMUK hükümleri çerçevesinde, Cumhuriyet Başsavcılıklarınca yürütülür. Ancak, 4483 Sayılı yasa, genel hükümlerden bazı kamu görevlileri bakımından ayrılarak, soruşturmayı yapacak Başsavcılıkları ayrıca belirtmiştir. Bu “ayrıca belirtilenler” dışında, hazırlık soruşturmasını genel hükümlere göre yetkili ve görevli olan Cumhuriyet Başsavcılıkları yürütecektir (md.12/c). Ancak yasa, burada “itirazlar” konusundaki gibi “yetkili mercii” esas almamış, hakkında hazırlık soruşturması yapılacak “kamu görevlisini” esas alarak bir ayırıma gitmiştir. Buna göre, yetkili ve görevli merciler şunlardır:

### **a-Yargıtay Cumhuriyet Başsavcısı (veya Başsavcı Vekili)**

Cumhurbaşkanlığı Genel Sekreteri, TBMM Genel Sekreteri, Müsteşarlar ve Bakanlar Kurulu Kararıyla atanan memur ve diğer kamu görevlileri ve Büyükşehir Belediye Başkanları hakkında hazırlık soruşturmasını yürütmekle görevlidir. Bu sırada, hakim kararını gerektiren bir işlem yapılması (tutuklama gibi) gerekirse, Başsavcılık, Yargıtay’ın ilgili Ceza Dairesine başvurur.

### **b-İl Cumhuriyet Başsavcısı veya Başsavcı Vekili**

Aşağıdaki kamu görevlileri hakkında yapılacak hazırlık soruşturmaları, İl Cumhuriyet Başsavcısı veya Başsavcı Vekili tarafından yürütülür. ***Bu gruba girenler şunlardır:*** Ortak kararla veya Başbakan onayıyla atananlar, İl ve İlçe belediye başkanları, ilçe idare şube başkanları. Görüldüğü üzere, Müsteşarlar ve Bakanlar Kurulu kararıyla atananlar hariç,

---

iptal ederse, ortaya hoş olmayan durumlar çıkabilir. **Bizim de katıldığımız bu görüş için bkz. :** *Başbakanlığın adı geçen genelgesi, sh.164.* Ancak, itiraz edip etmeyeceğinin anlaşılması amacıyla dosya elbette ilgili Cumhuriyet Başsavcılığına gönderilmelidir. Yoksa, Savcılık itiraz edip etmemesi konusuna nasıl karar verebilecektir? Nitekim bu konuda çok sayıda Danıştay 2. Dairesi kararı da bulunmaktadır.

yetkili mercii Bakan olan bütün kamu görevlileri buraya dahil edilmiş gözükmektedir, ancak, belediye meclisleri ve il genel meclisinin bu durumdaki üyeleri, genel hükümlere göre yetkili ve görevli savcılıklarca soruşturacaktır. Ortak kararla atanan ve yetkili mercii Vali olan *il idare şube başkanları* da, ilin ortak kararla atanan bir memuru olan *kaymakam* da bu gruba dahildir. Ortak kararla atanmamasına rağmen, *ilçe idare şube başkanları* da buraya dahil edilmiş, bu yüzden de ayrıca zikredilmek durumunda kalınmışlardır; ayrıca, *il ve ilçe Belediye Başkanları* da bu gruba alınmışlardır.

Burada da bakıldığında, aynı gruba dahil edilen kamu görevlilerine ortak paydalar bulmakta güçlük çekilmektedir. Soruşturma İzni konusundaki kararlara itirazları Danıştay 2. Dairesinde karara bağlananların bir kısmı ile, Bölge İdare Mahkemesinde karara bağlananların bir kısmı bu gruba dahil edilmiş; Danıştay 2. Dairesinde itiraza tabi görevlilerden geriye kalanların bir kısmının soruşturması Yargıtay Cumhuriyet başsavcısına bırakılırken, diğerlerinin soruşturması genel hükümlere bırakılmıştır. Görülen odur ki, memurların görev yaptıkları yerdeki idari ve toplumsal statüleri esas alınarak, bir düzenleme yapılmaya çalışılmıştır. Bu grup görevliler hakkında soruşturma yapılırken, hakim kararını gerektiren bir işlem yapılmak istendiğinde, ildeki Asliye Ceza Mahkemesine başvurulacaktır. Sözgelimi, bir ilçe belediye başkanı ya da ilçe idare şube başkanıyla ilgili hakim kararını gerektiren işlemlerde de, savcılık, İl Asliye Ceza Mahkemesine başvuracaktır.

### **c-Diğerleri**

Yukarıdaki iki gruba dahil olmayan bütün kamu görevlileri genel hükümlere göre yetkili ve görevli Cumhuriyet Başsavcılıklarınca soruşturulacak, bunlarla ilgili hakim kararını gerektiren bir işlem yapılacağı zaman da, savcılık, bu kez genel hükümlere göre yetkili ve görevli Sulh Ceza hakimine başvuracaktır.

### **C- Yargılamayı Yapacak Mahkemeler**

**a- Yargıtay (ilgili) Ceza Dairesi:** Cumhuriyet Başsavcılığınca hazırlık soruşturması yapılanlar, haklarında dava açıldığı takdirde, Yargıtay ilgili Ceza Dairesinde yargılanacaklardır.

**b- İl Ağır Ceza Mahkemesi:** İl Cumhuriyet Başsavcılıklarına hazırlık soruşturması yürüten kamu görevlileri, dava açıldığı takdirde İl Ağır Ceza Mahkemesinde yargılanacaklardır.

**c- Diğerleri:** Bunlar dışında kalanlar, genel hükümlere göre (yetkili ve görevli mahkemelerde) yargılanacaklardır. Sözgelimi, bir ilçedeki sıradan bir memur da, suçu gerektiriyorsa, ildeki Ağır Ceza Mahkemesinde yargılanabilir; diğer hallerde kendi ilçesindeki sulh veya asliye ceza mahkemesinde yargılanır.

#### IV-SONUÇ

Memurların Yargılanması, idari rejimimizin kaynağı durumundaki Fransa'da 1870'lerden itibaren Ceza Yargılamasında yargı birliği anlayışı içerisinde genel mahkemelere bırakılmıştır. Bizde, 1913 yılında, "Memurin Muhakematı Hakkında Kanun-u Muvakkat" yürürlüğe girene kadar, memurların hem soruşturması (tahkikat-ı evveliyeye) ve hem de yargılaması idari görevlilere(veya idari yargıya,Şura-yı Devlet Mülkiye Dairesine) bırakılmış iken, bu tarihten sonra, idarenin yetkisi sadece soruşturma yapılması ile sınırlanıp, yargılama adli mahkemelere bırakılmıştır ki, bu gelişme ceza yargılamasında "yargı birliğine" doğru atılmış çok önemli bir adımdı. Ancak bu adımın devamı gelmemiş ve Memurin Muhakematı Kanunu 86 yıl uygulanarak, yerini 4 Aralık 1999 tarihinden sonra 4483 Sayılı "Memurlar ve Diğer Kamu Görevlilerinin Yargılanması Hakkında Kanun"a bırakmıştır.

Bu kanunla getirilen sitemde, yine idari bir süreç korunmuştur. Ancak yeni sistemde idari süreç, adli sürecin, yani hazırlık soruşturmasının tamamen dışına çıkartılmış ve Anayasanın 129'ncu maddesinde öngörülen idari izin konusunda, kanunda gösterilen idari mercilerce bir karara varılabilesini, bir kanaat oluşturulmasını sağlayacak yeterlikte, adına "ön inceleme" denen tamamen idari bir faaliyete dönüştürülmüştür. İdarenin soruşturma izni konusunda vereceği idari kararın yargısal denetimi de daha sıkı kurallara bağlanarak, mevcut durumda yargı birliğine olabildiği kadar yaklaşılmaya çalışılmıştır.

Yeni yasayla getirilen sistemin özellikleri, idari sürecin, yargısal sürecin tamamen dışına çıkartılmasından ibaret değildir. Yasanın kapsamı hem suç, hem de kişi bakımından daraltılmış; memuriyet göreviyle ilgisi olmayan suçlar, memuriyet görevini yaparken de olsa kapsam dışına çıkartılmış; memur kavramı, ceza hukukundaki anlamından arındırılarak idare hukukundaki anlamı üzerine oturtulmaya çalışılmış, ancak, bu noktada "diğer kamu görevlisi" gibi ucu açık bir kavram da sisteme dahil edilmiştir.

Yeni sistemin dikkat çekici asıl özelliği, idari sürecin kısa ve kesin sürelerle bağlanması ve böylece konunun bir an evvel ya gündemden düşürülmesi, ya da adli merciler önüne taşınmasını öngörmesidir. Hatta denebilir ki, ön inceleme için benimsenen 30 günlük asıl ve zorunlu hallerde 15 günlük ek süre oldukça kısadır.

Yasanın düzenlenişinde bazı teknik aksaklıkların da yapıldığı gözlenmektedir: İhbar ya da şikayet dilekçesi üzerine idari mercinin ön inceleme başlatmaması halinde şikayetçi ya da savcının ne yapması gerektiği, memur ve kamu görevlisi kapsamına girdikleri kesin olan Mahalli İdare Birlikleri görevlilerinin yetkili mercinin kim olacağı, Bakanlıklar Merkez Memuru sayılmayan Bağlı ya da ilgili kuruluşların yetkili mercilerinin kim olduğu gibi sorulara yol açacak noksanlıkların yanı sıra; ilçe belediye başkanı ve ilçe belediye meclis üyelerinin dahi yetkili

merciinin İçişleri Bakanı olarak belirlenmesi gibi, işlemesi kolay olmayan düzenlemelere de yasada yer verilmesi ilginçtir. Özellikle yerel yönetimlerle ilgili düzenlemenin tam bir “idari vesayet denetimi” mantığıyla hazırlanması sonucu, bir büyükşehir belediye başkanına dahi hiçbir memuru hakkında “ön inceleme başlatma” yetkisi verilmemesi işin niteliğiyle pek de bağdaşmamaktadır. Esasen belediye görevlileri hakkında, yasanın “tek yetkili mercii” prensibinden ayrılmak pahasına da olsa, hiç olmazsa il ve büyükşehir belediye başkanlarına yetki tanınması gerekir. Bu, yasanın bakış açısının yanlışlığını da apaçık yansıtan bir noksanlıktır.

Memurların yargılanmasının, ceza yargılamasının genel hukuksal rejiminden (CMUK) ayrı bir usûle bağlanmasının bugün için kabûl edilebilir tek nedeni, kamu yetkisi kullanan kamu görevlilerinin haksız suçlamalara muhatap olup kamuoyu önünde yıpranmalarını önlemek suretiyle kamu hizmetinin aksamadan yürümesini sağlamaktır. Yani amaç kamu görevlilerinin değil, kamu hizmetinin korunmasıdır. Kamu yetkisi kullanmayan, sadece verilen görevleri yapmak durumunda olan kamu görevlilerinin, sırf Devlet Memurları Kanununa göre “memur” sayılmak gibi hukuksal statüleri dolayısıyla ayrı bir yargılama rejimine sahip kılınmaları, sistemin özünü ve temel felsefesiyle bağdaşmaz. O halde, memur yargılama sisteminin, kişi bakımından kapsamını, kamu yetkisi kullanan, bulunduğu memuriyet itibarıyla tek başına ya da birlikte karar almayı gerektiren kamu görevlileriyle sınırlamak işin doğası gereğidir. Bugün olduğu gibi milyonlarca insanı içine alan bir yargılama usûlü istisnası, istisnanın bir çeşit genel kural haline dönüşmesine yol açıyor. Bu da, ceza yargılamasında kabûl edilebilir bir ayrık durum olarak algılanmıyor. Halbuki, sadece kamu yetkisi kullanan, tek başına ya da kurul olarak idari kararlar alabilen sınırlı sayıdaki kamu görevlisinin kapsamında bulunduğu bir hukuksal düzenleme, hem sistemin niteliğine uyar, hem de yargılama birliği ilkesini ihlal etmeyen gerçek bir istisna durumuna gelmiş olur.

Hukuksal kurumların özünü gözden kaçırmamak, yasa yapıcıların asla ihmal edemeyecekleri hususların başında gelmektedir. Aksi halde yasalar toplumsal ilişkileri düzenleyen ussal kurallar olmaktan çıkar, “kendi kendileri için var olan” kutsal metinler haline dönüşürler; asırlık çınarlar gibi çağdan çağa, hiçbir sosyal fayda temin etmemelerine rağmen, uzanırlar.