

KAMU GÖREVLİLERİNİN CEZA KOVUŞTURMASINA TABİ TUTULABİLMESİ İÇİN YETKİLİ İDARİ MERCİ TARAFINDAN VERİLEBİLECEK KARARLARIN HUKUKİ NİTELİĞİ VE DENETİMİ ÜZERİNE

Yrd. Doç. Dr. Abdullah Uz*

ÖZET

Anayasa'da memurlar ve diğer kamu görevlilerinin işlemiş olduğu suçlardan dolayı kovuşturulmalarının, istisnalar dışında, idari makamların iznine bağlı olduğu düzenlenmiştir. Memurlar ve diğer kamu görevlileri hakkında özel soruşturma usullerinin uygulanması, çok uzun süredir tartışılmaktadır. Bu çalışmada, izin sisteminin genel esaslarının açıklanması ile doktrin ve Danıştay kararlarından hareketle, soruşturma iznine ilişkin kararların hukuki niteliği ve denetimine dair değerlendirmeler yapılması amaçlanmıştır.

Anahtar Kelimeler: 4483 sayılı Kanun, Kamu Görevlilerinin Ceza Soruşturması, Görevle İlgili Suçlar, İzin Sistemi, Tahkik Sistemi

JUDICIAL QUALIFICATION AND SUPERVISION OF DECISIONS MADE BY AUTHORIZED ADMINISTRATIVE AGENCIES FOR SUBJECTING PUBLIC OFFICERS TO CRIMINAL INVESTIGATION

ABSTRACT

The Constitution of Turkey regulates that, prosecution of public servants and other public employees for alleged offences shall be subject, except in cases prescribed by law, to the permission of the administrative authority designated by law. It should be noted that this exceptional inquiry procedure prescribed for public servants and other public

* Yükseköğretim Kurulu Strateji Geliştirme Daire Başkanı

employees has long been discussed. This study aims to discuss the general principles on the procedure of permission and to define to legal nature of permission and its judicial review from the point of the legal opinion of the doctrine and decisions of Conseil d'Etat.

Keywords: Law No. 4483, Prosecution of Public Servants, Job-related Crimes, Permission System, Investigation System.

GİRİŞ

Bilindiği gibi, ceza yargılamasını oluşturan tüm süreç, yani suç şüphesinin öğrenilmesinden veya suç oluşturan eylemin gerçekleşmesinden hükmün kesinleşmesine kadar sanık hakkında yapılacak tüm işlemler kural olarak adli kolluk ve adli yargı yerlerinin görev ve yetkisindedir. Bununla birlikte, etkin, hızlı, verimli ve saygın bir kamu yönetiminin üstün kamu yararının gereği olduğu; bu çerçevede Devletin ve diğer kamu tüzel kişilerinin genel idare esaslarına göre yürüttükleri kamu hizmetinin gerektirdiği asli ve sürekli görevleri kamusal yetki ve yöntemleri kullanarak yerine getiren memurlar ve diğer kamu görevlilerinin bu görevleri nedeniyle işledikleri öne sürülen suçlardan ötürü doğrudan ceza soruşturmasına bağlı tutulmalarının, hem kamu hizmetinin işleyişinde önemli aksamalara yol açacağı, hem de kamu otoritesinin saygınlığını zedeleyebileceği düşünceleriyle, memurlar ve diğer kamu görevlilerinin asılsız suçlamalar karşısında korunması için bunların görevleri nedeniyle işledikleri suçlardan ötürü ceza yargılaması sürecinin başlatılmasından önce idarenin bir inceleme yapması ve bunun sonucuna göre olayın görevli ve yetkili adli makamlara iletilmesi esası benimsenmiştir.

Bu bağlamda; Anayasa'nın 129 ncu maddesinin son fıkrası ile, memurlar ve diğer kamu görevlileri hakkında, işledikleri iddia edilen suçlardan ötürü ceza kovuşturması açılması, yasanın gösterdiği idari merciin iznine bağlı tutulmuş, buna paralel olarak yasal düzeyde özel düzenlemeler getirilmiştir.

Aşağıda daha ayrıntılı olarak ele alacağımız tarihsel süreç içerisinde, bu sistemi yasal olarak düzenlemek üzere çeşitli metinler

hazırlanmış ve yürürlüğe sokulmuştur. Bu çerçevede ülkemizde, kamu hizmetinin aksamadan yürütülmesi için öngörülen özel soruşturma sistemini düzenlemek üzere hazırlanan ve geçici (muvakkat) olma niteliğine ters düşecek şekilde yaklaşık 90 yıl uygulamada kalan Memurun Muhakematı Hakkında Kanunu Muvakkat (MMHK) 1913 yılında kabul edilerek yürürlüğe konulmuştur¹.

Ancak adı geçen düzenleme, getirdiği sistemdeki soruşturma aşamalarının çokluğu ve bu aşamalarda görev alanlarının yetersizliği sebebiyle soruşturmaların uzamasına ve sürüncemede kalmasına neden olmuş, bazen de bu süreçte zamaşımının dolması nedeniyle suçun cezasız kalmasına yol açmış, ayrıca konu ve kapsam yönünden de sakıncaları beraberinde getirmiştir.

Söz konusu sakıncalar, görev sırasında işlenen, ancak görevle ilgisi bulunmayan suçların da bu Kanun kapsamında bulunması nedeniyle belirtilen suçlar hakkında adli mercilerce doğrudan soruşturma yapılmasına olanak verilmemesi; ayrıca Kanunun Türkiye Büyük Millet Meclisinin 8.8.1941 tarih ve 1255 sayılı yorum kararı uyarınca Türk Ceza Kanununun memur saydığı kişilere de uygulanması, başka bir deyişle, memuriyet statüsünde bulunmayan kişilere de teşmil edilmesi nedeniyle çok geniş bir personel grubunu sistemin içine dahil etmesi olarak özetlenebilir.

Belirtilen sakıncaları gidermek için çıkartılan 4483 sayılı Kanun ile, Kanun kapsamındaki “memurlar ve diğer kamu görevlileri” kavramı açıklığa kavuşturulmak, görev sırasında işlenen, fakat görevle ilgisi

¹ MMHK, memurların görev suçları diye adlandıracağımız suçları ele almaktadır. Bu suçlar, memurların “vazife-i memuriyetlerinden münbais”, “vazife-i memuriyetlerinin ifası sırasında hadis” olan suçlardır. Kısacası, görev suçları dediğimiz, görevden doğan veya görev sırasında işlenen suçlardır. Kanunun idari makamlara verdiği ve bütünüyle ön soruşturma niteliğinde olan soruşturma iki safhada toplanmaktadır: Birincisi soruşturma yapılması (iptidai tahkikat), ikincisi sonuç çıkarılması (idari tetkikat). Memurun görev suçu işlediği anlaşılırsa, amirin emri ile “iptidai tahkikat” yapılır. Bu soruşturma, amir tarafından veya çoğunlukla amirin soruşturma ile görevlendirdiği soruşturmacı memur tarafından yapılır ve dosya fezleke ile birlikte idari soruşturmayı yapacak idari kurula sunulur. İdari soruşturma üzerine sonuç çıkarıp karar verme faaliyeti daima bir kurul tarafından yapılır.

bulunmayan suçlar kapsam dışı bırakılmak suretiyle sistemin uygulama alanının daraltılması öngörülmüş; ayrıca ceza kovuşturması açılmadan önce idare tarafından yapılacak ön incelemeye göre karar verilmesi esası getirilmiş, böylece soruşturmanın kurullar elinde sürüncemede kalması önlenmiştir. Böylece görevle ilgisi olmayan ancak, görev sırasında işlenen suçlar kapsam dışına çıkarılmış, Memurin Muhakematı Hakkında Kanunu Muvakkat döneminde sisteme dahil olmayan “diğer kamu görevlileri” de sisteme dahil edilmiştir². Ayrıca 4483 sayılı Kanunla, hazırlık soruşturması Cumhuriyet Savcılarına devredilmiştir. İlgili yasama sürecine bakıldığında, 1288(1872) tarihli Memurin Muhakemat Nizamnamesi döneminde yargılama baştan sona idare tarafından yapılırken, 1913 tarihli MMHK’nın yürürlüğe girmesinden sonra, hazırlık soruşturmasının idare tarafından, yargılamanın ise görevli mahkemelerce yapılması söz konusu olmuştur. 4483 sayılı Kanunda ise, memurlar hakkında yapılan isnatlardan dolayı hazırlık soruşturması ve yargılanmaların genel hükümlere göre Cumhuriyet savcıları ve adli mahkemelerde yapılması öngörülmüş, ancak Cumhuriyet savcılarınca hazırlık soruşturması yapıp yapılmaması idari mercilerin iznine bağlanmıştır³.

Çalışmanın bundan sonraki kısmında, öncelikle kamu görevlileri ile ilgili özel soruşturma usulüne değinilecek, soruşturma açılabilmesi için öngörülen izin müessesesi üzerinde durulacak, daha sonrasında ise izne ilişkin verilen kararların hukuksal nitelendirmesi ile bu kararlara karşı başvuru yolları ve verilebilecek kararların niteliği hakkında tespit ve değerlendirmelerde bulunulacaktır.

2 TOPUZ, İbrahim, “Devlet Memurları ve Diğer Kamu Görevlilerinin Yargılanması Hakkında Kanun ve Uygulaması”, Yerel Yönetim ve Denetim Dergisi, C.5, s.6, Haziran 2000, s.4.

3 Ayrıntı için bkz. YILDIRIM, Turan, “Memurin Muhakematı-Anayasaya Aykırılığın Mahkemelerce İleri Sürülmesi”, *Argumentum-1991*, C.2, S.13, s. 199-201; YAYLA, Yıldızhan, 'Memurların Yargılanması.' *İdare Hukuku ve İlimleri Dergisi (IHID)*, *Vakur Versan'a Armağan Özel Sayısı* 1985, Y.6, S.1-3, s. 260-276; YÜCE, Turhan Tufan, “Memurin Muhakematı Kanununun Anayasaya Aykırılığı ve Anayasa Mahkemesinin Bu Konudaki Kararı Üzerine”, *Ankara Barosu Dergisi*, 1968, C.25, S.5.

1. Kamu Görevlileriyle İlgili Ceza Soruşturması Süreci ve İzin Sistemine Genel Bir Bakış

Yukarıda da değinildiği üzere, ülkemizde memurlar ve diğer kamu görevlilerini asılsız isnat ve iftiralar karşısında korumak için bunların görevleri sebebiyle işledikleri suçlar hakkında adlî makamların kovuşturma yapmasından önce idarenin bir inceleme yapmasını ve bu incelemenin sonucuna göre olayın yetkili ve görevli adlî mercie intikal ettirilmesini öngören bir sistem geliştirilmiş, Anayasamızın 129 uncu maddesinin son fıkrasında da “Memurlar ve diğer kamu görevlileri hakkında işledikleri iddia edilen suçlardan ötürü⁴ ceza kovuşturması açılması, kanunla belirlenen istisnalar dışında, kanunun gösterdiği idarî mercii iznine bağlıdır” hükmüne yer verilerek suretiyle sözü edilen sistem, Anayasal güvence altına alınmıştır.

Hal böyle olmakla birlikte, kamu görevlileriyle ilgili soruşturmalardaki izin sistemi, Türkiye’de geçmiştten bu yana hep tartışılmalı konulardan birisi olmuştur⁵. Bu konuda iki farklı görüşten

4 Aslında Anayasamızın lafzına bakıldığında, işlenen suçla ilişkin bir nitelendirme yapılmadığı görülmektedir. Daha açık bir ifade ile, (suçlar bakımından) görevi sebebiyle olup olmama şeklinde herhangi bir ayırım yapılmaksızın memurlar ve diğer kamu görevlilerince işlendiği iddia edilen bütün suçlar için soruşturma açılmasının idari mercî iznine bağlı kılındığını söylemek mümkündür. Anayasa koyucunun amacının sadece görevle ilgili suçlara özgü bir izin sistemi getirmek olduğu ileri sürülebilir de madde lafzının, memurlar ve diğer kamu görevlilerinin her hangi bir suçtan dolayı ceza kovuşturmasına maruz kalması için izin sistemini öngördüğü söylenebilir. Bu yaklaşım benimsendiğinde, ilgili yasal düzenlemelerde memurlar ve diğer kamu görevlilerine ilişkin izin şartını gerektiren hallerin sadece görevle ilgili suçlara özgü olduğu ve bu yönüyle ilgili kanun hükümlerinin Anayasamızın 129 uncu maddesine aykırı olduğu ileri sürülebilecektir. Kaldı ki, Anayasada ceza kovuşturması açılmasının, kanunla belirlenen istisnalar dışında, idarî mercii iznine bağlı tutulması da memurlar ve diğer kamu görevlileri bakımından kural olarak idari mercî iznin şart olduğu, istisnai durumlarda izin şartının aranmayacağı belirtilerek, memurlar ve diğer kamu görevlileri bakımından izin sisteminin genel kural olması gerektiği, kanunda açıkça belirtilen istisnai durumlarda izin gerekmeksizin genel hükümlere göre işlem yapılabileceği öngörülmüştür.

5 ÖZTÜRK, Bahri, "Memurların Özel Bir Muhakeme Usulüne Tabi Olmalarının Sakıncaları ve Anayasa Mahkemesi Kararları," *Ceza Hukuku ve Kriminoloji Dergisi*

söz edilebilir. Bir taraftan, memurlara ve diğer kamu görevlilerine tanınan soruşturma ve yargılama ayrıcalıklarının kaldırılarak soruşturmanın doğrudan Cumhuriyet Savcıları ve genel hükümlere tabi olarak yapılması savunurken, diğer taraftan Devletin ve diğer kamu tüzel kişilerinin genel idare esaslarına göre yürüttükleri kamu hizmetlerinin gerektirdiği asli ve sürekli görevleri kamusal yetki ve usuller kullanmak suretiyle ifa eden memurlar ve diğer kamu görevlilerinin bu görevleri sebebiyle işledikleri suçlar nedeniyle doğrudan doğruya ceza kovuşturmasına tabi tutulmalarının, kamu hizmetinin işleyişinde aksamalara ve kamu otoritesinin saygınlığının zedelenmesine yol açabileceği gerekçesiyle izin sisteminin gerekli olduğunu ileri sürülmüştür⁶.

Türk Pozitif Hukukunda kamu görevlilerinin soruşturmalarındaki izin sistemine, başta genel düzenleme niteliğindeki 4483 sayılı Memurlar ve Diğer Kamu Görevlilerinin Yargılanması Hakkında Kanun olmak üzere, 2802 sayılı Hâkimler ve Savcılar Kanunu'nda, 2547 sayılı Yüksek Öğretim Kanununda, ve (uygulamada bağımsız idari otoriteler olarak adlandırılan) idari ve mali özerkliğe sahip kurum ve kuruluşların teşkilat yasalarında yer verildiği gözlenmektedir.

Bu bağlamda, kamu görevlilerinin soruşturmalarındaki izin sistemine ilişkin, karşılaştırmalı bir yöntem benimsenerek diğer ülkelerdeki uygulanan sistemlerden de yararlanılarak kamuda en geniş uygulama alanı olan 4483 sayılı Kanunun getirmiş olduğu sistem üzerinde kısaca durulacaktır.

A. 4483 sayılı Kanunla Getirilen Sistem

a. 4483 sayılı Kanunun Kişi Bakımından Kapsamı

Bilindiği üzere 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

1978 S.I; ZEREN, Yıldırım, “Memurların Soruşturulmaları Anayasaya Aykırı Kanunlarla Yapılmaz,” *İstanbul Barosu Dergisi* 1998, C.72, S.4-5-6), s. 234-236.

⁶ Bu konuda ayrıntılı ve güzel bir çalışma için bkz. ÇAĞLAYAN, Ramazan, “Memurların ve Diğer Kamu Görevlilerinin Yargılanmasına İlişkin 4483 sayılı Kanun Hakkında Bir Değerlendirme”, *AÜEHFD. C. VII, S. 1-2, Haziran 2003*, s. 105-128.

haklarında yasalarda belirlenen özel kurallar uygulanan memurlar ile diğer kamu görevlileridir.

Bu durumda, genel idare esaslarına göre asli ve sürekli görevlerde çalışmayan, kamu gücünü kullanma yetkisi olmayan personel 4483 sayılı Kanun kapsamına girmemektedir. Nitekim bunlar, yaptıkları hizmet kamu görevi olarak kabul edilmediğinden Türk Ceza Kanununun uygulamasında memur sayılmamaktadırlar. Maddi ceza hukuku yönünden memur sayılmayan ve memur suçlarıyla cezalandırılmayan bu kişileri usul hukuku yönünden ayrıcalıklı bir duruma getirip memurlar gibi soruşturmaya tabi tutmak düşünülemez.

Nitekim, Anayasanın 128 inci maddesinin birinci fıkrasında yer alan “Devletin, kamu iktisadi teşebbüsleri ve diğer kamu tüzelkişilerinin genel idare esaslarına göre yürütmekle yükümlü oldukları kamu hizmetlerinin gerektirdiği asli ve sürekli görevler, memurlar ve diğer kamu görevlileri eliyle görülür” hükmü, 4483 sayılı Kanunun 2 nci maddesine “kamu iktisadi teşebbüsleri” deyimini çıkarılarak aynen alınmak suretiyle kamu iktisadi teşebbüsleri personeli yasa kapsamı dışında tutulmuş, 17 nci maddesi ile de teşebbüs genel müdürleri ve yönetim kurulu üyelerinin yargılanmaları ilgili bakanın iznine bağlı kılınarak yalnızca bunlar hakkında 4483 sayılı Kanun hükümlerinin uygulanması öngörülmüştür.

Ayrıca, kuruluş kanunlarında, personeline Memurin Muhakematı Hakkında Kanunu Muvakkatın uygulanmayacağı veya özel hukuk hükümlerine tabi olduğu belirtilen kamu kurum ve kuruluşları personelinin 4483 sayılı Kanun kapsamına girmeyeceği, buna karşın kuruluş kanunlarında Memurin Muhakematı Hakkında Kanunu Muvakkatın uygulanacağı belirtilen kamu tüzelkişileri personeli hakkında ise 4483 sayılı Kanun hükümlerinin uygulanacağı hususuna özel olarak dikkat edilmesi gerekir.

b. 4483 sayılı Kanunun Suç Bakımından Kapsamı

Kamu görevlilerinin işledikleri suçları, görevleriyle bağlantısı olup olmaması bakımından üç grup içinde toplamak mümkündür. Bunlardan birincisi görev nedeniyle işlenen suç, ikincisi görev sırasında işlenen suç,

üçüncü kişisel suçtur. Üçüncü gruba giren kişisel suçlar bir memurun bir markette alışveriş yaparken satıcıya sövmesi gibi yaptığı görevle hiçbir bağlantısı olmayan suçlar olduğundan 4483 sayılı Kanun kapsamı dışındadır⁷.

Yukarıda da değinildiği üzere, 4483 sayılı Kanunun uygulanabilmesi için kamu görevlisine yürürlükteki yasal hükümler çerçevesinde bir görev verilmiş olması ve kamu görevlisinin de bu görevini ifa ederken bir suç işlemesi gerekir. Diğer bir ifade ile yasa koyucunun 4483 sayılı Kanunun genel gerekçesinde belirttiği gibi; görev sırasında işlenen ve fakat görevle ilgisi bulunmayan suçlar için bu yasa hükümleri uygulanamaz. Başka bir anlatımla “...(4483 sayılı) yasa memurların görevlerini yaptıkları sırada işledikleri suçları dışlayarak yalnız görevleri sebebiyle işledikleri suçları kapsamına almıştır”⁸.

Çetin’e göre, “...görev sebebiyle işlenen suç memurun yasal düzenlemelerle kendisine verilen görevlerinden doğan ve bu görevleriyle ilgili olan suç demektir. Bunlarla işlenen suç ile görev arasında bir nedensellik bağı vardır ve suç görevin sonucu olarak ortaya çıkar. Görev sırasında işlenen suç ise, memurun göreviyle ilgili olmayan, görevin yapıldığı sırada işlenen suç demektir... Bir nüfus memurunun bütün belgeler verildiği halde, yeni doğan bir çocuğun kaydını uzun süre yapmama eylemi yaptığı görevden doğduğundan görev sebebiyle işlenen suçta, makamında çalışırken, bu kaydın gecikme nedenini soran çocuğun babasını dövmesi görev sırasında işlenen suçta örnektir.”⁹

Görüldüğü üzere, 4483 sayılı Kanun, Memurin Muhakematı Hakkında Kanunu Muvakkat kapsamında yer alan "görev sebebiyle" ve

⁷ ÇETİN, Erol, Açıklamalı ve İçtihatlı Ceza Hukukunda ve Özel Memur, Memurlar ve Diğer Kamu Görevlilerinin Yargılama Usulü ve Memur Suçları, 2000, s. 401; EREN, Abdurrahman, “Memurin Muhakematı Hakkında Kanunu Muvakkat” ile Onu Yürürlükten Kaldıran “Memurlar ve Diğer Kamu Görevlilerinin Yargılanması Hakkında Kanun”un Karşılaştırılması”, *Ankara Üniversitesi SBF Dergisi*, S. 55-3, s. 56 v.d; ASLAN, Onur Ender, "Memurların Yargılanması Hakkındaki Yeni Kanun üzerine Düşünceler," *Amme İdaresi Dergisi*, 2000, C. 33, S. I s. 59-77.

⁸ ÇETİN, s. 392

⁹ ÇETİN, s. 402.

"görev sırasında" işlenen suçlardan yalnızca "görev sebebiyle" işlenen suçları kapsamına almış, "görev sırasında" işlenen suçlar ise kapsam dışına çıkartılmıştır. Böylece görev sırasında görev sebebi dışında bir nedenle işlenen suçların genel hükümlere tabi olması sağlanmıştır.

Yargıtay'a göre; 4483 sayılı Kanunun ana fikri (ratio legis), memurların soruşturması ile ilgili kuralların dünyada ve ülkemizde geçirdiği evrim, yasa koyucunun görev sırasında işlenen ancak görevle ilgisi bulunmayan suçları kapsamdan çıkarmak suretiyle memur soruşturmaları ile ilgili özel düzenlemenin kapsamını daraltmak istemesi gibi hususlar dikkate alındığında, Kanunda geçen "görev sebebiyle işlenen suç" kavramının, memuriyet görevinden doğan, görev ile bağlantılı ve görevden yararlanılarak işlenebilen suçları, başka bir anlatımla sadece memurlar tarafından işlenebilen, failin memur olmasının suç tipinde kurucu unsur olarak öngörüldüğü suçları ifade ettiği sonucuna varılmaktadır.¹⁰

c. Karşılaştırmalı Hukukta Kamu Görevlilerinin Soruşturulmasına İlişkin Uygulanan Sistemlere Genel Bir Bakış

Çalışma konumuzla ilgili olarak sağlıklı bir hukuki değerlendirme yapılabilmesi bakımından konunun, tarihsel boyutu ve memurların yargılanmasına ilişkin hukuki düzenlemelerin zaman içinde geçirdiği değişiklikler de dikkate alınarak incelenip değerlendirilmesi gerekir.

Karşılaştırmalı bir inceleme yapıldığında, kamu gücü, kamu hizmeti, kamu hizmetlerine yön veren ilkeler ve korunan değerler, kamu hizmeti ilkelerini çiğnemenin doğurduğu zararlar, kamu personeli anlayışı ve devletin genel ve kamu yönetimine ilişkin özel rejimi gözetildiğinde, memur sorumluluğu açısından iki büyük üst sistem karşımıza çıkmaktadır.

Bunlardan İngiltere'de gelişen sistemde, kamu personelinin gereksiz yakınlara konu olamayacağı inancı yerleşmiş, o nedenle yargısal güvenceyle yetinilmiştir. Yargısal güvenceden amaç memurun yargılanmasını bağımsız yargı organına bırakmaktır. Ancak geniş anlamda

¹⁰ Yargıtay Ceza Genel Kurulu, 17.02.2004, E. 2004/2-10, K. 2004/40 sayılı karar.

yargısal güvence; bunun yanı sıra, memurun ve dolayısıyla yönetimin çeşitli biçimde korunmasını gerektirmektedir. Günümüzde devletlerin ceza yasalarında, kamu yönetiminin saygınlığını korumak ve düzenli işlemlerini sağlamak için, memurlara karşı işlenen ya da memurların işledikleri suçların cezası daha ağırdır. Devlet, memurunu yeterince koruyamazsa bunun sonuçlarına katlanmak zorundadır. Hukuk devletinde yargıçlar, savcılar gibi kimi görevliler için çok sınırlı ve temel hukuksal ilkelere dayanılmak koşuluyla özel yargılama yöntemlerinin öngörülmesi olağan bir durumdur. Öte yandan memur da, haklarıyla ya da kendine karşı yapılan disiplin soruşturmalarıyla ilgili olarak yargı önünde hak arama özgürlüğüne sahiptir¹¹.

Buna karşılık Kara Avrupasında görevlilerin, dolayısıyla yönetimin asılsız suçlamalarla yıpratılacağından kaygıya düşüldüğü için, yargısal güvencenin yanı sıra, yönetsel güvenceye de gerek duyulmuştur. Geniş anlamda yönetsel güvence, hem kamu personelinin statüsüyle ve yükümlülükleriyle ilgili olarak kendine sağlanan, örneğin, kendisiyle ilgili kararlara katılma gibi haklarını ve hem de hakkında cezai bir kovuşturma açılabilmesini belli yöntemlere bağlamayı ifade eder. Dar anlamda ise yalnızca cezai kovuşturmada, adli yargıdan önce, belli bir yönetime bağlı olmak anlaşılır¹². Diğer bir ifade ile yönetsel güvence üst sistemi, kamu yönetiminin kendisini korumak, saygınlığının örselenmesini önlemek kaygılarından doğmuştur ve son çözümlemede kamu davasının koşulu olmaktadır¹³.

Yönetsel güvence sistemi, merkezi devlet sistemini benimseyen ülkelerde, yönetimi koruma kaygısıyla benimsenmiş olmakla birlikte, uygulama başarılı olmamış, devleti korumak şöyle dursun, ona olan güveni sarsmış, devleti zayıflatmıştır.

Yönetsel güvencenin temel alındığı sistemlerde memurların yargılanma usulü ile ilgili olarak üç sistem uygulanmıştır:

¹¹ SELÇUK, Sami, Memur Yargılaması Hakkında, TUSİAD Yayınları, 1997, s. 18.

¹² Ibid.

¹³ Ibid.

1. Muhakeme sistemi. Hem ön soruşturma hem de son soruşturmanın idare tarafından yapıldığı bu sistem, ülkemizde 1871 (1288) tarihli Memurin Muhakematına Dair Nizamname ile kabul edilmişti. Bu Nizamnameye göre memur suçlarının takibi hazırlık soruşturmasından hükmün kesinleşmesine kadar idari makamlar tarafından gerçekleştirilmekteydi.

2. Tahkik sistemi. Bu sisteme göre ön soruşturma yönetsel makamlar tarafından yapılmakta, son soruşturma gerekli görüldüğünde iş mahkemeye havale edilmektedir. 1329 tarihli Memurin Muhakematı Hakkında Kanunu Muvakkat ile Yargıtay Kanunu (46. md) bu sistemi benimsemişlerdir.

3. İzin sistemi. Bu sistemde suçun kovuşturulması yetkili bir merciin iznine bağlanmıştır. Anayasanın 129 uncu maddesi, 4483 sayılı Kanun, Hakimler ve Savcılar Kanunu (82. md), yürürlükten kaldırılan 1609 sayılı Kanun, bu sistemi benimsemiştir¹⁴.

Bu açıklamalardan sonra memur yargılaması ile ilgili olarak ülkemiz hukukundaki gelişim ve mevcut sistemler içindeki yeri üzerinde durulabilir. 1871 (1288) tarihli Memurin Muhakematına Dair Nizamname ile muhakeme sistemi kabul edilmişti. Bu Nizamnameye göre, ön soruşturma idare tarafından yapıldığı gibi, son soruşturma da yine idare tarafından yapılmakta ve ceza idare mahkemelerince verilmekteydi. Sonuçta cezayı tayin edenler idare kurulları idi. Bu kurulların mahkumiyet kararlarına karşı da, daha yüksek idare kurullarına başvurulmaktaydı¹⁵.

1913 tarihinde Memurin Muhakematı Hakkında Kanunu Muvakkat ile memurların işledikleri suçlarda izlenecek yargılama kuralları yeniden düzenlenmiştir. Yargılama birliği prensibinden etkilenilerek çıkarıldığı

¹⁴ ZAFER, Hamide, “4483 sayı ve 2.12.1999 tarihli Memurlar ve Diğer Kamu Görevlilerinin Yargılanması Hakkında Kanun’un Değerlendirilmesi”, *İstanbul Barosu Dergisi*, 2000, S.4, s. 983; Selçuk’a göre, “İzin” sistemine hemen her ülkede ve fakat yalnızca yargıçlar gibi görevliler için çok sınırlı olarak rastlanmaktadır. SELÇUK, s. 21.

¹⁵ TOSUN, Öztekin, “Memurların Suçlarında Özel Muhakeme Kuralları”, *Adalet Dergisi*, 1984, S. 1-2, s. 14

düşünülen bu Kanunun önceki Nizamnameden ayrıldığı başlıca nokta, son soruşturmanın yapılmasını adli mahkemelere bırakması olmuştur. Bu yasa ile birlikte memur yargılaması açısından ülkemizde tahkik sistemine geçilmiştir¹⁶.

Daha sonra, Anayasanın 129 uncu maddesi ve 3.12.1999 tarihli Resmi Gazetede yayımlanarak yürürlüğe giren 4483 sayılı Memurlar ve Diğer Kamu Görevlilerinin Yargılanması Hakkında Kanun ile tahkik sisteminden "izin" sistemine geçilmiştir.

Görüldüğü üzere, gerek geçmişte yönetsel güvence sistemini temel alan çeşitli ülkelerdeki gelişimin gerekse ülkemizdeki gelişimin, memurların yargılanması konusunda özel kurallar konulmasından vazgeçilmesi ya da uygulama alanının daraltılması suretiyle, genel hükümlerin uygulanmasına yönelik bir süreç yaşanmıştır.

2. Yetkili İdari Merciin Soruşturma İznine İlişkin Kararlarının Hukuki Niteliği

A. 4483 sayılı Kanuna Göre Yetkili İdari Merciin Soruşturma İznine İlişkin Kararlarının Hukuki Niteliği

4483 sayılı Kanun uyarınca, Cumhuriyet Başsavcıları, memurlar ve diğer kamu görevlilerinin bu Kanun kapsamına giren suçlarına ilişkin herhangi bir ihbar veya şikayet aldıklarında veya böyle bir durumu öğrendiklerinde ivedilikle toplanması gerekli ve kaybolma ihtimali bulunan delilleri tespitten başka hiçbir işlem yapmayarak ve hakkında ihbar veya şikayette bulunulan memur veya diğer kamu görevlisinin ifadesine başvurmaksızın evrakın bir örneğini ilgili makama göndererek soruşturma izni istemesi gerekir. Aynı şekilde, diğer kamu görevlileri de, bu Kanun kapsamına giren bir suç işlendiğini ihbar, şikâyet, bilgi, belge

¹⁶ ZAFER, Hamide, “Memurin Muhakematı Hakkında Kanunu Muvakkatın Değerlendirilmesi”, *İstanbul Barosu Dergisi* 1998, C.72, S. 2, s. 211-234; ŞAHİN, Faruk, “Memur Yargılama Sistemi Kaldırılıyor mu?”, *Sayıştay Dergisi*, S.48, s. 47-74; YÜCE, Turhan Tufan, “Memurin Muhakematı Kanununun Anayasaya Aykırılığı ve Anayasa Mahkemesinin Bu Konudaki Kararı Üzerine”, *Ankara Barosu Dergisi*, 1968, C.25, S.5; ÇAĞLAYAN, Ramazan, “Memurlar ve Diğer Kamu Görevlilerinin Yargılanmasına İlişkin 4483 sayılı Kanun Hakkında Bir Değerlendirme”, *AÜEHFD*, Haziran 2003, C. VII, S. 1-2, s. 105-128.

veya bulgulara dayanarak öğrendiklerinde durumu izin vermeye yetkili mercie iletmek zorundadır.

İdarenin izin vermeye ilişkin yapacağı incelemenin kapsamı¹⁷, memurlar ve diğer kamu görevlilerinin görevleri nedeniyle işledikleri suçlardan ötürü doğrudan ceza yargılaması sürecinin başlatılmasından kaynaklanabilecek sakıncaların önlenmesi amacıyla sınırlıdır. Başka bir ifadeyle, idareye tanınan bu izin yetkisi, maddi ceza hukuku ilkeleri çerçevesinde ceza yargılamasına yönelik bir takdir içermemektedir. İzin vermeye yetkili idarenin, kamusal yetki ve yöntemlerin kullanılması sırasında suç işlendiği iddiasının somut ve subjektif olması, ciddi bulgu ve belgelere dayanması durumunda suç eylemini nitelendirmesi, bu eylemin nitelendirilen suçun maddi ve manevi unsurunu içerip içermediğinin ortaya konulması, daha doğrusu kesin bir biçimde kanıtlanması yoluna gidilmeksizin, ceza yargılaması sürecinin başlatılması konusunda bağlı yetki içerisinde olduğu söylenebilir. Bu bağlamda, idarenin "takibata" izin vermemesi durumunda, bunun hukuken kabul edilebilir gerekçelerini açıklıkla ortaya koyması zorunlu olup, bu yoldaki tasarrufların, değinilen niteliği gereği idari yargı denetimine açık olduğu gözden uzak tutulmamalıdır.

Hal böyle olmakla birlikte geçmişte Danıştay; *“memurların yargılanmalarına ilişkin yasal düzenleme uyarınca, görevlerini ihmal veya kötüye kullandıkları öne sürülen görevliler hakkında soruşturma yapılmasına izin verme konusunda idare amirlerinin takdir yetkisi bulunup, yargısal yoldan idare amirlerini soruşturma açtırmaya zorlamak mümkün olmadığı gibi, soruşturma açılmasına karar veren idare amirinin bu yetkisini ortadan kaldıracak şekilde yargı kararı verilmesi de mümkün olmamaktadır. Bu itibarla, ... davacı hakkında ceza soruşturması açılmasına ilişkin karar idare amirinin takdir yetkisi içinde olup, yargısal denetimi de mümkün olmadığından, ortada idari davaya konu olabilecek*

¹⁷ Bu konuda ayrıntı için bkz. GÜNERBÜYÜK, Uygur, Ceza Muhakemesi Hukukunda Kovuşturma Şartı Olarak İzin Kavramı ve İzin Denetimi, *Yüksek Lisans Tezi*, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku ABD, İstanbul 2010.

kesin ve yürütülmesi gerekli bir idari işlem bulunmamaktadır.”¹⁸ şeklinde kararlar verebilmiştir.

Uygulamada, izin vermeye yetkili idari merci tarafından, *şikayetin işleme konulmaması, soruşturma açılmasına yer olmadığı, soruşturma açılmaması, soruşturma izni verilmemesi veya soruşturma izni verilmesi* yönünde kararlar verilebilmektedir. Danıştay’ın, söz konusu kararların hukuki niteliği ve doğurabileceği hukuki sonuçlar bakımından her bir karar türü için farklı yaklaşımları benimsediği söylenebilir¹⁹. Çalışmanın bundan sonraki kısmında, değişik mevzuat hükümlerine dayalı olarak alınan kararların hukuksal nitelendirmesi ve denetimine ilişkin yargı kararları üzerinde durulacaktır.

Danıştay’a göre, “*Adli bir suça ilişkin eylemin soruşturulması ya da soruşturulmaması sonucunu doğuran "soruşturma izni", Devlet memurları ve diğer kamu görevlilerinin görevleri nedeniyle işledikleri suçlar bakımından ceza yargılaması süreci başlatmakta olup, bu niteliği nedeniyle bir suç isnadının soruşturmaya konu edilmesi ya da edilmemesi yolunda, ceza yargılamasına ilişkin bir takdirin kullanılmasını ifade etmektedir. Başka bir ifadeyle, yasayla gösterilen yetkili makam, suçlamanın niteliğini, Devlet memuru ya da diğer kamu görevlisinin kamusal yetkileri ve yöntemleri kullanmasından kaynaklanan eyleminin suç teşkil edip etmediğini, buna ilişkin delillerin niteliğini araştırarak soruşturma izni verilip, verilmemesine karar vermektedir. Dolayısıyla yetkili makamın, ceza yargılaması yöntemine ait olması nedeniyle idare hukuku alanında sonuç doğurmayan bu tür işlemlerinin iptal davasına konu edilebilecek idari işlem olarak nitelendirilmesine olanak bulunmamaktadır.*”

Çalışmanın bu kısmında, Danıştay’ın yetkili makamın soruşturma izni verilmemesi yolundaki kararının, ceza yargılaması yöntemine ilişkin

¹⁸ Danıştay Sekizinci Daire, 11/02/1998, E.1997/5382 K.1998/333 sayılı karar. (Danıştay Bilgi Bankası)

¹⁹ Bu konuda ayrıntı için bkz. TOPUZ, İbrahim, “4483 Sayılı Kanun Uyarınca Verilen Ön İnceleme İzni ve Soruşturma İzni Kararlarının Niteliği.” *Türk İdare Dergisi*, Mart 2002, Y.74, s. 139-153; GÖZLER, Kemal, *İdare Hukuku*, Bursa, Ekin Kitabevi Yayınları, 2003, Cilt I, s. 535-537.

olduğundan, iptal davasına konu edilecek bir idari işlem şeklinde nitelendirilemeyeceğine ilişkin genel yaklaşımını ortaya koyan kararları üzerinde durulacaktır.

Ankara 8. İdare Mahkemesince; *“(İzin verme konusunda) idarenin takdir yetkisi bulunduğu, söz konusu iznin verilmesi veya verilmemesinin hukuka uygun olup olmadığına yargı denetimi dışında tutulmasının mümkün olmadığı, çünkü idarenin takdir yetkisi içinde, hukuksal sonuç doğuran idari yargı denetimine tabi, kesin ve yürütülmesi gereken bir işlem olduğu, dosyanın incelenmesinden, idare mahkemelerince verilen yürütmenin durdurulması ve iptal kararlarını uygulamayan veya uygulayıp çok kısa süre sonra aksi yönde işlemde bulunan ilgililer hakkında yasal kovuşturma yollarının açık tutulması ve hukuk devleti kurallarının işletilmesi için izin verilmesi gerekirken aksine tesis edilen işlemde hukuka uygunluk görülmediği gerekçesiyle dava konusu işlem iptal edilmiş,²⁰ söz konusu karar Danıştay Beşinci Dairesi tarafından bozulmuş,²¹ ancak Ankara 8. İdare Mahkemesinin bozma kararına uymayarak dava konusu işlemin iptali yolundaki önceki kararında ısrar etmesi²² üzerine konuyu temyizden inceleyen Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulu; **“Adli bir suça ilişkin eylemin soruşturulması ya da soruşturulmaması sonucunu doğuran "soruşturma izni", Devlet memurları ve diğer kamu görevlilerinin görevleri nedeniyle işledikleri suçlar bakımından ceza yargılaması süreci başlatmakta olup, bu niteliği nedeniyle bir suç isnadının soruşturmaya konu edilmesi ya da edilmemesi yolunda, ceza yargılamasına ilişkin bir takdirin kullanılmasını ifade etmektedir.** Başka bir ifadeyle, yasayla gösterilen yetkili makam, suçlamanın niteliğini, Devlet memuru ya da diğer kamu görevlisinin kamusal yetkileri ve yöntemleri kullanmasından kaynaklanan eyleminin suç teşkil edip etmediğini, buna ilişkin delillerin niteliğini araştırarak soruşturma izni verilir, verilmemesine karar vermektedir.*

²⁰ Ankara 8. İdare Mahkemesi, 21.12.1999, E:1999/348, K:1999/1401 sayılı karar.

²¹ Danıştay Beşinci Dairesi, 26.3.2003, E:2001/215, K:2003/1001 sayılı karar. (Danıştay Bilgi Bankası)

²² Ankara 8. İdare Mahkemesi, 25.9.2003, E:2003/1398, K:2003/1034 sayılı karar

Dolayısıyla yetkili makamın, ceza yargılaması yöntemine ait olması nedeniyle idare hukuku alanında sonuç doğurmayan bu tür işlemlerinin iptal davasına konu edilebilecek idari işlem olarak nitelendirilmesine olanak bulunmamaktadır.” gerekçesiyle Ankara 8. İdare Mahkemesi'nin ısrar kararının, Danıştay Beşinci Daire kararı doğrultusunda bozulmasına karar vermiştir²³ .

B. 2547 sayılı Kanuna Göre Yükseköğretim Personeli Hakkında Soruşturma Açılmasına İlişkin Kararların Hukuki Niteliği

Bilindiği üzere, 2547 sayılı Yükseköğretim Kanununun 53 üncü maddesinin ceza soruşturması usulüne ilişkin (c) fıkrasında, yükseköğretim üst kuruluşları başkan ve üyeleri ile yükseköğretim kurumları yöneticilerinin, kadrolu ve sözleşmeli öğretim elemanlarının ve bu kuruluş ve kurumların 657 sayılı Devlet Memurları Kanununa tabi memurlarının görevleri dolayısıyla ya da görevlerini yaptıkları sırada işledikleri ileri sürülen suçlarla ilgili olarak soruşturmanın şüphelilerin konumuna göre belirlenecek soruşturmacı tarafından yapılacağı, son soruşturmanın açılıp açılmamasına karar verecek kurulların almış olduğu lüzum-u muhakeme kararlarının ilgililerin itirazı üzerine, men-i muhakeme kararlarının ise kendiliğinden Danıştayca²⁴ incelenerek karara bağlanacağı hükümlerine yer verilmiştir.

Böylece, yükseköğretim personeli bakımından Anayasanın 129 uncu maddesinden önce yürürlükte bulunan 2547 sayılı Kanunun 53/c

²³ Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulu, 22.11.2007, Esas No: 2004/125, Karar No: 2007/2320. (Danıştay Bilgi Bankası)

²⁴ 2547 sayılı Yüksek Öğretim Kanununun 53 üncü maddesinde "Yükseköğretim Kurulu ve Yükseköğretim Denetleme Kurulu Başkan ve üyeleri hakkında Danıştay'ın 2 nci Dairesinde verilen lüzumu muhakeme kararına itiraz ile meni muhakeme kararlarının kendiliğinden incelenmesi Danıştay'ın İdari İşler Kuruluna aittir. Diğer kurullarla verilen lüzumu muhakeme kararına ilgililerce yapılacak itiraz ile meni muhakeme kararları kendiliğinden Danıştay 2 nci Dairesince incelenerek karara bağlanır. " hükmüne yer verilmiş olup, 2575 sayılı Danıştay Kanununun 42 nci maddesinde 2.6.2004 günlü, 5183 sayılı Kanunun 12 nci maddesiyle yapılan değişiklik sonucunda bu maddenin (k) bendi uyarınca, memurlar ve diğer kamu görevlilerinin yargılanmasına ilişkin mevzuat uyarınca görülecek işler, Danıştay Birinci Dairesinin görevleri arasına girmiştir.

maddesi ile özel düzenleme getirilmiş olup, bu madde kapsamındaki kamu görevlilerinin görevleri dolayısıyla ya da görevlerini yaptıkları sırada işledikleri ileri sürülen suçlar hakkında, öncelikle soruşturma başlatılması, görevlendirilen soruşturmacının bir fezleke düzenlemesi ve sonuçta men-i muhakeme yani yargılanmaya gerek bulunmadığı, ya da lüzum-u muhakeme yani yargılamanın gerekli olduğu kararlarından birisinin yetkili kılınan kurullar tarafından verilmesi zorunluluğu öngörülerek, ceza soruşturması konusundaki yasal prosedürün yükseköğretim personeli açısından nasıl işleyeceği bağlı yetki kuralları içinde belirtilmiş, bu konuda idareye takdir yetkisi tanınmamıştır.

4 Şubat 1329 tarihli Memurin Muhakematı Hakkında Kanunu Muvakkat hükümlerinde ve buna paralel düzenleme içeren 2547 sayılı Kanunun 53/c maddesinde geçen "ilk soruşturma" kavramı, mülga 1412 sayılı CMUK'nda 21.5.1985 tarih ve 3206 sayılı Kanunla yapılan değişiklikler sonucunda "hazırlık soruşturması" olarak değiştirilmiş, son soruşturmanın açılması (lüzum-u muhakeme) kararının da hazırlık soruşturması sonunda Cumhuriyet Savcılarınca verilen karar (iddianame) niteliğinde olduğu Yargıtay Ceza Dairelerince verilen kararlarla da teyit edilmiş bulunmaktadır. Dolayısıyla, 2547 sayılı Kanunun 53 üncü maddesinin (c) fıkrasında düzenlenen ceza soruşturması ve kovuşturmasına ilişkin hükümler, mülga Memurin Muhakematı Hakkında Kanundan esinlenerek aynı hukuksal yapı içerisinde aktarılmış olduğundan, "ilk soruşturma", "son soruşturmanın açılıp açılmaması" kavramlarının uygulanmasında, 1 Haziran 2005 tarihinde yürürlüğe giren 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanununda bu kavramların yerini alan soruşturmaya ilişkin, hükümlere göre işlem yapılması gerekir. Adı geçen Kanunun 2 nci maddesinin birinci fıkrasının (e) bendinde "soruşturma", Kanuna göre yetkili mercilerce suç şüphesinin öğrenilmesinden iddianamenin kabulüne kadar geçen evre olarak belirtildiğine göre bu evre içerisindeki araştırma, ön inceleme ya da soruşturma sonucunda alınan kararların ceza soruşturmasına ilişkin kararlar olduğu söylenebilir.

2547 sayılı Kanunun 53/c maddesi uygulamasında, yetkili mercilerce suç şüphesinin öğrenilmesi üzerine, 4483 sayılı Kanunda izin

müessesesi evresinde öngörülen ön inceleme, şikâyetin işleme konulmaması, soruşturma izni verilmesi ya da verilmemesi gibi, yükseköğretim personeline uygulanması mümkün olmayan prosedürün uygulamaya konulması mümkün değildir.

Danıştay'ın daha önceki yaklaşımına göre, 4483 sayılı Kanunun uygulanmasında, şikâyetin işleme konulmaması yönündeki kararlarda, isnad edilen bir suçtan dolayı ilgililer hakkında yapılacak ön inceleme sonucunda, soruşturma izni verilmesi ya da verilmemesi şeklinde tecelli etmesi gereken izin müessesesinin; yasada öngörülen işleme koymama koşullarının ötesinde bir uygulama ile önünün kesilmesi durumunun bulunup bulunmadığının denetlenmesi görevi, soruşturma izni verilmesi ya da verilmemesi kararlarına itirazları incelemekle görevli mercilere aittir ve bu tür karar idare hukuku alanı dışında kalan ceza soruşturmasına ilişkin kararlardır.

Konu hakkındaki açık yasal düzenlemeler karşısında, bir suç işlendiğine dair ihbar ve şikâyet ile başlayan ceza soruşturmasına ilişkin işlemlerin yasalarda öngörülen usul ve esaslar çerçevesinde sonuçlandırılması için Cumhuriyet Başsavcılığının görevsizlik kararı ile gereğinin yapılması istendiği halde, son soruşturmanın açılıp açılmaması konusunda yetkili kurullara verilen karar verme prosedürü başlatılmadan, ceza yargılamasının görev alanına giren ancak özel hükümlerle bir takım usullere bağlanmış soruşturma sürecinin, yasada öngörülen zorunlu usullere aykırı olarak önlenmesi söz konusu olamaz. Diğer bir ifade ile bu emredici yasa kurallarını bertaraf ederek ceza soruşturmasının önünü tıkayacak şekilde, yükseköğretim personeli hakkında uygulanması kesinlikle mümkün olmadığı halde 4483 sayılı Kanunda öngörülen izin müessesesinin uygulanmasıyla ilgili "ön inceleme" prosedürünün işletilmesi ve sonuçta yetkili kurullara verilmiş yetkinin, yasal soruşturma işlemlerine dayanmadan Başkanlık/Rektörlük kararı adı altında tek başına kullanılması hukuka uygun görünmemektedir.

Nitekim Yükseköğretim Kurulu Başkanlığının ve çeşitli üniversite rektörlüklerinin, ciddi suç iddialarıyla ilgili olarak hiçbir soruşturma yapılmadan, yetkili kurullarca men-i muhakeme ya da lüzum-u muhakeme

kararları alınmadan, kimi olaylarda da şikâyet edenin kendileri hakkındaki suç isnadları konusunda hiçbir yasal soruşturmaya dayanmadan, soruşturma açılmaması ya da şikâyetin işleme konulmaması yolunda aldıkları kararlara yapılan itirazlar Danıştay'ca incelenmiş ve bu kararlar kaldırılarak yasada öngörülen prosedürün işletilmesi için dosyalar ilgili mercilere gönderilmiş, bu kararlar üzerine yetkili makamlarca Kanunda öngörülen soruşturma usulü uygulanarak verilen men-i muhakeme ya da lüzum-u muhakeme kararları Kanun gereği ya da itiraz üzerine Danıştay tarafından incelenerek sonuçlandırılmıştır²⁵.

Bu bağlamda Danıştayca, gerek 4483 sayılı Kanun ve 2547 sayılı Kanunda, gerekse diğer özel kanunlarda, memur ve diğer kamu görevlilerinin görevleri sebebiyle ya da görevlerini yaptıkları sırada işledikleri ileri sürülen suçlardan dolayı ön inceleme veya soruşturma sonucunda idari makamlar tarafından verilen kararlara karşı itiraz mercileri, itiraz süresi, bu konudaki kararların kesin olduğu hususları özel olarak düzenlenmek suretiyle, ceza yargısı prosedürünün başlayabilmesi için öngörülmüş olan kuralların uygulanmasından kaynaklanan karar veya işlemlerin yasaların öngördüğü prosedüre ve hukuka uygun olarak tamamlanıp tamamlanmadığı hususu ile birlikte verilen kararların denetiminin Bölge İdare Mahkemeleri ve Danıştay'a bırakıldığı, bu durumda itiraz mercii öngörülmüş kararların iptal davasının konusu olamayacağı kabul edildiği görüşüne yer verilmiştir²⁶.

Doktrinde, idarenin yasama ve yargı alanlarından ayrımına ilişkin ölçütler üzerinde idare hukuku literatüründe yapılmış açıklamalara bakıldığında, yargı faaliyetini hazırlayan, kolaylaştıran ve gerçekleştiren

²⁵ Örneğin bkz. Danıştay Birinci Dairesinin 1.11.2004 günlü, E: 2004/347, K: 2004/334; 25.11.2004 günlü, E: 2004/342, K: 2004/405; 4.2.2005 günlü, E: 2004/663, K: 2005/119; 16.3.2005 günlü, E: 2004/857; K: 2005/375; 6.4.2005 günlü, E: 2005/105, K: 2005/479; 13.4.2005 günlü, E: 2005/178, K:2005/513; 24.2.2005 günlü, E: 2005/184, K: 2005/655; 12.5.2005 günlü, E: 2005/184, K:2005/655; 6.10.2005 günlü, E: 2005/821, K: 2005/1129;6.10.2005 günlü, E: 2005/749, K: 2005/1152 sayılı kararları. (Danıştay Bilgi Bankası)

²⁶ Danıştay Birinci Daire, 23/05/2007, E.2007/428, K.2007/614 sayılı karar. (Danıştay Bilgi Bankası)

faaliyetlerin de yargı alanının bir parçası olduğu, bu itibarla adli zabıta faaliyetlerinin, hazırlık soruşturmasının, savcının kamu davası açmasının, ilk soruşturmanın ceza yargısı alanına girdiği²⁷; bu konuyu yargı kararlarının öncesinde ve sonrasında yapılan işlemler, yargı kararlarının hazırlığı niteliğindeki işlemler ayrımı içerisinde işleyenlerce, Fransız Danıştay'ının bu konuya ilişkin ilke teşkil edecek kararlarından, Anayasa Mahkemesi ve Danıştay'ın özgün kararlarından da bahisle Fransız Danıştay'ının, yargısal prosedürün başlamasına engel olan idari işlemlerin, bir yargıç hakkındaki şikayetin Adalet Bakanlığınca reddi işleminin, adli düzenin sağlanmasına yönelik işlemler olarak adli prosedürün bir parçası şeklinde nitelendirdiği, bu işlemlere karşı açılan iptal davalarını reddettiği ifade edilmiştir²⁸.

Danıştay'ın önceki yaklaşımı bu yönde olmakla birlikte, yaptırılan yasaya aykırı ön inceleme sonucuna dayalı olarak verilen "soruşturma açılmaması" şeklindeki kararın, 2547 sayılı Kanununun 53 üncü maddesinde öngörülen lüzum-u muhakeme veya men-i muhakeme kararı niteliğinde olmadığından bahisle itirazın incelenmeksizin reddine karar verilmiş ve böylece Danıştay Birinci Dairesi daha önceki içtihadından dönmüştür.

Danıştay, yetkili merciin soruşturma izni vermemesi, soruşturma açılmaması veya şikayetin işleme konulmaması yolundaki kararlarının Kanununun öngördüğü men-i muhakeme ya da lüzum-u muhakeme kararı niteliğinde bir karar olmadığı, iptal davasına konu olabilecek idari işlem niteliği taşıdığından bu tür işlemlere karşı itiraz yoluna gidilmesi yerine iptal davası açılması gerektiği yönünde kararlar vermiştir.

Nitekim Rektör hakkında soruşturma açılmamasına ilişkin Yükseköğretim Kurulu Başkanlığı kararının iptali istemiyle açılan davada; "idari davaya konu olabilecek nitelikte" işlem olmadığı gerekçesiyle davanın incelenmeksizin reddine karar veren Ankara 6. İdare Mahkemesinin 13.10.2004 gün ve E:2004/2092, K:2004/1892 sayılı

²⁷ BALTA,Tahsin Bekir, İdare Hukuku I Genel Konular (Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Yayınları No: 326) s.10-25.

²⁸ ERKUT, Celal, İptal Davasının Konusunu Oluşturma Bakımından İdari İşlemin Kimliği, Danıştay Yayınları No:51, s. 69 v.d.

kararını temyizden ele alan Danıştay, “Temyize konu kararda belirtilenin aksine, henüz ortada itiraza konu edilebilecek, yetkili kurulca verilmiş bir lüzum ya da men-i muhakeme kararı bulunmamaktadır. "Soruşturma açılmamasına" ilişkin davaya konu işlem, yasada ve temyize konu kararda öngörülen sürece engeldir ve bu işleme karşı herhangi bir başvuru yolu öngörülmemiştir. Bu hale göre kesindir, kamu gücüne dayanmaktadır, doğrudan uygulanmakta ve hukuki sonuç doğurmaktadır. Bir diğer ifadeyle, her yönüyle idari davaya konu olabilecek işlem niteliğindedir.”²⁹ şeklinde karar vermiştir.

Danıştay Birinci Dairesi de, “yetkili merciiin soruşturma izni vermemesi, soruşturma açılmaması veya şikayetin işleme konulmaması yolundaki kararları (2547 sayılı) Kanunun öngördüğü men-i muhakeme ya da lüzum-u muhakeme kararı niteliğinde bir karar olmayıp iptal davasına konu olabilecek idari işlem niteliği taşıdığından bu tür işlemlere karşı itiraz yoluna gidilmesi yerine iptal davası açılması” gerektiğine karar vermiştir.³⁰

Görüldüğü üzere Danıştay’a göre, soruşturma izni verilmediği takdirde, yargılama süreci başlatılmayacağı için, idarenin takdir yetkisini kullanmasına dayalı idari işlemle, işlendiği iddia olunan suçun kovuşturulması yolu kapatılmaktadır. İdarenin takdir yetkisini kullanmasına dayalı, tek taraflı ve kamu gücüne dayanan, kamu düzenine ve suçtan zarar görene ilişkin olarak hukuki sonuç doğuran ve bu nedenle kesin ve yürütülmesi zorunlu niteliği bulunan soruşturma izni verilmemesi işleminin, idari yargı denetimine tabi bir idari işlemin unsurlarını taşıdığı kabulü zorunludur.

Ancak, soruşturma açılmaması kararının bir idari işlem olduğu ve idari yargıya konu edilebileceği yönündeki Danıştay yaklaşımını benimsemeyenler de bulunmaktadır. Bunlara göre, 4483 sayılı Kanunun uygulanmasında, şikayetin işleme konulmaması yönündeki kararlarda,

²⁹ Danıştay Sekizinci Daire, 09.12.2005, E.2005/1425, K.2005/5059. (Danıştay Bilgi Bankası)

³⁰ Danıştay Birinci Daire, 21.02.2006, E. 2006/7, K.2006/217 sayılı karar. (Danıştay Bilgi Bankası)

isnad edilen bir suçtan dolayı ilgililer hakkında yapılacak ön inceleme sonucunda, soruşturma izni verilmesi ya da verilmemesi şeklinde tecelli etmesi gereken izin müessesesinin; yasada öngörülen işleme koymama koşullarının ötesinde bir uygulama ile önünün kesilmesi durumunun bulunup bulunmadığının denetlenmesi görevinin, soruşturma izni verilmesi ya da verilmemesi kararlarına itirazları incelemekle görevli mercilere ait bulunduğu ve bu tür kararların, idare hukuku alanı dışında kalan ceza soruşturmasına ilişkin kararlar olduğunda kuşku bulunmamaktadır³¹.

C. Hakim ve Savcılar ile Avukatlar Hakkında Ceza Soruşturması İznine İlişkin Kararın Hukuki Niteliği ve Denetimi

2802 sayılı Hâkimler ve Savcılar Kanunu'nun 82-87 nci maddeleri ile, hâkim ve savcıların görevden doğan veya görev sırasında işlenen suçları, sıfat ve görevleri gereğine uymayan tutum ve davranışları nedeniyle, haklarında inceleme ve soruşturma yapılması Adalet Bakanlığının iznine bağlanmış, Adalet Bakanının talimatı üzerine adalet müfettişleri veya hakkında soruşturma yapılacak olandan daha kıdemli hakim veya savcı eliyle yapılan inceleme ve soruşturma sonrasında ilgili raporun Bakanlık Ceza İşleri Genel Müdürlüğüne gönderilmesi, bu Genel Müdürlük tarafından yapılacak inceleme sonunda düzenlenecek düşünce yazısı üzerine kovuşturma yapılmasına gerek olup olmadığının Bakanlıkça takdir edilerek evrakın ilgili mercilere tevdi olunması veya işlemiden kaldırılması öngörülmüştür.

Aynı şekilde, 1136 sayılı Avukatlık Kanununun 58 inci maddesinde de avukatların avukatlık veya Türkiye Barolar Birliği ya da baroların organlarındaki görevlerinden doğan veya görev sırasında işledikleri suçlardan dolayı haklarında açılacak soruşturmanın, Adalet Bakanlığının vereceği izin üzerine yürütülebileceği hükmüne yer verilmiştir.

Çalışmanın bu bölümünde Danıştay'ın hâkim ve savcılar ile avukatların soruşturulmasındaki izin sistemine ilişkin kararları üzerinde

³¹ Danıştay Birinci Dairesinin E.2008/1238, K.2009/14 sayılı kararındaki karşıoy gerekçesinden alınmıştır.

durulacak ve Bakanlığın izin sürecindeki kararlarının hukuki niteliği ve denetimine dair Danıştay kararları tahlil edilecektir.

Dava konusu işlemin, soruşturma açılmamasına ilişkin bir karar olması nedeniyle ceza yargılamasına yönelik hazırlık işlemlerinden olduğu, bu işlemlerin idari işlem niteliğini taşımadığı ve iptal davasına konu edilemeyeceği gerekçesiyle davanın incelenmeksizin reddine yönelik Ankara 6. İdare Mahkemesi'nin 5.10.2006 günlü, E:2006/2358, K:2006/1804 sayılı kararını temyizen ele alan Danıştay Beşinci Dairesinin 1.6.2007 günlü, E:2007/63, K:2007/2777 sayılı kararıyla; takdir yetkisi kullanılarak tesis edilen Bakanlık işleminin, yargı yolu kapatılmamış tüm idari işlemler gibi açılan bir dava sonunda amaç yönü ile hukuka uygunluğunun denetlenebilmesinin Anayasa ve 2577 sayılı Kanun gereği olduğu ve sözü edilen denetimin ancak idari yargı yerlerince yapılacağı açık olduğu; bu durumda, davacının şikayet dilekçesinin işleme konulmamasına ilişkin idari işleme karşı açılan davada işin esasına girilerek bir karar verilmesi gerekirken sözü edilen işlemin şikayet üzerine ilgili yargı mensubu hakkında soruşturma açılmamasına yönelik bir işlem olduğu nitelenmesi yapılarak bu işlemin idari davaya konu olamayacağı gerekçesiyle davanın reddi yolunda verilen İdare Mahkemesi kararında hukuka uyarlık bulunmadığı gerekçesiyle bozulmuş ise de; İdare Mahkemesi bozma kararına uyduğunu belirtmek suretiyle şikayet dilekçesinin işleme konulmamasına yönelik işlemin de idari davaya konu olabilecek nitelikte kesin ve icrai mahiyetinin bulunmadığı gerekçesiyle yeniden davanın incelenmeksizin reddi yolunda karar vermiştir. Söz konusu kararın temyizen incelenerek bozulması talebini ele alan Danıştay, “*Olayda, davacının bir Cumhuriyet Savcısı hakkındaki şikayet dilekçesinin dava konusu işleme 2802 sayılı Kanunun 97. maddesinin birinci fıkrasının (d) bendi uyarınca işleme konulmaması üzerine bakılan dava açılmıştır. İdari bir makam tarafından idare işlevine (idare hukuk alanına) ilişkin olarak tesis edilen tek yanlı, icrai nitelikteki işlemler idari işlem olarak tanımlanmakta olup idari işlemlerin iptali istemiyle açılan iptal davalarının görüm ve çözümü idari yargı mercilerinin görev alanı içinde bulunmaktadır. Hâkim ve Cumhuriyet savcıları hakkındaki ihbar ve şikayetlerin 2802 sayılı Kanunun 97. maddesi kapsamına girdiğinden*

bahisle işleme konulmamasına ilişkin işlemlerin, yargı alanına ilişkin olmayıp Adalet Bakanlığının idare hukuku alanında tesis ettiği tek yanlı, icrai nitelikteki idari işlemler olduğunda duraksama bulunmamaktadır. İdari bir faaliyet olan inceleme ve soruşturmanın yolunu kapatan bu işlemlerin idari yargı mercülerince hukuka uygunluk denetimine tabi tutulmasının, Anayasa'nın Türkiye Cumhuriyetinin bir hukuk Devleti olduğunu öngören 2., idarenin her türlü eylem ve işlemlerine karşı yargı yolunun açık olduğunu hükme bağlayan 125., ve 36. maddelerinin bir gereği olduğu açıktır. Öte yandan, Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulu'nun 22.10.2009 günlü E:2006/4597, K:2009/1790 sayılı kararı ile Adalet Bakanlığının soruşturma ve kovuşturma izni vermeyen kararlarının da idari yargı mercilerinin yargısal denetimine tabi olduğuna karar verilmiş bulunmaktadır. Bu durumda, davacının şikayetinin işleme konulmamasına ilişkin idari işleme karşı açılan davada, işin esasına girilerek bir karar verilmesi gerekirken, sözü edilen işlemin idari davaya konu olamayacağı gerekçesiyle davanın incelenmeksizin reddi yolunda verilen İdare Mahkemesi kararında hukuka uyarlık görülmemiştir³². şeklinde karar vermiştir.

Aynı şekilde, Ankara 6. İdare Mahkemesinin 20.6.2006 günlü, E:2006/1558, K:2006/1248 sayılı ısrar kararının temyizen incelenerek bozulması talebini görüşen Danıştayca “Diğer yandan, gerek 4483 sayılı Memurlar ve Diğer Kamu Görevlilerinin Yargılanması Hakkında Kanun gerekse 2547 sayılı Yükseköğretim Kanunu'nda, kapsamda bulunan kamu görevlileri hakkında yetkili makamca ve/veya kurulca soruşturma izni verilmesi veya verilmemesi hakkındaki işlemlere karşı yine aynı yasalarda bir itiraz müessesesi getirilmiş olmasına karşın 2802 sayılı Kanun'da bu yönde bir düzenlemeye yer verilmemiş; yukarıda da değinildiği gibi bu konu tamamen Adalet Bakanlığının takdirine bağlı kılınmıştır. Bu nedenle öncelikle Adalet Bakanlığınca bu konuda tesis edilen işlemlerin hukuki niteliğinin belirlenmesi gerekmektedir.

³² Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulu, 22.10.2009, E.2009/230, K. 2009/1797. (Danıştay Bilgi Bankası)

...Soruşturma ve kovuşturma izni verilmesi veya verilmemesi yönündeki Adalet Bakanının yetkisi ile ilgili Adalet Bakanlığı işlemlerinin idari yargının denetimine tabi olup olmadığı hususuna gelince; Hakim ve Cumhuriyet savcılarında olduğu gibi avukatların görevlerinden doğan veya görevleri sırasında işledikleri suçlardan dolayı takipleri 1136 sayılı Avukatlık Kanunu'nun 58. maddesi uyarınca Adalet Bakanlığının iznine bağlı tutulmuştur. Bu konuda doğan uyuşmazlıklarda Danıştay Sekizinci Dairesinin istikrar kazanan kararlarında; Adalet Bakanlığınca bu konuda izin verilmesi durumunda, ilgili avukat hakkında kovuşturma yapılabildiği, adli işlemlere başlandığı, dava açılabilirdiği ve böylece kovuşturma açılmasına yönelik idari iznin yargısal denetiminin de yapılmış olduğu; bu konuda izin verilmemesi durumunda ise, ilgili hakkında adli soruşturma ve kovuşturmanın yapılamadığı ve kamu davası açılması yolunun tamamen kapatıldığı, bu nedenle iznin verilmemesine ilişkin idari kararın yargı denetimi dışında tutulmasının düşünülemeyeceği gerekçesiyle sözkonusu idari kararlar idarenin takdir yetkisi içinde hukuksal sonuç doğuran (kamu davası açılmasını engelleyen) idari yargı denetimine tabi, kesin ve yürütülmesi zorunlu, idari davaya konu olabilecek bir işlem olarak kabul edilmektedir. (Örneğin Sekizinci Dairenin 21.10.1999 günlü, E:1997/3805, K:1999/5313 sayılı kararı.) Gerçekten de Adalet Bakanlığının yargı yolunu açan kararları, (kovuşturma izni veren kararları) ceza yargısı alanına girdiğinden idare işlevinin kapsamı dışında bulunmakta ve bu kararlara karşı açılan davaların da idari yargı mercilerinde görülmesi olanağı bulunmamaktadır.

...(U)yuşmazlığın çözümü için konunun öncelikle hukuk devleti bağlamında ele alınması gerekli görülmüştür...Anayasa'da, Türkiye Cumhuriyeti'nin demokratik hukuk devleti niteliği vurgulanırken, devletin tüm eylem ve işlemlerinin yargı denetimine bağlı olması amaçlanmıştır. Yargı denetimi, hukuk devletinin "olmazsa olmaz" koşuludur. Öte yandan, Anayasa'nın 36. maddesinde "Herkes, meşru vasıta ve yollardan faydalanmak suretiyle yargı mercileri önünde davacı veya davalı olarak iddia ve savunma ile adil yargılanma hakkına sahiptir. Hiçbir mahkeme, görev ve yetkisi içindeki davaya bakmaktan kaçınamaz." 125. maddesinde

de, "İdarenin her türlü eylem ve işlemlerine karşı yargı yolu açıktır." denilmiştir. Anayasa'nın 36. maddesiyle güvence altına alınan dava yoluyla hak arama özgürlüğü, kendisi bir temel hak niteliği taşımasının ötesinde diğer temel hak ve özgürlüklerden gereken şekilde yararlanılmasını ve bunların korunmasını sağlayan en etkili güvencelerden birisini oluşturmaktadır. Kişinin, kendisini savunabilmesinin ya da maruz kaldığı haksız bir uygulama veya işleme karşı haklılığını ileri sürüp kanıtlayabilmesinin en etkili ve güvenceli yolu yargı mercileri önünde hakkını arayabilmesidir. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin adil yargılanma hakkının düzenlendiği 6. maddesine ilişkin Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararlarında da, dava yoksa, adil, aleni ve gecikmesiz bir yargılamadan söz edilemeyeceği (Golder/İngiltere, 21.2.1975, s.12); mahkeme önünde hak arama yolunun fiilen yahut hukuken geçici de olsa kapatılmasının veya kullanımını imkansız kılan koşullara bağlayarak sınırlamasının adil yargılanma hakkının ihlali anlamına geleceği (Airey/İrlanda, 9.10.1979, s.12 ve Pudas/Sweden, 27.10.1987, para. 40-41) belirtilmiştir. Anayasa'nın 4709 sayılı Kanun ile değişik 13. maddesinde temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılması, Anayasa'nın ilgili maddelerinde özel sınırlandırma nedeni bulunmasına bağlı tutulmuştur. Anayasa'nın 36. maddesinde ise hak arama özgürlüğünün sınırlandırılması konusunda özel bir sınırlama nedenine yer verilmemiştir. Bu açıklamalar karşısında, dava konusu Adalet Bakanlığı işlemi, niteliği itibariyle, 2802 sayılı Kanunun verdiği yetkiye dayanılarak, tek yanlı irade açıklaması ile hukuki varlık kazanan, davacının başvurusu üzerine kıdemli hakim marifetiyle yapılan inceleme sonucunda ilgili hakim hakkında işlem yapılmaması, yani ilgili hakim hakkında soruşturma ve kovuşturma yolunun kapatılması yönünde hukuki sonuç doğuran kesin ve yürütülmesi gereken bir idari işlem olup, 4483 sayılı Kanun ile 2547 sayılı Kanun'da öngörüldüğü gibi incelenebileceği başka bir idari birim veya yargı mercii bulunmadığından ve bu nitelikte bir işleme karşı yargı yolunu kapayan bir yasa hükmü de olmadığından, idari davaya konu edilebileceği açıktır. Takdir yetkisi kullanılarak tesis edilen Bakanlık işleminin, yargı yolu kapatılmamış tüm idari işlemler gibi, yetki, şekil, sebep, konu ve maksat yönlerinden hukuka uygunluğunun denetlenemesinin ayrıca 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü

*Kanunu'nun 2. maddesinin gereği olduğunda da kuşku bulunmamaktadır. ...Diğer yandan, yetkili makamın ceza soruşturmasına başlanılmaması yolundaki kararlarının iptal davası yoluyla yargı denetimine tabi tutulmasının, idari yargılama süreci içinde verilmesi olası farklı kararların, ceza soruşturması ve kovuşturması aşamasında kimi sorunlara neden olabilmesi olasılığı yukarıda değinilen hukuk devleti ilkesi gereğince idari işlemin yargısal denetimine engel oluşturmamaktadır.”*³³ şeklinde karar verilmiştir .

Aynı şekilde Danıştay Beşinci Dairesi de vermiş olduğu kararında, “*Adalet Bakanlığı'nca izin verilmesi durumunda ilgili hakim ve savcılar hakkında soruşturma ve kovuşturma yapılabilmekte ve Bakanlıkça kovuşturma açılması gerekli görülürse 2802 sayılı Kanununun 89. maddesi uyarınca ilgililer hakkında doğrudan ceza davası açılmaktadır. İzin verilmemesi durumunda ise ilgililer hakkında soruşturma ve kovuşturma yapılamamakta, yetkili kurul veya merciler tarafından disiplin cezası verilmesi ya da ceza yargılamasını ilgilendiren bir konuda kovuşturma ve kamu davası açılması yolu tamamen kapatılmaktadır. ...Davacının şikayeti üzerine Üsküdar Mahkemesi Hakimi hakkında yapılan inceleme sonucunda işlem yapılmasına gerek görülmediğine ilişkin olarak kurulan işlemin; davalı idarece kamu gücü kullanılarak takdir yetkisi içinde kurulması ve hukuksal sonuç doğurması nedeniyle tüm unsurları ile idari işlem olduğuna, incelenebileceği başka bir idari birim veya yargı mercii kalmadığına ve bu nitelikte bir işleme yargı yolunu kapayan bir yasa hükmü bulunmadığına göre, Anayasanın 36. maddesinde öngörülen "hak arama özgürlüğü" ve 125. maddesinde öngörülen "idarenin her türlü eylem ve işlemlerine karşı yargı yolunun açık olduğu" ilkeleri uyarınca davaya konu edilebileceği tabiidir. Takdir yetkisi kullanılarak kurulan bakanlık işleminin, yargı yolu kapatılmamış tüm idari işlemler gibi, açılan bir dava sonucunda amaç yönü ile hukuka uygunluğunun denetlenebilmesinin Anayasa ve 2577 sayılı Kanun gereği olduğu, sözü*

³³ Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulu, 22.10.2009, E. 2006/4597, K. 2009/1790 sayılı karar, (Danıştay Bilgi Bankası)

edilen denetimin ise ancak idari yargı yerlerinde yapılacağı açıktır.” ifadelerine yer vermiştir³⁴.

Danıştay’ın söz konusu yaklaşımını benimsemeyenlere göre ise, *“Ceza soruşturmasının başlangıcını oluşturan "soruşturma izni"; Türk Ceza Kanunu'na göre suç teşkil eden bir eylemin işlendiğine ilişkin iddianın soruşturulması ya da soruşturulmaması sonucun doğuran bir işlemdir. Bir suç isnadının söz konusu olduğu durumda iddiaların soruşturmaya konu edilmesi ya da edilmemesi, ceza yargılamasına yönelik bir takdirin kullanılmasıdır. Yetkili makam takdirini kullanırken isnadın niteliğini, faaliyetin yürütülmesinden kaynaklanan eylemin suç teşkil edip etmediğini, kanıtların mevcudiyetini ve hukuken geçerliliğini göz önünde bulundurur. Bu noktada, yetkili makamın konuya ilişkin takdirinin idari görev kapsamında değerlendirilmesi mümkün görülmez. ...Öte yandan, soruşturma izni verilmemesine ilişkin işlemin yargısal denetime konu edilmesi, idari yargılama süreci içinde bazı problemlere de neden olabilir. Mahkemece verilen iptal kararının temyizden incelenmesi aşamasında bozulması ya da sonraki yargı sürecinde farklı bir sonuca ulaşılması halinde, Mahkeme kararı üzerine başlatılan soruşturmanın veya soruşturma sonucu açılan kamu davasının sona erdirilmesi olanaksızdır...Sonuç itibarıyla, soruşturma izni verilmemesi tamamen ceza yargılamasına ilişkin bir konudur. Kanun koyucunun özel usul kuralları ile düzenlediği bu alanda idari yargılama usulü kuralları uygulanarak, soruşturma süreci başlatılamaz.”³⁵*

Öte yandan, Danıştay’ın, Avukatlık Kanununun 58 inci maddesi uyarınca avukat hakkında Adalet Bakanlığınca soruşturma izni verilmemesine ilişkin işlemin idari işlem niteliğinde olduğu yönünde kararları olduğu gibi aksi yönde kararları da bulunmaktadır.

³⁴ Danıştay Beşinci Daire, 21/02/2006, E.2005/4897 K.2006/666 sayılı karar. (Danıştay Bilgi Bankası). Bu yöndeki kararları ele alan bir çalışma için bkz. ULUSOY, Ali, “Danıştay, Ergenekon hakim ve savcılarının yargılanması yolunu açtı”, *Akşam Gazetesi*, 13 Kasım 2010.

³⁵ Danıştay Beşinci Daire, 21.02.2006, E.2005/4897 K.2006/666 sayılı kararındaki karşıoy gerekçesi.

Nitekim Danıştay, “1136 sayılı Avukatlık Kanununun 58.maddesinde de, avukatların görevlerinden doğan veya görev sırasında işledikleri suçlardan dolayı takipleri aynı yasanın 58.maddesine göre Adalet Bakanının vereceği izne bağlanmıştır. Bu iznin verilmesi ile, ilgilisi hakkında soruşturma yapılabilmekte, verilmemesi durumunda ise soruşturma yapılamamakta ve kamu davası açılmamaktadır. Bu konuda idarenin takdir yetkisinin bulunduğu kuşkusuzdur. Söz konusu idare izninin veya verilmemesinin hukuka uygun olup olmadığına yargı denetimi dışında tutulması mümkün değildir. Bunun yargıda denetlenmesinin yerindelik denetimi olmadığı açık olup, 1136 sayılı Kanunun 58.maddesi uyarınca oluşturulan Adalet Bakanlığının ilgili hakkında soruşturma yapılmaması yolundaki işlemlerinin, idarenin takdir hakkını kullandığı, kesin ve yürütülmesi zorunlu idari işlemlerden olduğunun kabulü gerekir. Bu nedenle olayda avukat olan kişi hakkında soruşturma izni verilmemesine ilişkin Adalet Bakanlığı işlemini, idarenin takdir yetkisi içinde, hukuksal sonuç doğuran, idari yargı denetimine tabi, kesin ve yürütülmesi zorunlu idari bir işlem niteliğinde olduğundan işin esasına girilerek bir karar verilmesi gerekirken, aksi düşünüşle verilen kararda hukuka uyarlık bulunmadığı”³⁶ şeklinde vermiş olduğu kararın aksine, avukatlar hakkında soruşturma ve kovuşturma izni verilmesi kararının idari faaliyet dışında adli prosedüre geçmeye yönelik bir karar olduğu, idari davaya konu olamayacağı yönünde de kararlar vermiştir.

Bu bağlamda, avukat olan davacı hakkında soruşturma ve kovuşturma izni verilmesi kararının, ceza yargılamasına yönelik ve idari faaliyet dışında adli prosedüre geçilmeyi sağlayan işlem olduğu ve davaya konu edilemeyeceği gerekçesiyle davayı incelenmeksizin reddeden Ankara 6. İdare Mahkemesinin 14.10.2005 gün ve E:2005/1541, K:2005/1402 sayılı kararının bozulması istemini ele aldığı bahse konu kararında Danıştay, *İdare Mahkemesince verilen kararın dayandığı gerekçe usul ve yasaya uygun olup, bozulmasını gerektiren bir neden bulunmadığından, temyiz isteminin reddi ile anılan kararın onanmasına*”

³⁶ Danıştay Sekizinci Daire, 15/06/1999, E. 1997/1763, K. 1999/3899 sayılı karar. (Danıştay Bilgi Bankası)

karar vermiştir³⁷. Benzer yöndeki Danıştay kararlarında da Adalet Bakanlığının avukat hakkında soruşturma izni verilmemesi ve kovuşturma yapılması gerektiğine ilişkin kararlarının, adli suçtan kaynaklanan ve ceza yargılamasına etken olan takdir yetkisi olduğu, bu yetkisinin idari makamlara bırakılmasının onun idari işlem niteliğini kazanmasını sağlamayacağı, idari işlem niteliğinde bulunmadığı belirtilerek davanın reddine karar verilmiştir³⁸.

Bu konuda Askeri Yüksek İdare Mahkemesinin yaklaşımına da değinilmesi, yapılacak hukuki tespit ve değerlendirmeler bakımından yararlı olacaktır. 353 sayılı Kanunun 95 nci maddesinde düzenlenen komutanın soruşturma emri verme yetkisinin, ceza hukukunun kapsamı içerisinde değerlendirilmesi gereken yargısal nitelik taşıması nedeniyle, idari davaya konu edilmesinin mümkün olmadığına ilişkin kararında AYİM, “Komutanlığın soruşturma emri verilmesine gerek görmediğine ilişkin kararının idari bir işlem niteliğinde olup olmadığının öncelikle irdelenmesi gerektiğini belirttikten sonra, “353 sayılı kanun uyarınca soruşturma verilip verilmemesi teşkilatında mahkeme kurulan kıta veya kurum amirine verilen bir “adli yetki” niteliğindedir. Soruşturma emri verilip verilmemesi tamamen ceza hukukunu ilgilendirmektedir, sonuçları da ceza hukuku alanında görülmektedir. Komutan tarafından soruşturma emri verilmemesi halinde kanunda itiraz yolunun düzenlenmemiş olması da tamamen ceza hukuku içerisinde değerlendirilmesi gereken bir konudur. Anayasa ile idari işlem ve eylemlerden doğan uyumsuzlukların yargı denetimini yapmakla görevlendirilen Askeri Yüksek İdare Mahkemesinde “adli yetki” niteliğinde bulunan soruşturma emri verilmesinin idari işlem kabul edilerek incelenebilmesi mümkün değildir”³⁹. gerekçesine yer vermiştir.

³⁷ Danıştay Sekizinci Daire, 03/04/2006, E. 2006/401, K.2006/1300 sayılı karar. (Danıştay Bilgi Bankası)

³⁸ DİDGK nun 27.10.1995 tarih E:1994/926, K.: 1995/739, sayılı kararı, D.D. s. 91. s. 103-105, D. 8 Dairesinin 26.10.1998 tarih E.1996/1992, K.1998/3436 sayılı kararı, D.D. s. 91 s. 364-365. (Danıştay Bilgi Bankası)

³⁹ AYİM. 3. D., 24.11.2005, E. 2005/738, K. 2005/1340, Dergi No:21(AYİM Bilgi Bankası)

Uygulamada, soruşturma izni verilmemesine ilişkin işlemin yargısal denetime konu edilmesinin, idari yargılama süreci içinde bazı problemlere de neden olabileceği, mahkemece verilen iptal kararının temyizen incelenmesi aşamasında bozulması ya da sonraki yargı sürecinde farklı bir sonuca ulaşılması halinde, mahkeme kararı üzerine başlatılan soruşturmanın veya soruşturma sonucu açılan kamu davasının sona erdirilmesinin imkansız olduğu, bir başka ifade ile ceza yargılamasının görev alanına giren sürecin idari yargı kararı ile durdurulmasının ve geri çekilmesinin söz konusu olamayacağı ifade edilmiştir. Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulunun bu konuda birbiri ile çelişen kararlarının varlığı dikkat çekicidir. Nitekim Danıştay, “Yetkili makamın ceza takibatına başlanması ya da başlanılmaması yolundaki kararlarının iptal davası yoluyla yargı denetimine tabi tutulabileceğinin kabulü, idari yargılama süreci içinde verilmesi olası bir yürütmenin durdurulması ya da iptal kararının uygulanması sonucunu doğuracağından, bu durumun ceza soruşturması ve kovuşturması aşamasında kimi sorunlara neden olacağı(nı)”⁴⁰ belirttiği bir kararı aksine “yetkili makamın ceza soruşturmasına başlanılmaması yolundaki kararlarının iptal davası yoluyla yargı denetimine tabi tutulmasının, idari yargılama süreci içinde verilmesi olası farklı kararların, ceza soruşturması ve kovuşturması aşamasında kimi sorunlara neden olabilmesi olasılığı yukarıda değinilen hukuk devleti ilkesi gereğince idari işlemin yargısal denetimine engel oluşturmamaktadır.”⁴¹ şeklinde bizce de daha doğru bir karar vermiştir.

SONUÇ VE DEĞERLENDİRME

Kamu görevlileri hakkında özel soruşturma usulü öngörülen durumlarda, izin konusunda yetkili merciler tarafından verilen kararlar ile bu kararların denetimi hususunda, ilgili Danıştay içtihatlarından ve

⁴⁰ İdari Dava Daireleri Kurulu, 22/11/2007, E. 2004/125, K.2007/2320 sayılı karar. (Danıştay Bilgi Bankası)

⁴¹ Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulu, 22.10.2009, E. 2006/4597, K. 2009/1790 sayılı karar. (Danıştay Bilgi Bankası)

doktrindeki görüşlerden hareketle yapılacak tespit ve değerlendirmelere aşağıda yer verilecektir.

Bu çerçevede öncelikle, ilgili mevzuat çerçevesinde verilen kararların tasnif edilerek değerlendirilmesinin konunun daha iyi anlaşılmasına hizmet edeceği düşüncesinden hareketle, yetkili merciler tarafından mevzuata göre verilebilecek kararlar ile mevzuatta öngörülmemiş kararlar şeklinde ikili bir ayrıma gidilebilir. Bu bağlamda, soruşturma izni verilmesi veya soruşturma izni verilmemesi(4483 sayılı Kanun, 2802 sayılı Kanun v.d.); lüzum-u muhakeme veya men-i muhakeme (2547 sayılı Kanun) kararları ilgili mevzuatta yetkili merci tarafından verilebilecek kararlar olarak sayılmıştır.

Uygulamada, ceza soruşturmasına izin verilmesi yönündeki kararların yargılama faaliyetinin doğrudan nedeni veya hazırlayıcı işlemi niteliğinde olduğu ve idari davaya konu edilemeyeceği görüşü benimsenmiş ve bu yönde yargı kararları verilmiştir.

Bununla birlikte, Danıştay'ın bu konudaki yaklaşımının oldukça istikrarsız olduğu ve birbiri ile çelişen kararlar verebildiğini söylemek gerekir. Nitekim Danıştay'a göre, *memurların yargılanmalarına ilişkin yasal düzenleme uyarınca, izin verme konusunda idare amirlerinin takdir yetkisi bulunup, yargısal yoldan idare amirlerini soruşturma açtırmaya zorlamak mümkün olmadığı gibi, soruşturma açılmasına karar veren idare amirinin bu yetkisini ortadan kaldıracak şekilde yargı kararı verilmesi de mümkün değildir. Bu itibarla, 2547 sayılı Kanununun 53/c maddesi uyarınca davacı hakkında ceza soruşturması açılmasına ilişkin karar idare amirinin takdir yetkisi içinde olup, yargısal denetimi de mümkün olmadığından, ortada idari davaya konu olabilecek kesin ve yürütülmesi gerekli bir idari işlem bulunmamaktadır*⁴². Görüldüğü gibi Danıştay, soruşturma açılması ya da açılmamasına ilişkin idari merciin takdir yetkisini haiz olduğu ve bu hususta yargı yoluyla bir karar almaya zorlanamayacağı şeklinde, hukuk devleti ilkesi ile bağdaşmayan bir karar vermiştir.

⁴² Danıştay Sekizinci Daire, 11/02/1998, E.1997/5382 K.1998/333 sayılı karar. (Danıştay Bilgi Bankası)

Öte yandan Danıştay'a göre, "Adli bir suça ilişkin eylemin soruşturulması ya da soruşturulmaması sonucunu doğuran 'soruşturma izni', ceza yargılaması süreci başlatmakta olup, bu niteliği nedeniyle bir suç isnadının soruşturmaya konu edilmesi ya da edilmemesi yolunda, ceza yargılamasına ilişkin bir takdirin kullanılmasını ifade etmektedir. Dolayısıyla yetkili makamın, ceza yargılaması yöntemine ait olması nedeniyle idare hukuku alanında sonuç doğurmayan bu tür işlemlerinin iptal davasına konu edilebilecek idari işlem olarak nitelendirilmesine olanak bulunmamaktadır."⁴³

Açıkça görüldüğü üzere Danıştay'ın daha önceki yaklaşımına göre; şikâyetin işleme konulmaması yönünde karar verilerek, yasada öngörülen işleme koymama koşullarının ötesinde bir uygulama ile önünün kesilmesi durumunun bulunup bulunmadığının denetlenmesi görevi, soruşturma izni verilmesi ya da verilmemesi kararlarına itirazları incelemekle görevli mercilere ait olup, bu tür kararlar İdare Hukuku alanı dışında kalan ceza soruşturmasına ilişkin kararlardır.

Ancak, önceki yaklaşımı bu yönde olmakla birlikte son dönemde Danıştay; yetkili merciiin soruşturma izni vermemesi, soruşturma açılmaması veya şikâyetin işleme konulmaması yolundaki kararlarının Kanunun öngördüğü men-i muhakeme ya da lüzum-u muhakeme kararı niteliğinde bir karar olmadığı, iptal davasına konu olabilecek idari işlem niteliği taşıdığından bu tür işlemlere karşı itiraz yoluna gidilmesi yerine iptal davası açılması gerektiği yönünde kararlar vermiştir.

İçtihat değişikliği sonrasında Danıştay, soruşturma izni verilmediği takdirde, yargılama süreci başlatılamayacağı için, idarenin takdir yetkisini kullanmasına dayalı idari işleme, işlendiği iddia olunan suçun kovuşturulması yolunun kapatıldığı, idarenin takdir yetkisini kullanmasına dayalı, tek taraflı ve kamu gücüne dayanan, kamu düzenine ve suçtan zarar görene ilişkin olarak hukuki sonuç doğuran ve bu nedenle kesin ve yürütülmesi zorunlu niteliği bulunan soruşturma izni verilmemesi

⁴³ Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulu, 22.11.2007, E.2004/125, K.2007/2320, sayılı karar. (Danıştay Bilgi Bankası)

işleminin, idari yargı denetimine tabi bir idari işlemin unsurlarını taşıdığına kabulü gerektiğine hükmetmiştir.

Danıştayca, “Temyize konu kararda belirtilenin aksine, henüz ortada itiraza konu edilebilecek, yetkili kurulca verilmiş bir lüzum ya da men-i muhakeme kararı bulunmamaktadır. “Soruşturma açılmamasına” ilişkin davaya konu işlem, yasada ve temyize konu kararda öngörülen sürece engeldir ve bu işleme karşı herhangi bir başvuru yolu öngörülmemiştir. Bu hale göre kesindir, kamu gücüne dayanmaktadır, doğrudan uygulanmakta ve hukuki sonuç doğurmaktadır. Bir diğer ifadeyle, her yönüyle idari davaya konu olabilecek işlem niteliğindedir.”⁴⁴ şeklinde karar verilmiştir.

Aynı şekilde Danıştay’a göre, “Hakim ve Cumhuriyet savcuları hakkındaki ihbar ve şikâyetlerin 2802 sayılı Kanununun 97. maddesi kapsamına girdiğinden bahisle işleme konulmamasına ilişkin işlemlerin, yargı alanına ilişkin olmayıp Adalet Bakanlığının idare hukuku alanında tesis ettiği tek yanlı, icrai nitelikteki idari işlemler olduğunda duraksama bulunmamaktadır. İdari bir faaliyet olan inceleme ve soruşturmanın yolunu kapatan bu işlemlerin idari yargı mercilerince hukuka uygunluk denetimine tabi tutulmasının, Anayasa'nın Türkiye Cumhuriyetinin bir hukuk Devleti olduğunu öngören 2., idarenin her türlü eylem ve işlemlerine karşı yargı yolunun açık olduğunu hükme bağlayan 125., ve 36. maddelerinin bir gereği olduğu açıktır. **Öte yandan, Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulu'nun 22.10.2009 günlü E:2006/4597, K:2009/1790 sayılı kararı ile Adalet Bakanlığının soruşturma ve kovuşturma izni vermeyen kararlarının da idari yargı mercilerinin yargısal denetimine tabi olduğuna karar verilmiş bulunmaktadır. Bu durumda, davacının şikâyetinin işleme konulmamasına ilişkin idari işleme karşı açılan davada, işin esasına girilerek bir karar verilmesi gerekirken, sözü edilen işlemin idari davaya konu olamayacağı gerekçesiyle davanın**

⁴⁴ Danıştay Sekizinci Daire, 09/12/2005, E.2005/1425, K.2005/5059 sayılı karar. (Danıştay Bilgi Bankası)

*incelenmeksizin reddi yolunda verilen İdare Mahkemesi kararında hukuka uyarlık görülmemiştir*⁴⁵.

Bu konuda doğan uyuşmazlıklarda Danıştay Sekizinci Dairesinin istikrar kazanan kararlarında; Adalet Bakanlığınca bu konuda izin verilmesi durumunda, ilgili avukat hakkında kovuşturma yapılabildiği, adli işlemlere başlandığı, dava açılabilidiği ve böylece kovuşturma açılmasına yönelik idari iznin yargısal denetiminin de yapılmış olduğu; bu konuda izin verilmemesi durumunda ise, ilgili hakkında adli soruşturma ve kovuşturmanın yapılamadığı ve kamu davası açılması yolunun tamamen kapatıldığı, bu nedenle iznin verilmemesine ilişkin idari kararın yargı denetimi dışında tutulmasının düşünölemeyeceği gerekçesiyle sözkonusu idari kararlar idarenin takdir yetkisi içinde hukuksal sonuç doğuran (kamu davası açılmasını engelleyen) idari yargı denetimine tabi, kesin ve yürütölmeli zorunlu, idari davaya konu olabilecek bir işlem olarak kabul edilmektedir. (Örneğin Sekizinci Dairenin 21.10.1999 günlö, E:1997/3805, K:1999/5313 sayılı kararı.) Gerçekten de Adalet Bakanlığının yargı yolunu açan kararları, (kovuşturma izni veren kararları) ceza yargısı alanına girdiğinden idare işlevinin kapsamı dışında bulunmakta ve bu kararlara karşı açılan davaların da idari yargı mercilerinde görölmeli olanağı bulunmamaktadır.

Ancak, Adalet Bakanlığının soruşturma ve kovuşturma izni vermeyen kararları yönünden durum öğretide tartışmalı olduğu gibi, yargısal kararlarda da zaman içinde farklılıklar olduğu bilinmektedir.

Kovuşturma açılmasının idari makamların iznine tabi olduğu uyuşmazlıklarda Danıştay Beşinci Dairesi, Danıştay Onüçüncü Dairesi ile İdari Dava Daireleri Kurulu'nun bu tür işlemlerin yargı denetimine tabi olmadığına ilişkin kararları da bulunmaktadır. Ancak, bu yöndeki kararların istikrar bulduğundan bahsedilemez.

Bu açıklamalar karşısında, dava konusu Adalet Bakanlığı işlemi, niteliği itibariyle, 2802 sayılı Kanunun verdiği yetkiye dayanılarak, tek yanlı irade açıklaması ile hukuki varlık kazanan, davacının başvurusu

⁴⁵ Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulu, 22.10.2009, E.2009/230, K.2009/1797.

üzerine kıdemli hakim marifetiyle yapılan inceleme sonucunda ilgili hakim hakkında işlem yapılmaması, yani ilgili hakim hakkında soruşturma ve kovuşturma yolunun kapatılması yönünde hukuki sonuç doğuran kesin ve yürütülmesi gereken bir idari işlem olup, 4483 sayılı Kanun ile 2547 sayılı Kanun'da öngörüldüğü gibi incelenebileceği başka bir idari birim veya yargı mercii bulunmadığından ve bu nitelikte bir işleme karşı yargı yolunu kapayan bir yasa hükmü de olmadığından, hukuk devleti, Anayasanın 36. maddesinde öngörülen "hak arama özgürlüğü" ve 125. maddesinde öngörülen "idarenin her türlü eylem ve işlemlerine karşı yargı yolunun açık olduğu" ilkeleri uyarınca idari davaya konu edilebileceği açıktır. Takdir yetkisi kullanılarak tesis edilen Bakanlık işleminin, yargı yolu kapatılmamış tüm idari işlemler gibi, yetki, şekil, sebep, konu ve maksat yönlerinden hukuka uygunluğunun denetlenebilmesinin ayrıca 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 2. maddesinin gereği olduğunda da kuşku bulunmamaktadır.”⁴⁶ şeklinde karar verilmiştir .

Doktrinde de bu konuda farklı görüşlere yer verilmiştir. Bazılarına göre her ne kadar burada organik açıdan izin vermeye yetkili idari merci tarafından yapılan bir işlem bulunsun da, yapılan işlem doğrudan idari faaliyetle ilgili değil, yargılama faaliyetinin doğrudan nedeni veya sonucu veya bunun doğrudan hazırlayıcı işlemi niteliğindedir. Bu durumda buradaki işlem idari fonksiyona değil, yargısal fonksiyona girmektedir.

Nitekim Ulusoy'a göre, “Burada bir idari organ... tarafından yapılan bir işlem bulunmaktadır. Buna karşın, ceza soruşturması izni verilmesine yönelik karar yargılama faaliyetinin doğrudan nedeni veya hazırlayıcı işlemi niteliğindedir. Zira bu karar, sonrasındaki yargılama sürecini başlatmakta hatta “tetiklemektedir”. Yargılama sürecinin bir parçasıdır. Bu nedenle idari fonksiyona değil, yargı fonksiyonuna dahil bir işlem olarak kabul edilmelidir. Öte yandan, bu işlem tek başına nihai bir hukuki etki veya sonuç doğurmamakta ve ilgilinin o suçu işleyip

⁴⁶ Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulu, 22.10.2009, E. 2006/4597, K. 2009/1790 sayılı karar. (Danıştay Bilgi Bankası)

işlemediği kesin olarak yargılama sonunda belli olmaktadır. O halde bu işlem henüz “kesinleşmiş” ve nihai hale gelmiş de değildir^{47,48}.

Gözler ise, her hangi bir ayırım yapmaksızın idari makamların soruşturma açılması veya açılmaması konusunda verdikleri kararların idari bir makamdan çıkmakla birlikte ceza soruşturmasıyla ilgili olmaları nedeniyle, idari değil yargısal nitelikte olduğunu ve bunlara karşı idari yargı organlarında iptal davası açılmayacağını belirtmişir⁴⁹.

Buna karşın Erkut, yargısal prosedürün başlamasına engel olan idari işlemlerin iptal davasına konu olabileceği, yargı yerlerinin görevlerine başlayabilmesi için, öncelikle bu konuda öngörölmüş bulunan adli prosedüre geçilmesi gerektiği, bu aşamaya gelinmesini engelleyen işlemlerin, adli prosedür işlemleri olarak nitelendirilmelerinin mümkün olmadığı görüşündedir⁵⁰.

Yine Ulusoy’a göre, “ceza soruşturması izni verilmemesine ilişkin karar her ne kadar bir yargılama faaliyetiyle bağlantılı olsa da, bu karar üzerine bir sonraki aşamaya yani yargılama aşamasına geçilmesi mümkün olmayacağından, henüz tam anlamıyla bir yargılama faaliyetinden bahsetmek mümkün değildir. Bu kararın yargılama faaliyetini “tetikleme” değil, aksine “tetiklememesi” hatta “engellemesi” söz konusudur. Somut olayı yargı faaliyetine hazırlayıcı boyut bu karar ile kendiliğinden sona ermektedir. Bu nedenle bu tür işlemleri bu aşamada yargı fonksiyonuna dahil kabul etmemek gerekir. O halde, idari makamların kamu görevlilerine veya avukatlar gibi bazı spesifik meslekleri icra edenlere yönelik ceza soruşturması izni verilmemesine yönelik kararlarını idari fonksiyon kapsamında görmek daha isabetlidir.

⁴⁷ Bu nedenle İYUK m.14 ve 15 anlamında “kesin ve yürütülebilir” yani “etkili” bir işlem değildir.

⁴⁸ ULUSOY, Ali, İdare Hukuku Pratik Çalışmaları, <http://hukuk.yasar.edu.tr/wp-content/uploads/2011/06/IH-pratik-fonkanlid.doc> (Erişim Tarihi: 02.09.2011)

⁴⁹ GÖZLER, s. 536

⁵⁰ ERKUT, s. 82

Öte yandan, bu tür işlemlerin kesinleşmiş, nihai hale gelmiş ve kendi başına hukuki etki ve sonuç doğurmaya elverişli işlemler olduğunda da kuşku bulunmamaktadır. Zira o kimsenin o fiilinden ötürü yargılanmasını nihai olarak engellemektedir. Danıştay'ın bu konuya ilişkin son zamanlardaki içtihadı da bu yöndedir.”⁵¹

Aslında bir işlemin hukuki niteliğini, denetime tabi olup olmaması ya da tabi olduğu denetim türüne göre belirlemenin hukuk mantığı bakımından doğru olmadığı kanısındayız. Gerçekten bir işlemin idari işlem kimliğini haiz olup olmadığı, o işlemin tabi tutulacağı denetim sürecinden bağımsız bir husus olarak ele alınması gerekir. Buna rağmen gerek doktrinde gerekse Danıştay kararlarında, kamu görevlilerinin soruşturulmasına dair izne ilişkin yetkili makamlarca verilen kararların herhangi bir inceleme ve denetime tabi olup olmaması hususu da dikkate alınarak sonuca ulaşılmaya çalışıldığı gözlenmektedir.

Halbuki bir işlemin “idari” ya da “yargısal” nitelikte olup olmadığını tespitinin; denetiminin mümkün olup olmadığı ya da hangi denetim sürecine tabi tutulduğuna bağlı olmaksızın yapılması beklenir. Diğer bir ifade ile, bir işlem, idari yargı denetimine tabi tutulduğu için idari işlem değildir; idari işlem olduğu için, istisnai durumlar dışında, idari yargı denetimine tabi tutulmaktadır. Dolayısıyla bu konuda doğru bir sonuca ulaşabilmek için hareket noktası, denetimin varlığı ya da türü değil, işlemin idari işlem vasfı taşıyıp taşımadığına ilişkin organik ve fonksiyonel kriterler olmalıdır.

Nitekim Anayasada yer verilen istisnai durumlarda idari yargıdan bağışık tutulan işlemler, birer idari işlem olma niteliğini kaybetmemekte sadece idari yargı yoluyla denetlenemeyen idari işlemler olarak karşımıza çıkmaktadır.

Dolayısıyla doktrin ve yargı kararlarında ifade edilen “her ne kadar burada organik açıdan izin vermeye yetkili idari merci tarafından yapılan bir işlem bulunsa da, yapılan işlem doğrudan idari faaliyetle ilgili değil,

⁵¹ ULUSOY, Ali, İdare Hukuku Pratik Çalışmaları, <http://hukuk.yasar.edu.tr/wp-content/uploads/2011/06/IH-pratik-fonkanlid.doc> (Erişim Tarihi: 02.09.2011)

yargılama faaliyetinin doğrudan nedeni veya sonucu veya bunun doğrudan hazırlayıcı işlemi niteliğindedir” görüşün pozitif hukukumuzda bir karşılığının olmadığı kanısındayız. Başka bir ifade ile, bir karar ya yargısal nitelik taşır, ya da idari nitelik. Anglo-Sakson hukukunda kullanılan “yarı yargısal” ya da “yargı benzeri” gibi nitelendirmeleri haklı kılacak açık bir hukuki düzenlemeden söz edilemez.

O nedenle, izne ilişkin kararların organik/fonksiyonel, maddi/şekli kritere göre bir nitelendirmesinin yapılmasına ihtiyaç vardır. Bilindiği üzere, bir işlemin idari işlem sayılabilmesi için organik açıdan bir idari makamca tesis edilmesinin yanında, idare hukuku esaslarına göre kişiler hakkında idari anlamda hak ve yükümlülükler doğuran, kesin ve uygulanabilir, tek taraflı alınmış olması gerekmektedir. Ayrıca maddi açıdan da İdare Hukuku alanına giren bir işlem niteliğini taşıması ve işlemin bu amaçla tesis edilmiş olması gerekir. Diğer bir ifade ile *fonksiyonel anlamda* bakıldığında, eğer bir işlem “idari fonksiyon” a girer ise ortada “idare” tarafından yapılan, yani “idari” nitelikte bir işlem bulunduğu kabul edilmeli ve “şekli” ölçüte göre yargı fonksiyonuna dahil olmayacağından bu işlemin “idari fonksiyona” dahil olacağı sonucuna varılmalıdır.

Başka bir deyişle, esas işlevi ve devlet yapısı içindeki yeri itibarıyla idari makam fonksiyonu bulunan kamu birimlerinin her türlü irade beyanı ve yetki kullanımı idari işleme vücut vermez. Yürütülen görev, kullanılan yetki ve ortaya konulan kamusal iradenin etki ve sonuçlarını İdare Hukuku alanında göstermesi ve işlemin bu amaçla tesis edilmesi gerekir. İdari yargı yerinde hukuk denetimi yapılacak işlemin, kamu hizmeti yükümlülüğünün ifası için kamu gücü kullanılarak tesis edilen ve İdare Hukuku alanında sonuç doğuran “idari işlem” niteliğinde olması lazımdır.

Bu tespitten hareketle, yetkili idari mercii izne ilişkin kararlarının hukuki niteliği hususunda şunlar söylenebilir. Kamu görevlilerinin görevi nedeniyle suç işlediği iddiası üzerine yetkili idari makamlarca soruşturma iznine ilişkin verilebilecek kararlar ve devamında izlenecek süreç ilgili mevzuatta özel olarak düzenlendiği için, aslında tipik bir idari karar olan “soruşturma izni verilmesi veya verilmemesi” kararlarına karşı doğrudan

idari yargı mercilerine başvurulamamaktadır. Zira, kanun koyucu tarafından, aksine bir düzenleme olmaması halinde, doğal olarak idari yargıda görülüp çözülmesi gereken bu işlem türüne ilişkin özel başvuru yolu öngörülmüş olup, bu tür işlemlere karşı doğrudan idari yargı mercilerine başvuru imkanı bulunmamaktadır.

Ancak, Cumhuriyet Başsavcılarına yapılan şikayet ve ihbarların değerlendirilmesi sonucunda işleme konulmamayı gerektiren nitelikte olanları hakkında yine bu makamlarca şikayetin işleme konulmaması kararı verilebilmesi yetkisi tanındığına göre, cumhuriyet başsavcılarında intikal eden şikayet ve ihbarlar üzerine yapılan inceleme ve soruşturma sonucunda şikayetin somut olduğu, kişi ve olay belirtildiği, iddiaların ciddi bulgu ve belgelere dayandığı görülerek işleme konulmama kararı verilmeyip dosyanın ön inceleme yapılarak soruşturma izni verilip verilmemesi yönünden yetkili mercie intikal ettirilmesinden sonra, yetkili merciin aynı dosya içeriğine göre şikayetin işleme konulmamasına karar vermemesi, bir ön inceleme yaptırarak, ciddi bulgu ve belgelere dayanan kişi ve somut olay belirtilen şikayet hakkında soruşturma izni verilmesi ya da verilmemesi yönünde bir karar tesis etmesi gerektiği;⁵² şikayet dilekçesinde; iddiaların somut olması, olay, yer ve kişi belirtilmesi durumunda, 4483 sayılı Kanunun 4 üncü maddesine göre yetkili merci tarafından "işleme koymama" kararı verilemeyeceği;⁵³ dosyada yer alan şikayet dilekçesinde şikayetçinin belli, şikayet konusu eylemin somut olduğu, kişi ve olay belirtildiği, iddiaların da ciddi bulgu ve belgelere dayandığı anlaşıldığından, 4483 sayılı Kanunun yukarıda belirtilen hükümleri uyarınca; yetkili merci tarafından ön inceleme emri verilmesi, bu emre dayalı olarak ön inceleme raporu düzenlenmesi ve söz konusu ön inceleme raporu da göz önünde bulundurulmak suretiyle soruşturma izni verilmesine veya verilmemesine ilişkin bir kararın tesis edilmesi, verilecek kararın türüne göre gerekli yazılı bildirimlerin yapılması, tesis edilen karara karşı itirazda bulunulması durumunda yazılı bildirimlere

⁵² Danıştay Birinci Daire, 25/04/2006, E. 2006/244, K. 2006/454 sayılı karar. (Danıştay Bilgi Bankası)

⁵³ Danıştay İkinci Daire, 26/06/2003, 2003/647, K. 2003/1618 sayılı karar. (Danıştay Bilgi Bankası)

ilişkin günlü ve imzalı bildirim alındıkları ile itiraz dilekçelerinin de eklenerek dosyanın (Danıştay'a) gönderilmesi (gerektiği);⁵⁴ mevzuat hükümleri birlikte değerlendirildiğinde, yetkili mercii, memurlar ve diğer kamu görevlilerinin bu Kanun kapsamına giren bir suç işlediklerini herhangi bir şekilde öğrendiklerinde hemen ön inceleme başlatmaları gerektiği Kanunun amir hükmü olup, takdir yetkilerinin bulunmadığı;⁵⁵ yönünde Danıştay kararlarına rağmen yetkili merciler tarafından ilgili mevzuatta öngörülmemiş kararlar da verilebilmektedir. Soruşturma açılmaması, soruşturma açılmasına yer olmadığı, şikâyetin işleme konulmaması gibi kararların verilmesi durumunda, tipik bir idari işlem olarak bunlar hakkında, özel bir düzenleme konusu yapılmadıkları için, genel kurala göre işlem yapılması ve söz konusu kararların yetkili idari yargı mercii denetimine tabi tutulması gerekir.

Öte yandan kamu görevlileri hakkında yetkili mercî tarafından verilen soruşturma izni verilmesi veya verilmemesi yönündeki kararlara itiraz üzerine bölge idare mahkemeleri veya Danıştay Birinci Dairesi tarafından verilen kararların idari fonksiyona mı yoksa yargı fonksiyonuna mı dâhil olduğu hususu da aydınlatılmayı bekleyen önemli bir konudur.

Bu hususta Ulusoy, “4483 sayılı Kanuna göre,...(a)mirlerin soruşturma izni vermesi veya vermemesi yönündeki kararlarına karşı, daha alt düzeydeki kamu görevlileri hakkında bölge idare mahkemelerine, üst düzey kamu görevlileri hakkında ise Danıştay 1. Dairesine itiraz edilebilmektedir. İtiraz üzerine verilen kararlar “kesindir”. Üniversite öğretim elemanları gibi bazı kamu görevlisi kategorileri için de aynı yönde özel yasal düzenlemeler bulunmaktadır. Bu bağlamda, amirlerce verilen soruşturma izni verme veya vermeme yönündeki kararlara karşı yapılan itirazlar üzerine bölge idare mahkemeleri veya Danıştay 1. Dairesi tarafından verilen kararların yargı fonksiyonu mu yoksa idari

⁵⁴ Danıştay Birinci Daire, 28/01/2005, E. 2004/486 K. 2005/83 sayılı karar. (Danıştay Bilgi Bankası). Aynı yönde bkz. Danıştay İkinci Daire, 07/11/2003, E. 2003/1100, K.2003/2159 sayılı karar. (Danıştay Bilgi Bankası)

⁵⁵ Danıştay İkinci Daire, 11/03/2004, E. 2004/182, K. 2004/230 sayılı karar. (Danıştay Bilgi Bankası)

fonksiyon kapsamında mı görülmesi gerektiği hususunu ayrıca tartışmak gerekmektedir. **Bu noktada, yapılan itiraz üzerine bölge idare mahkemesince veya Danıştay 1. Dairesince nihai olarak soruşturma izni verilmesi sonucu doğuran kararların idari fonksiyona değil, daha ziyade yargı fonksiyonuna girdiğini kabul etmek gerekir.** Zira yukarıda da değinildiği üzere bu karar, devamında sözkonusu olacak ceza soruşturması ve kovuşturması ile ceza davası sürecinin ayrılmaz bir parçasıdır. Ayrıca bu durumda sözkonusu karar henüz nihai anlamda hukuki etkisini ve sonucunu doğurmadığından (zira suçlananın ceza alıp almayacağı ancak ceza mahkemesindeki yargılama sonucunda belli olacaktır), ortada idari davaya konu olabilecek tamamlanmış, yani “kesin ve yürütülebilir işlem” de bulunmamaktadır. **Buna karşın, itiraz üzerine bölge idare mahkemesince veya Danıştay 1. Dairesince verilen ve soruşturma izni verilmemesi sonucunu doğuran kararların durumu tartışmaya çok daha açıktır.** Bu noktada asıl tartışılması gereken, bölge idare mahkemesi veya Danıştay 1. Dairesinin itiraz üzerine verdiği kararın “şekli ölçüt” anlamında, “bağımsız bir mahkeme tarafından, yargılama usulleri uygulanarak, kesin hüküm niteliğinde verilen karar” sayılıp sayılamayacağıdır. Danıştay 1. Dairesi, Anayasa ve Danıştay Kanunu ile Danıştaya verilen idari ve istişari nitelikteki görevleri yerine getirmekte olup, yargılamaya ilişkin görev icra eden dava dairelerinden değildir. Yani “yargı mercii” konumunda değildir. **Bu bağlamda, her ne kadar belli kategorilerdeki kamu görevlilerinin soruşturma izinlerine ilişkin itirazları incelemesi esnasında yargılama usulüne benzer bir usul uygulasa da, Danıştay 1. Dairesi, teknik anlamda “mahkeme” niteliğine sahip olmadığından, verdiği kararların “mahkeme tarafından verilen kesin hüküm” niteliği bulunmamaktadır.** Öte yandan, Kanun koyucunun kamu görevlilerine amirlerince ceza soruşturması izni verilmesi ya da verilmemesine ilişkin kararların bir üst denetime tabi tutulması konusunda Danıştaya ve bölge idare mahkemelerine verdiği “misyonun” amacı, bunların sözkonusu kamu görevlilerini “yargılaması” değildir. Zaten bu yargılamayı gerekirse ileride ceza mahkemeleri yapacaktır. **Bu “misyonun” amacı, suçlanan kamu görevlilerinin amirlerinin verdikleri soruşturma izni verme veya vermeme yönündeki kararların nihai anlamda en üst derecede spesifik ve objektif bir “idari**

denetime” tabi tutulmasıdır. Bu “en üst derecedeki spesifik ve objektif idari denetimin” ise, geleneksel olarak merkezi idarenin en üst danışma organı olan Danıştayca yapılmasının daha uygun olacağı düşünülmüş olsa gerektir. Esasen geçmişte il genel meclisleri ve belediye meclisleri gibi bazı yerel yönetim organlarının birtakım kararlarının “nihai idari vesayet makamı” sıfatıyla Danıştayca denetlenmesi; bazı derneklere “kamu yararına çalışan dernek” statüsü tanınması ve iki kamu kurumu arasındaki taşınmazların devri konularında çıkan ihtilafların çözümlenmesi hususlarında Danıştay’a verilen yetkilerin niteliğinin mantığı da aynıdır. Diğer yandan, her ne kadar bölge idare mahkemeleri, Danıştay 1. Dairesinden farklı olarak, tam anlamıyla “mahkeme” niteliğine sahip olsa da, kamu görevlilerinin amirlerinin verdikleri soruşturma izni verme veya vermeme yönündeki kararların denetimine ilişkin kanunla kendilerine verilen bu görevin özü de aynı şekilde yargılama işlevine ilişkin olmayıp, bu konuda Danıştay 1. Dairesinin iş yükünü hafifletmek amaçlı istisnai bir “idari” görevdir. Nitekim 4483 sayılı Kanun öncesinde bu görev tüm kamu görevlileri için Danıştay 2. Dairesine⁵⁶ verilmiş iken, anılan kanunla Danıştay’ın yükünü hafifletmek adına, daha alt konumdaki kamu görevlileri için bu görev bölge idare mahkemelerine aktarılmıştır. O halde, suç işlediği iddia edilen kamu görevlilerine ilişkin amirlerinin kararlarına itiraz üzerine bölge idare mahkemesince veya Danıştay 1. Dairesince verilen ve soruşturma izni verilmemesi sonucunu doğuran kararların “yargı fonksiyonuna” değil “idari fonksiyona” dahil kabul edilmesi daha isabetli görünmektedir.”⁵⁷

Görüldüğü üzere, doktrindeki yaklaşım tıpkı yetkili idari mercî tarafından verilen kararlar bakımından yapıldığı gibi, soruşturma izni

⁵⁶ Ulusoy’a göre, esasen bu tür görevlerin kanunla “dava dairesi” haline getirilen 2. Dairenden “idari daire” olarak korunan 1. Daireye aktarılması, kanun koyucunun bir yandan bu tür görevleri “yargısal” değil “idari” nitelikte gördüğünün ve ayrıca, 1. Daireyi “yargısal görev icra eden mahkeme” konumunda görmediğinin başka bir kanıtıdır.

⁵⁷ ULUSOY, Ali, İdare Hukuku Pratik Çalışmaları, <http://hukuk.yasar.edu.tr/wp-content/uploads/2011/06/IH-pratik-fonkanlid.doc> (Erişim Tarihi: 02.09.2011)

verilmesi ve soruşturma izni verilmemesi olmak üzere kararlar arasında bir ayrım yapılmasına yöneliktir. Ancak doktrindeki yaklaşım böyle olmakla birlikte, burada ortaya çıkabilecek sorunlar üzerinde durulması gerektiği kanısındayız. Zira soruşturma izni verilmesi sonucunu doğuran karar, ya daha önce yetkili idari merciin soruşturma izni verilmesi kararına yapılan itirazın reddedilmesi ya da soruşturma izni verilmemesi kararına yapılan itirazın kabul edilerek soruşturma izni verilmesi şeklinde gerçekleşebilir. Aynı şekilde, soruşturma izni verilmemesi sonucunu doğuran karar, ya daha önce yetkili idari merciin soruşturma izni verilmemesi kararına yapılan itirazın reddedilmesi ya da soruşturma izni verilmesi kararına yapılan itirazın kabul edilerek soruşturma izni verilmemesi şeklinde gerçekleşebilir.

Bu bağlamda, itiraz üzerine verilen kararların kesinliğinden ne anlaşılması gerektiği hususu aydınlığa kavuşturulmalıdır. Malatya Bölge İdare Mahkemesinin 4483 sayılı Kanununun 9 uncu maddesinin son fıkrasındaki **“Verilen kararlar kesindir.”** ibaresinin Anayasaya aykırı olduğu iddiasıyla itiraz yolunu işleterek yaptığı başvuruyu ele alan Anayasa Mahkemesi, *“4483 sayılı Kanun’un Danıştay 1. Daire ve Bölge İdare Mahkemesi’ne verdiği itirazı inceleme görevi yargılama faaliyeti kapsamında olmadığından bir dava değil idari bir görevdir. Bu nedenle, Anayasa Mahkemesi’ne mahkemeler tarafından itiraz yoluyla başvurunun koşullarından olan ve Anayasa’nın 152. ve 2949 sayılı Yasa’nın 28. maddesinde yer alan “mahkemenin elinde bakmakta olduğu bir dava”nın varlığından söz edilemeyeceğinden başvurunun, yetkisizlik nedeniyle reddi(ne)”* karar vermiştir⁵⁸.

Söz konusu karara ilişkin yapılan bir değerlendirmede, *“Yasanın 9. maddesinde, kararın niteliğine göre itiraz mercii olarak Danıştay ve Bölge İdare Mahkemeleri öngörülmüştür. Her iki kurumda; Anayasada kaynağı olan idari yargı kolu içinde yer alan, mensupları hakim güvencesine sahip, meslekten hakimlerden oluşan yargı yerleridir. Dolayısıyla, bu safhanın tartışmasız yargı prosedürüne tabi safha olarak kabulü gerekmektedir. Yasanın 9/4. maddesi, itiraz üzerine karar verme*

⁵⁸ Anayasa Mahkemesi Kararı, 27.12.2006, E. 2006/163 K. 2006/121

usulünü tarif ettikten sonra, “itiraz üzerine verilen kararlar kesindir” hükmüne yer vermiştir. İşte bu noktada, tartışmasız yargı organı olan Danıştay ve Bölge İdare Mahkemelerinin, bu yasa uygulamasındaki sıfatlarının ne olduğunun netleştirilmesi gerekmektedir. Doğal sıfatları olan mahkeme sıfatları ile mi görev yapmaktadırlar? Yoksa mahkeme oluşumunu koruyarak özel bir sıfatla; itiraz mercii sıfatıyla mı görev yapmaktadırlar? Bu husus ayrı bir yazı ve tartışma konusu olmakla birlikte, esas konunun izahına yardımcı olması için kısaca değinmekte fayda bulunmaktadır. 4483 sayılı yasadaki önce yürürlükte olan 1913 tarihli muvakkat kanunda; karar ve itiraz mercii ağırlık olarak idari mekanizma içinde yer almakta idi. (Danıştay’la birlikte il ve ilçe idare kurulları) Bu sistem, ağırlıklı olarak idari mekanizmaya dayanıp suçlananların bazen lehine bazen aleyhine kullanılmaya müsait olduğundan 4483 sayılı yasa ile itiraz mercii olarak tamamen yargı yerleri belirlenerek bu mahsur aşılma istenmiştir. İtiraz mercii olarak Danıştay ve Bölge İdare Mahkemelerinin belirlenmesinin asıl hikmeti; bağımsız yargı organı olmalarıdır. 4483 sayılı yasa, “Danıştay ve Bölge İdare Mahkemesi” sıfatları aynen korunmuş ve bu konuda karar verirken heyet teşekkülü ve karar verme şekilleri yönünden özel bir düzenlemeye yer verilmemiştir. Hal böyle olunca, Danıştay ve Bölge İdare Mahkemelerinin 4483 sayılı yasa uygulanmasında mahkeme sıfatıyla hareket etmediğini söylemek olanaklı değildir. Yasada “İtiraz” kelimesinin kullanılmış olması da bu iki kurumun mahkeme sıfatını ortadan kaldırmaz. Çünkü pek çok yasadaki para cezalarına karşı “...idare mahkemesine itiraz edilir.” Hükmü mevcut olup, burada itiraz dava olarak kabul edilmekte ve idare mahkemesinin mahkeme sıfatı ortadan kalkmamaktadır...Bu karar, yukarıda da açıklandığı üzere tartışılır olup, muhakemat prosedüründe tıkanıklığa yol açacaktır. Çünkü bu durumda, 4483 sayılı yasanın aksayan ve Anayasaya aykırı olan hiçbir hükmü itirazla AYM’ne götürülmeyecektir. Ceza Mahkemelerinin götürebildiği maddeleri ise, uyguladıkları yasa hükümleriyle sınırlı olacaktır. Danıştay ve Bölge İdare Mahkemesi tarafından kusurlu veya kusursuz, şu veya bu sebeple yapılan hataların ve hatalı kararların düzeltilmesi olanağı olmayıp, haksız uygulamalar göz göre göre kesinleşecektir. Nitekim,

AYM'ne müracaat ettiğimiz ihtilafta, mahkememiz idarece sunulan belgelerden hareketle itirazı süre yönünden reddetmiş, bilahare suçlanan; “valiliğe 10. gün müracaat ettiğini valinin havaleyi 11. gün yapması sebebiyle itirazının süresinde görülmediğini” delillendirmiştir. Bu delil durumuna göre itiraz süresinde olup kararımızın düzeltilmesi gerekirken, buna cevaz vermeyen 9. madde AYM'ne götürülmüştür. AYM'ce müracaatımızın yetki yönünden reddi sonucu, hatalı kararın düzeltilme olanağı kalmamıştır. Hukukumuzda pek çok kanunda, işlemlere karşı mahkemelere itiraz yolu düzenlenmiş ve “itiraz üzerine verilen kararların kesin” olduğu hükmüne yer verilmiştir. (4854 SK. 5. Maddesi) ile pek çok kanunda değişiklik yapılarak, kararların kesin olduğu hükmü ilave edilmiştir...İtiraz üzerine yargı yerlerince verilen kararların kesinliği ilkesinin sadece idari yargı görev alanıyla ilgili olmayıp, sulh ceza mahkemelerinin görev alanıyla ilgili bazı hallerde de benzer ilkeye yer verildiği bilinmektedir. (Örneğin 1608 sayılı yasanın 4. Md. 2918 sayılı yasanın 114 ve 115 maddeleri, 3194 sayılı yasanın 42. maddesi ile 506 sayılı yasanın 140. maddesinin AYM'nin iptalinden önceki hali) Bu anlatılanlar sonucu, özellikle son 4-5. yılda getirilen değişikliklerle, İtiraz üzerine mahkemelerce verilen kararların kesin olması ilkesinin (basit cezalarda) yaygınlaştırıldığını tespit ediyoruz. Bu anlatılanlardan çıkarılması gereken bir başka sonuç ise; bir mahkemenin bir işleme itirazın bakması, dava yerine itiraz tabirinin kullanması ve verdiği kararın kesin olması; mahkeme sıfatını ortana kaldırmamaktadır. Bu sebeple Danıştay ve Bölge İdare Mahkemeleri 4483 sayılı yasa uyarınca verilen kararlara itirazın bakarken mahkeme sıfatların koruyarak bakmakta olup, AYM'nin yukarıda anılan kararının hukuka uygun olmadığı sonucu çıkmaktadır.”⁵⁹

Görüldüğü üzere, yukarıda değinilen kararı ile Anayasa Mahkemesi; itiraz üzerine verilen kararlardan bağımsız olarak itiraz mercilerinin idari bir görev yürüttüklerine ve verdikleri kararların da idari fonksiyona ilişkin olduğuna hükmetmiştir. Dolayısıyla verilen karara göre

⁵⁹ ERMUMCU, Osman, “Memurun Muhakematında (4483) Kararların Kesinliği”, www.aydinbim.adalet.gov.tr/MAKALELER/4483%20SK.DA%20KARARLARIN%20KESİNLİĞİ.htm

idari/yargısal fonksiyon ayırımına gidilebileceği yönündeki görüşün Anayasa Mahkemesi kararı karşısında bir anlam ifade etmeyeceği söylenebilir. Gerçekten, Anayasa Mahkemesine göre, *4483 sayılı Kanun'un Danıştay 1. Daire ve Bölge İdare Mahkemesi'ne verdiği itirazı inceleme görevi yargılama faaliyeti kapsamında olmadığından bir dava değil idari bir görevdir.*”

Eğer itiraz mercilerince yürütülen görev idari bir görev ise, diğer bir deyişle idari fonksiyona giren bir işlev yürütülüyorsa, bunun hem itiraza konu kararların hukuki niteliği hem de itiraz üzerine verilen kararların denetimi bakımından doğurduğu önemli hukuki sonuçlar bulunmaktadır.

Öncelikle, itiraz mercilerince yürütülen görevin idari bir görev, itiraz üzerine verilen kararların da idari nitelikte kararlar olarak kabul edilmesi, itiraza konu (yetkili idari mercî tarafından verilen) kararların hukuki niteliği hususuna da açıklık getirebilecektir. Gerçekten, eğer itiraz mercii idari bir görev yürütüyor ve itiraz üzerine idari bir karar veriyorsa, söz konusu itiraza konu kararın artık yargısal nitelikte olduğundan söz edilmemelidir. Diğer bir ifade ile, yargısal nitelikli olduğu söylenen bir kararın, idari bir görev yürüten itiraz mercii tarafından idari bir karara konu edilmesi düşünülemez. Çok daha genel bir değerlendirme ile, yargısal nitelikli işlemlerin, idari görev yapan mercilerce incelenip karar verilmek üzere bir idari başvuru yoluna tabi tutulması, fonksiyonlar ayırımına ters düşer. Şu halde, idari bir görev kapsamında verilebilecek idari bir karara konu kararların da evleviyetle idari nitelikli olması gerekir.

İtiraz üzerine verilen kararların idari nitelikte kararlar olarak kabul edilmesinin diğer bir sonucu da, bu tür kararların “idari işlem” niteliğinde görülüp, idari yargıda iptal davasına konu edilebilecek olmasıdır. Gerçekten, itiraz üzerine verilen kararların, bir idari görev kapsamında verilmesi ve idari nitelik taşıması da dikkate alındığında, Anayasanın 125 inci maddesi gereğince idarenin her türlü eylem ve işlemine karşı yargı yolunun açık olması ve yargı denetiminden bağışık tutulduğuna dair bir açık düzenlemeye de yer verilmemiş olması karşısında, itiraz üzerine verilen söz konusu kararların yargı denetimine tabi olduğu sonucuna

ulaşılmaktadır. Danıştay'ın son yıllardaki içtihadının da(Danıştay İDDK, 22.10.2009, E.2006/4597, K. 2009/1790; İDDK, 22.10.2009, E.2009/230, K.2009/1797) bu yönde olduğunu belirten Ulusoy'a göre, *"(Ö)zellikle bölge idare mahkemelerince itiraz üzerine karara bağlanan ve ilgili kamu görevlisinin soruşturulmasına izin verilmemesi sonucu doğuran bir karara karşı iptal davası açılması durumunda, davanın bu kez yargısal aşamada aynı bölge idare mahkemesi kapsamındaki idare mahkemesince karara bağlanması gerekecektir. Zira böyle bir iptal davası Danıştay Kanunu m.24 çerçevesinde ilk derece mahkemesi olarak Danıştay'da görülemez. Bu durumda da, bir bölge idare mahkemesi kararının "yargısal denetiminin" denetimi altındaki bir idare mahkemesince yapılması gibi çelişkili bir durum ortaya çıkabilecektir. Bu çelişkiyi gidermenin iki yolu vardır. İlki, bu tür, yani bölge idare mahkemelerince itiraz sonucunda soruşturma izni verilmemesine karar verilmemesi sonucu doğan kararlara karşı açılan iptal davalarının ilk derece mahkemesi olarak Danıştay'da görüleceğine dair Danıştay Kanunu m.24'e bir ekleme yapılmasıdır. İkinci yol ise, 4483 sayılı Kanunda değişiklik yapılarak, amirlerce verilen soruşturma izni verilmesi kararlarının kesin olduğuna, ancak soruşturma izni verilmemesine ilişkin kararlara karşı kamu görevlisinin konumuna göre, bölge idare mahkemesine veya Danıştay'a (Danıştay 1. Dairesine değil!) iptal davası açılabilmesinin açıkça öngörülmesidir. Bu ikinci yol daha bütünsel ve uygun bir çözüm olarak görünmektedir."*⁶⁰

KAYNAKÇA

Aslan, Onur Ender, "Memurların Yargılanması Hakkındaki Yeni Kanun üzerine Düşünceler," *Amme İdaresi Dergisi* ,2000, C. 33, S. I s. 59-77.

Balta,Tahsin Bekir, *İdare Hukuku I Genel Konular* (Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Yayınları No: 326) s.10-25.

⁶⁰ ULUSOY, Ali, *İdare Hukuku Pratik Çalışmaları*, <http://hukuk.yasar.edu.tr/wp-content/uploads/2011/06/IH-pratik-fonkanlid.doc> (Erişim Tarihi: 02.09.2011)

Çağlayan, Ramazan, “Memurlar ve Diğer Kamu Görevlilerinin Yargılanmasına İlişkin 4483 sayılı Kanun Hakkında Bir Değerlendirme”, *AÜEHFD*, Haziran 2003, C. VII, S. 1-2, s. 105-128.

Çetin, Erol, Açıklamalı ve İctihatlı Ceza Hukukunda ve Özel Memur, Memurlar ve Diğer Kamu Görevlilerinin Yargılama Usulü ve Memur Suçları, 2000.

Eren, Abdurrahman, “Memurin Muhakematı Hakkında Kanunu Muvakkat” ile Onu Yürürlükten Kaldıran “Memurlar ve Diğer Kamu Görevlilerinin Yargılanması Hakkında Kanun”un Karşılaştırılması”, *Ankara Üniversitesi SBF Dergisi*, S. 55-3, s. 56 v.d.

Ercüt, Celal, İptal Davasının Konusunu Oluşturma Bakımından İdari İşlemin Kimliği, Danıştay Yayınları No:51, Ankara 1990.

Ermumcu, Osman, “Memurun Muhakematında (4483) Kararların Kesinliği”, www.aydinbim.adalet.gov.tr/makaleler.htm

Gözler, Kemal, İdare Hukuku, Ekin Kitabevi Yayınları, Bursa 2003, Cilt I.

Günerbüyük, Uygur, Ceza Muhakemesi Hukukunda Kovuşturma Şartı Olarak İzin Kavramı ve İznin Denetimi, *Yüksek Lisans Tezi*, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku ABD, İstanbul 2010.

Öztürk, Bahri, "Memurların Özel Bir Muhakeme Usulüne Tabi Olmalarının Sakıncaları ve Anayasa Mahkemesi Kararları," *Ceza Hukuku ve Kriminoloji Dergisi* 1978 S.I

Selçuk, Sami, Memur Yargılaması Hakkında, TUSİAD Yayınları, 1997.

Şahin, Faruk, “Memur Yargılama Sistemi Kaldırılıyor mu?”, *Sayıştay Dergisi*, S.48, s. 47-74

Topuz, İbrahim, “4483 Sayılı Kanun Uyarınca Verilen Ön İnceleme İzni ve Soruşturma İzni Kararlarının Niteliği.” *Türk İdare Dergisi*, Mart 2002, Y.74, s. 139-153.

Topuz, İbrahim, “Devlet Memurları ve Diğer Kamu Görevlilerinin Yargılanması Hakkında Kanun ve Uygulaması”, *Yerel Yönetim ve Denetim Dergisi*, C.5, s.6, Haziran 2000.

Tosun, Öztekin, “Memurların Suçlarında Özel Muhakeme Kuralları”, *Adalet Dergisi*, 1984, S. 1-2.

Ulusoy, Ali, “Danıştay, Ergenekon hakim ve savcılarının yargılanması yolunu açtı”, *Akşam Gazetesi*, 13 Kasım 2010.

Ulusoy, Ali, İdare Hukuku Pratik Çalışmaları, <http://hukuk.yasar.edu.tr/wp-content/uploads/2011/06/IH-pratik-fonkanlid.doc>

Yayla, Yıldızhan, 'Memurların Yargılanması.' *İdare Hukuku ve İlimleri Dergisi (IHID)*, *Vakur Versan'a Armağan Özel Sayısı* 1985, Y.6, S.1-3, s. 260-276.

Yıldırım, Turan, “Memurin Muhakematı-Anayasaya Aykırılığın Mahkemelerce İleri Sürülmesi”, *Argumentum-1991*, C.2, S.13, s. 199-201.

Yüce, Turhan Tufan, “Memurin Muhakematı Kanununun Anayasaya Aykırılığı ve Anayasa Mahkemesinin Bu Konudaki Kararı Üzerine”, *Ankara Barosu Dergisi*, 1968, C.25, S.5.

Zafer, Hamide, “4483 sayı ve 2.12.1999 tarihli Memurlar ve Diğer Kamu Görevlilerinin Yargılanması Hakkında Kanun'un Değerlendirilmesi”, *İstanbul Barosu Dergisi*, 2000, S.4.

Zafer, Hamide, “Memurin Muhakematı Hakkında Kanunu Muvakkatin Değerlendirilmesi”, *İstanbul Barosu Dergisi* 1998, C.72, S. 2, s. 211-234.

Zeren, Yıldırım, “Memurların Soruşturulmaları Anayasaya Aykırı Kanunlarla Yapılmaz!”, *İstanbul Barosu Dergisi* 1998, C.72, S.4-5-6.

