

4483 SAYILI KANUNDA ÖNGÖRÜLEN ÖN İNCELEME GÖREVLİSİNİN YETKİLERİ VE BU ÇERÇEVEDE İZİN SİSTEMİNİN GEREKLİLİĞİ HAKKINDA DEĞERLENDİRME

İlyas ŞAHİN*

ÖZET

Türk Hukukunda, memurların yargılanmaları konusundaki düzenlemelere bakıldığında idari etkinliğin giderek azaldığı bir tabloyu görmek mümkündür. 4483 sayılı Kanun, önceki düzenlemeden farklı olarak kişi, suç ve sistem yönünden değişiklikler getirmiştir. Kişi yönünden kapsam, memurlar ve diğer kamu görevlileri olarak belirlenmiştir. Memur tanımı yönünden idare hukukunun kavramları esas alınmıştır. Mülga Memurin Muhakematı Hakkında Kanun düzenlemesinden farklı olarak yeni durumda suç yönünden de daraltmaya gidilmiştir. Önceki Kanun (MMHK) döneminde hem görevden doğan hem de görev sırasında işlenen suçlar kapsam içerisindeyken, 4483 sayılı Kanun kapsamına sadece görev sırasında işlenen suçlar kapsama alınmıştır.

4483 sayılı Kanun'un getirdiği en önemli yenilik "izin sistemi" olmuştur. 4483 sayılı Kanun daha önce geçerli olan tahkik sistemini terk edip izin sistemini getirmiş olması sebebiyle, izin aşamasında görevlendirilen ön incelemecinin görevlerinde önceki sisteme göre bazı değişiklikler yapılmıştır. "Yetkili merci", "ön inceleme" ve "soruşturma izni verilmesi ya da verilmemesi" bu Kanun'da düzenlenen temel kavramlardır. Ön incelemeci, bu aşamada bazı yetkiler kullanmaktadır. Ancak yapılan değişiklikle ön inceleme görevlisinin 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nda yer alan tüm yetkileri kullanıp kullanamayacağı tartışmalı hale gelmiştir.

Kişi hak ve özgürlüğünün teminatı ile hukuki belirlilik ve güvenlik ilkesi bakımından bu sürece dair yetkilerin ve bunların hangi koşullarda kullanılması gerektiğine ilişkin çerçeve bu makalenin ana temasıdır. Bu çalışmada, eski ve yeni yasada ön inceleme evrelerine ilişkin temel farklar ve özellikle yeni yasada düzenlenen ön inceleme görevlisinin yetkileri ile bu aşama incelenmiştir. Bu noktada izin sisteminin bir parçası olarak ön incelemenin işleyişini daha iyi anlama ve buna ilişkin kuralların yerinde olup olmadığını gözden geçirme bakımından özel soruşturma usulünün gerekliliği üzerinde de durulmuş, memurlar bakımından ayrı bir soruşturma usulünün gerekli olup olmadığı hususu girişte ele alınmış ve sonuç kısmında da değerlendirmelerde bulunulmuştur.

Anahtar Kelimeler: *Ön inceleme, ön inceleme görevlisi, Cumhuriyet savcısı, memur, kamu görevlisi, izin, yetki, soruşturma, koruma tedbiri*

* Dr. Yargıtay 11. Ceza Dairesi Yargıtay Üyesi.

**INVESTIGATIVE POWER OF PRELIMINAR EXAMINER PURSUANT
TO PROSECUTION OF PUBLIC SERVANT IN NO; 4483 CODE AND
EVALUATION OF NECESSITY OF PERMISSION SYSTEM**

ABSTRACT

When we examine the Turkish Law regarding to adjudication of public servant related to their public service misconduct and crimes, there have been a decrease of domination of executive branch. 4483 No. Code has created significant changes comparing to previous codes (Provisional Law on Prosecution of Public Servant-PLPPS) not only from subject of substance and procedure as well. Civil servants and other public service employee are included in the scope of subjective jurisdiction of the code. "Civil servant" is defined in common with administrative law definition. The scope of law from aspect of crime is narrowly defined compare to former law(PLPPS). While PLPPS had regulated crimes committed during public service, and crimes related to public service, 4483 No Code only regulates crimes committed during public service.

One of the significant differences No; 4483 Code has brought is permission system, which requires executive permission in order to initiate criminal investigation against public servant regarding to their public misconduct. "Competent Authority", "Preliminary Examination", and "Criminal Investigation Permission/Denial" are fundamental terms in this system. Preliminary examiner investigates the allegation, and uses some executive and judicial power. However it is very controversial that whether preliminary examiner can have all judicial power stemming from 5271 No Criminal Procedure Law like all public prosecutors have.

The main purpose of the article is to examine and analyze power of preliminary examiner, and present permission procedure from aspect of fundamental rights and freedoms. In this study, the subject is compared previous and current law, illustrated fundamental similarities and differences about preliminary examiner, and permission system as well. In this regards, necessity of permission system is additionally discussed in whole article.

Keywords: *Preliminary examination, preliminary examiner, public prosecutor, public servant, other public employee, permission, investigation, protection measure*

GİRİŞ

4483 sayılı Kanun, kamu görevlilerinin görevleri sebebiyle işledikleri suçlardan dolayı ileri sürülen iddia ve şikayetler nedeniyle gereksiz ithamlarla rahatsız edilmemeleri, bir anlamda bu tür şikayetler kullanılarak işlerin

aksatılmaması için idari bir güvence olarak getirildiği kabul edilmiştir. Ceza soruşturması öncesi bir süzgeç mahiyetinde düzenlenmiş olan bu sistemde, soruşturma aşamasına geçebilmek için idari mercilerin soruşturma izni vermesine ihtiyaç bulunmaktadır.

Memur ve kamu görevlilerinin haklarında özel bir soruşturma ve yargılama sisteminin öngörülmesi ceza yargılamasının genel işleyişini çok yakından ilgilendirmektedir. Bir çok olayda soruşturmanın bu prosedürler sebebiyle geciktiği ve bu gecikmeler sebebiyle soruşturmanın etkin yürütülmesine ilişkin ilkeye uyulmadığına yönelik yakınmalar bulunmaktadır.

Ülkemizde uzun süre yürürlükte kalmış bulunan mülga Memurun Muhakematı Hakkında Kanun-u Muvakkat döneminde sona erdiren 4483 sayılı Kanunla kısmen bu şikayetler azalmış bulunmaktadır. Memurlar hakkında öngörülen güvence sistemleri arasında daha önce tahkik sistemi mevcut iken 4483 sayılı Kanun ile izin sistemi getirilmiş ve bazı hususlarda kapsam yönünden daraltmaya gidilmiştir.

Çalışmada, özel bir soruşturma usulünün gerekli olup olmadığı üzerinde ileri sürülen görüşlere ve tartışmalara değinildikten sonra 4483 sayılı Kanun kapsamında öngörülen ön inceleme aşaması ele alınacaktır. Yeni Kanun uyarınca ön inceleme aşamasının özellikleri, bunun evreleri ve bu aşamada yapılabilecek işlemlerin neler olduğu ile ön inceleme görevlisinin yetkileri inceleme konusu yapılacaktır.

Ceza yargılamasının bir ilkesi olan etkin soruşturma ilkesi yönüyle izin sisteminin yerinde olup olmadığı hususları üzerinde de durmak gerekmiştir. İzin sistemi içinde yer alan ön inceleme aşamasının çoğunlukla soruşturmada sürelerin uzatılmasına yol açan ve iddiaların araştırılmasının yerinde ve zamanında yerine getirilebilmesinin önünde bir engel teşkil eden bir süreç olduğunu daha iyi anlama anlamak bakımından, bu sürecin ayrıntılı incelenmesi gerekir. Bu bakımından izin prosedürü öncesinde yerine getirilen ön incelemenin işleyişini görmek ve buna ilişkin kuralların yerinde olup olmadığını gözden geçirmekte yarar görülmüştür. Çalışmamızda özel soruşturma usulünün bir parçası olan ön inceleme aşamasının mahiyeti, bu arada gerçekleşen işlemler ile ön inceleme görevlisinin yetkileri üzerinde durulacaktır. 4483 sayılı Kanunda öngörülen ön inceleme görevlisine verilen yetkilerin yerindeliği ve bu çerçevede izin sisteminin gerekliliği hakkında yeri geldikçe değerlendirmelere yer verilecektir.

A. MEMUR SORUŞTURMASININ GEREKLİLİĞİ

Memurların yargılanmasında özel kuralların uygulanması, uzun tartışmalara neden olmuştur. Bir bölümü hukuksal yerindelikle ilgili olmakla birlikte genelde anayasal kural ve ilkelere dayanan eleştiri ve tartışmalar, yargı ve bilim çevrelerinde yoğunlaşmıştır.

Memur yargılamasına ilişkin öngörülen güvence sistemleri arasında daha önce tahkik sistemi mevcut iken 4483 sayılı Kanun izin sistemini getirmiştir. Oysa demokrasilerde aslolan herkesin kanun önünde eşit olmasıdır. Kamu görevlilerine yönelik soruşturmalar bakımından özel usuller getirilmesi bu ana kuralın istisnasıdır. Bu istisnanın gerçekten gerekli olan bir “güvence” mi, yoksa gereksiz bir “ayrıcalık” mı olduğu tartışılmıştır¹. Böylesine geniş kapsamlı bir düzenlemenin bir ayrıcalık olduğu ileri sürülerek eleştirilmektedir².

Bu görüşü savunanlara göre, memurlar ve kamu görevlileri bakımından özel bir usul öngörülerek bunlar hakkında soruşturmayı yapan kamu görevlilerinin ve itiraz halinde devreye giren idare mahkemeleri dışındaki karar mercilerinin bağımsız olmadıkları, çalışmalarının yönetsel kabul edilerek yargı denetimine bağlı tutulması gerektiği, ceza uyuşmazlıklarının yönetsel bir sistem içinde karara bağlanmasının kuvvetler ayrılığı ve farklı yargı kurumları ilkesine dayanan Anayasa sistemine aykırı bulunduğu, oysa yapılan soruşturmaların gerçekte bir yargısal faaliyet olduğu ve dolayısıyla yönetim makamlarına verilmemesi gerektiği, vatandaşın yapılan soruşturmalara ve alınan kararlara güven duymadığı, soruşturmanın yargıç güvencesi olmayan kişilerce yapıldığı, bu yüzden memurlar için özel ve farklı bir soruşturma

¹ Bu konudaki tartışmalar için bkz., AYM Kararları, 27.2.1992 tarih ve 1991/26 E- 1992/11 K. sayılı kararı, R.G. Tarih-Sayı : 23.11.1992-21414; 5.5.1992 tarih ve 1992/27 E. , 1992/31 K. R.G. Tarih-Sayı : 12.03.1993-21522; 04.03.1993 tarih ve 91/29 E. ve 91/42 K. sayılı kararları.; SELÇUK, Sami, Memur Yargılaması Hakkında, TÜSIAD Yayınları, Ocak 1997, s. 127-152

² MUMCU, Uğur: “Türk Hukukunda Memurların Yargılanması”, AÜHFD, C.23, S.1-4, 1971, s.181; ZAFER, Hamide; “Memurin Muhakematı Hakkında Kanunu Muvakkatın Son Değişiklikler Işığında Değerlendirilmesi”, İstanbul Barosu Dergisi, C.72, S.2, 1998, s.228; ÖZTÜRK, Bahri; “Memurların Özel Bir Muhakeme Usulüne Tabi Olmasının Sakıncaları ve Anayasa Mahkemesi Kararları”, Ceza Hukuku ve Kriminoloji Dergisi, C.1, S.1, 1978, s.62; KUNTER, Nurullah; “Memurin Muhakematı Kanunu ve Tenkidi”, Siyasi İlimler Mecmuası, S.282, 1954, s.191; ÖZEK, Çetin; “Türk Hukukunda Memurların Muhakemesi”, İÜHFM, C.XXVI, S.1-4, 1960, s. 81; SELÇUK, Sami; “Memurin Muhakematı Hakkında Kanunu Muvakkat’ın Değerlendirilmesi”, Prof.Nurullah Kunter’e Armağan, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Eğitim, Öğretim ve Yardımlaşma Vakfı Yayını, No:716, İstanbul, 1998, s.300-301.

sisteminin getirilmesinin Anayasa'nın eşitlik ilkesi ve yargı birliği ilkesine aykırılık oluşturduğu kabul edilmektedir³.

Kamu görevlilerinin özel bir soruşturma usulüne tabi kılınmasının, çoğunlukla kamu hizmetinin devamını sağlamak ve idarenin otorite ve kudretinin sarsılmasını önlemek amacıyla benimsendiği anlaşılmaktadır. Ne var ki, bugün çoğu ülkelerde, artık kamu görevlilerinin soruşturulması ve yargılanması bakımından özel hükümlere yer verilmemektedir⁴.

Diğer taraftan, memurlara özgü bir yargılama sisteminin gerekli olduğunu savunanlara göre⁵, devlet erkinin sağlıklı işleyişi açısından o alanda görev yapan memurların olur olmaz şikâyetlerle çalışamaz hale getirilmesinin önüne geçilmesi ve gerektiğinde idarece kendi içinde denetime tabi tutulup şikâyetlerin değerlendirilmesi zaruridir⁶. Kamu görevlileri yürüttükleri görev

³ ÖZTÜRK, s. 56 vd.; Eleştiriler konusunda özet bilgi için bkz., BAŞEL, Ebubekir, Memurlara Özgü Yargılama Sistemi ve Gerekliliği, HUKAB Dergisi, Nisan-Haziran 2013, Sayı: 5, s. 46, (<http://www.hukabdergi.com/p2117/>, erişim 13 06 2015).; 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, C.55-3, s. 58-59; GÖKCAN, Hasan Tahsin-ARTUÇ, Mustafa, Ceza ve Usul Hukukunda Kamu Görevlisi Kavramı ve Özel Soruşturma Usulleri, Seçkin Yayınevi, Ankara 2007, s. 214-215; Ayrıca memur soruşturulmaları bakımından ayrı bir usul getirilmesinin gerekçeleri için bkz. ÇAĞLAYAN, Ramazan, “Memurlar ve Diğer Kamu Görevlilerinin Yargılanmasına İlişkin 4483 sayılı Kanun Hakkında Bir Değerlendirme” Atatürk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.VII, Sa.1-2 (Haziran-2003) s.106 vd. Yine ayrı bir soruşturma usulü getirilmesine yönelik eleştiriler için bkz. ÇAĞLAYAN, s.109 vd; LİVANELİOĞLU, Ömer Asım, “ Memurlar ve Diğer Kamu Görevlilerinin Yargılanması Hakkında Kanunun Eleştirisi”, Ankara Barosu Dergisi, Yıl 57, (2000) S.2, s. 33-43

⁴ ÖZEK, s. 34.

⁵ Memurlara özgü bir yargılama sisteminin gerekli olduğunu savunanların gerekçeleri için bkz. ERDOĞDU, Ahmet; “Memurin Muhakematı Hakkında Kanunun Kaldırılması Özleminde Olanlar”, İdare Dergisi, S.281, 1963, s.61; KAYRA, Macit; “Memurlar Ayrı Muhakeme Usulüne Tabi Olmalı mıdır?”, Siyasi İlimler Mecmuası, S.232, 1950, s.138,139; LİVANELİOĞLU, Ömer Asım; “Ceza Usul Hukukumuzda Memur Yargılamaları”, Ankara Barosu Dergisi, S.1,1995, s.43,44; ARAL, Kemal; “Memurların Vazifelerinden Doğan Suçlarından Dolayı Kovuşturma ve Yargılanmaları”, İdare Dergisi, S.194, 1948, s.106; KEYMAN, Selahattin; “Memurin Muhakematı Kanunu”, AÜHFİD, C.19, S.1-4, 1962, s.176; ORHUN, Hayri; “Türkiye’de Memurların Hukuki Rejimi”, İstanbul, 1946, s.141; KIRMIZIGÜL, Hüsamettin; “Uygulamada ve Teoride Memurlar Hakkında Tahkikat ve Muhakeme Usulü”, Kazancı Kitap Ticaret A.Ş., İstanbul, 1995, s.185, 186; BEŞE, Hakkı Kamil; “Memurlar Hakkında Muhakeme Usulleri”, Ankara, 1943, s.8; KARAVAZİOĞLU, Türker, 4483 Sayılı Kanun’un Öngördüğü Soruşturma Usulleri, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, 2010, s.11; AVCİ, Mustafa, “Memurlar ve Diğer Kamu Görevlilerinin Yargılanması Hakkında Kanun Üzerine Bir İnceleme”, AÜEHFD, C. XI, Sa.3-4, (2007), s. 274 vd.

⁶ Bu görüş sahipleri; memurların geliş güzel basit şikâyet ve ihbarlarla, olur olmaz

nedeniyle pek çok kişi ile ilişki içine girmekte, onların hak ve menfaatine aykırı işlem ya da eylem yapabilmektedirler. Bu durum kişilerin husumetine neden olabilir ve memuru korkutmak, yıldırım gibi asılsız gerekçelerle mahkeme önüne çıkarılmasına yol açabilir. Bunları önlemek için memurların soruşturulmasında özel yöntemler gerekmiştir⁷.

Gerçekten, izin sisteminin bulunmaması durumunda kamu hizmetlerinin devamlı ve sürekli bir şekilde sunulması mümkün olmayabilir. Aynı zamanda, memurların da mesnetsiz iftiralar ile karşılaşma ihtimalini artırarak hem kamu otoritesini sarsabilir, hem de kamu görevlisi açısından sakınca doğurabilir⁸. Nitekim AYM, bu görüşü benimseyerek memurlara özgü yargılama usulünün varlığını Anayasaya aykırı görmemiştir⁹.

bir biçimde yargı önüne çıkarılmasının idarenin otoritesini ve saygınlığını zedeleyeceğini, Memurun eyleminin suç olup olmadığının tespitinin bir uzmanlığı gerektirdiğini, bu bakımdan, memur hakkındaki iddiaların öncelikle kamu görevinin gereklerini, kurallarını ve memurluk psikolojisini iyi bilen kimselerin süzgecinden geçirilmesi gerektiğini, Ülkemizin sosyolojik durumu gereğince ihbar ve şikâyetin adeta meziyet sayıldığı, böyle bir ortamda sık sık ve yersiz şikâyetlerle yargı önüne çıkarılacağı korkusunu yaşayan memurun kendisine karşı güvensiz, çekingen ve kararsız olacağını ve bu korkunun sorumluluk almaktan kaçınmasına yol açacağını, onun için memurlara özgü yargılama usulünün memur için güvence olduğunu, aksi takdirde memurun kendisinin korunmadığı korkusuyla işten kaçacağını veya zamanının büyük bir kısmını mahkemelerde geçireceğinden hizmetin aksayacağını, adli ve idari makamların kuvvetler ayrılığı ilkesinin bir sonucu olarak birbirinin etkisi altında kalmalarının ve adliye karşısında idarenin bağımsızlığını korunmasının gerektiğini, hâkimler için özel bir yargılama usulü getirilirken hâkimler gibi kamu görevi gören memurlar için aynı türden bir usulün getirilmesinin Anayasa'nın eşitlik ilkesine ve adalete aykırı düşeceği şeklinde gerekçelerle bu sistemin devamının yararlı olduğu kanaatini belirtmektedirler. Bkz., BAŞEL, s.46; "Lehteki görüşleri savunanlar daha çok mülki idare amirleri ile idarede görev almış kişilerdir." Bkz., SELÇUK, Memur Yargılaması Hakkında, s.127.; GÖKCAN-ARTUÇ, s. 213-214

⁷ GÜNDAY, Metin, İdare Hukuku, b. 10, İmaj Yayınevi, Ankara 2013, s. 619

⁸ GÜNDAY, s. 619 ; Bu yönde özet görüşler için bkz., GÖKCAN-ARTUÇ, s. 213-214

⁹ Anayasa Mahkemesi konuya ilişkin kararlarında şu anki koruma sisteminin devam etmesi yönünde görüş belirtmiştir. Anayasa Mahkemesi kararlarında ifade edilen gerekçelere göre, bu kovuşturma yöntemi, Yasa'nın kamu görevlilerine görev ve sorumlulukları nedeniyle sağladığı bir tür güvencedir. Bu da kamu hizmetinin iyi işlemesi için düşünülmüş ve düzenlenmiştir. Kamu görevlileri, gördükleri hizmet nedeniyle sık sık baskı altında tutulabileceği gibi suçlama ve karalamalara da uğrayabilirler. Kendisine görevle ilgili üzerine suç atılan bir memurun doğrudan adli yargıya sevk edilmesi, memurları tedirgin ederek hizmeti aksatacağı gibi hizmetin yürütülüşü üzerinde kimi haksız kuşkulara yol açabilir. Bu tür savların önce kamu hizmeti ile kamu görevinin gereklerini ve yükümlülüklerini bilen kimselerin süzgecinden geçirilmesi ve ortada kovuşturmaya değer bir eylem görüldüğünde o zaman yargı yerlerine götürülmesi kamu yararına bir önlem olarak görülmektedir. Anayasa Mahkemesinin ilgili kararları: 27.2.1992, 1991/26 E- 1992/11 K, R.G. 23.11.1992-21414; 5.5.1992, 1992/27 E. 1992/31 K. R.G. 12.03.1993-21522; 04.03.1993, 91/29 E. ve 91/42 K. (Benzer ifadeler için bkz., <https://www.tbmm.gov.tr/tutanaklar/TUTANAK/TBMM/d21/c017/b022/tbmm210170220135.pdf>, erişim 27 Temmuz 2015)

Danıştay da, kamu görevlilerinin özel yargılama usulüne tabi tutulmasına karşı yapılan yoğun itirazlar nedeniyle açıkladığı görüşünde; “Memurların görevlerinden doğan ya da görevleri sırasında işledikleri ileri sürülen suçlarda, özel soruşturma yöntemine tabi tutulmalarının, görevlerinin yerine getirilmesinde her türlü korku ve endişeden uzak tutulmaları yoluyla kamu hizmetlerinin düzenli ve gerektiği biçimde yürütülmesini sağladığı, bu sonucun sağlanmasının memurun şahsı için değil memuriyet görevinin teminatı için olduğu, bu tür bir güvence ihtiyacının, kamu hizmetlerinin birtakım özel ilkelere ve yöntemlere bağlanmış olmasından kaynaklandığı dolayısıyla, memurların özel yargılama usulüne tabi tutulmasının eşitlik ilkesine aykırı olmadığını” ifade etmiştir¹⁰.

Kanaatimizce, bu tartışma anayasal ilkelerle yakından ilgilidir. Kuvvetler ayrılığı ilkesi, demokrasilerde denge ve denetleme sisteminin temel aracıdır. Yasama, yürütme ve yargı erkleri arasındaki güç dengesinin sağlanması ve iktidarın gücünün dengelenmesi ve denetlenebilmesi için yargının yasama ve yürütmeden bağımsız yapılması ana kuraldır.

Memurlara özgü yargılama usulünün varlığını savunmak, yürütmeyi kayırcı nitelikte ve onu denetleme dışı bırakma eğiliminin sonucudur. Yürütmeye egemen olan siyasal gücün hiçbir zaman memur yargılamasındaki bu avantajı bırakmak istememesi de doğaldır. Çünkü yürütme her zaman kamu gücünü kullanarak bağımsız bir etki alanı oluşturma eğilimindedir. Diğer bir üzerinde durulacak nokta ise, özel yargılama usulü ile hakkında soruşturma yapabilmek için izin istenen görevlilerin genellikle görev suçu işlemiş olan kişiler olmasıdır¹¹. Bu tür soruşturmalarda görevleri sebebiyle işlemiş oldukları suçları nedeniyle kendilerine ayrıcalıklı bir koruma sistemi sağlanan kişilerin¹² korunaklı hale gelmesi savunulacak bir durum değildir.

¹⁰ MMHK Hakkında Danıştay’ın Görüşü; “Danıştay Dergisi”, S. 48-49, 1983, s.3-8., KARA-VAİZOĞLU, s. 14

¹¹ Görev suçu ayrımı için bkz., YCGK 17.02.2004 tarih ve 2004/2-10-40; YCGK 15.03.2005 tarih ve YYB-31, 2005/28 sayılı kararlar.

¹² MMHK döneminde o Kanuna yapılan eleştiriler nedeniyle, 4483 sayılı Kanun düzenlenirken kapsama alınansuçlar bakımından daraltma yoluna gidilmiştir. Önceki Kanunda, görev sebebiyle işlenen suçlar yanında görev sırasında işlenen suçlar da kapsamda iken, yeni Kanunda görev sırasında işlenen suçlar kapsama alınmamıştır. Görev sırasında işlenen suç kavramı ile görevle veya görevin yapılmasıyla ilgisi bulunmayan, görevin yapıldığı sırada işlenen suçlar ifade edilmektedir. Yargıtay, kamu görevlisinin görev sırasında işlediği, görevin yapılış biçimine ilişkin dahi olsa, hakaret, tehdit, yaralama veya öldürme suçlarının görev sebebiyle değil, görev sırasında işleneceğini kabul etmiştir. Bkz., ZAFER, Hamide, “4483 Sayılı Memurlar ve Diğer Kamu Görevlilerinin Yargılanması Hakkında Kanunun Değerlendirilmesi”, İstanbul Barosu Dergisi, C.74, Sa. 4, s. 995; GÖKCAN-ARTUÇ, s. 224

Zira, kamu görevlilerine güvence sağlanması adaletsiz sonuçlara yol açmakta, etkili soruşturma yapılmasını engellemekte, onları suç şüphesi altında olan diğer kimselere karşı ayrıcalıklı bir konuma getirmektedir¹³.

¹³ Bayram Oteli kararı; cezasızlık konusunda Anayasa Mahkemesi'nin AİHS ve AİHM içtihatlarını ulusal hukukta tüm yargı ve yürütme organları açısından bağlayıcı olduğunu göstermesi, üstelik bu niteliğin AİHM'in sadece Türkiye'ye ilişkin kararlarından değil, içtihadının bütününden çıkarılması nedeniyle öncü bir karar niteliği taşımaktadır. ALTIPARMAK, Kerem, "Van Depreminin Hukuktaki Artçıları, Anayasa Mahkemesi'nin Bayram Oteli Kararı", TESEV Yayınları, <http://www.tesev.org.tr/assets/publications/file/15012014105617.pdf>, erişim 28.07.2015, s.1-10; 9 Kasım 2011'de gerçekleşen ikinci Van depreminde Bayram Oteli yıkılmış ve 24 kişi yaşamını yitirmiştir. Van Cumhuriyet Başsavcılığı, Ekim 2011'de gerçekleşen ilk depremin ardından gerekli önlemlerin alınmaması olması gerekçesiyle soruşturma başlatmıştır. Soruşturmanın bilirkişi raporu binada hasar tespiti yapmayan ilgili birimleri kusurlu bulmuş, ancak Van Ağır Ceza Mahkemesi, Van Valisi ile Afet ve Acil İşler Daire Başkanlığı (AFAD) görevlileri hakkında görevsizlik kararı vermiştir. Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı da bu kamu görevlileri hakkında kendisine gelen soruşturma dosyasındaki iddiaları dikkate almamıştır. Bunun üzerine, Bayram Oteli'de hayatını kaybeden Selman Kerimoğlu'nun eşi ve çocukları Anayasa Mahkemesi'ne bireysel başvuruda bulunmuştur. Anılan Kararın, yaşam hakkı ihlallerinde devletin cezai soruşturma yükümlülüğünü belirlediği, bir başka deyişle olaya uygulanacak kuralın içeriğini saptadığı 53-62. paragrafları tamamen AİHM içtihadından derlenmiştir. Van Cumhuriyet Başsavcılığı tarafından yürütülen ceza soruşturması sonucunda otel işletmecisi hakkında bilinçli taksirle birden fazla kişinin ölümüne neden olma suçundan Van Ağır Ceza Mahkemesi'nde dava açılmıştır. Vali ve AFAD yetkilileri açısından ise 4483 sayılı Yasanın 3. ve 12. maddeleri uyarınca görevsizlik kararı verilmiş ve dosya Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı'na yollanmıştır. Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı da Van Valisi ve AFAD yetkilileri açısından görevi kötüye kullanmaya ilişkin iddiaların somut bilgi ve belgelere dayanmadığı, ilgililer açısından ön inceleme yapılmasını gerektirecek bir durumun bulunmadığı gerekçesiyle şikâyetin işleme konulmamasına karar vermiştir. İşleme koymama kararına karşı bir itiraz yolu öngörülmediği gerekçesiyle Danıştay 1. Dairesi başvuruçunun itirazını incelemeksizin reddetmiştir. Başvuruda görüş sunan Adalet Bakanlığı, halen idare aleyhine açılan maddi ve manevi tazminat davalarının devam ettiğini hatırlatarak başvuru yollarının tüketilmediğini ileri sürmüştür. Başvurucu ise devletin etkili ve önleyici ceza sistemi kurma yükümlülüğünü hatırlatarak, tazminatın yeterli olmadığını, ceza sorumluluğu açısından da Vali ve AFAD yetkilileri açısından bir şey yapılmasının mümkün olmadığını belirtmiştir. Anayasa Mahkemesi, başvuruçuların cezasızlık iddialarını AİHM içtihadını esas alarak çözümlenmiştir. AİHM Anayasa'nın 17. maddesinde korunan yaşam hakkının iki farklı yükümlülük doğurduğunu belirtmektedir: Esas ve usul ödevleri. Yaşam hakkının esasa ilişkin yönü, bir yandan devlete negatif olarak öldürmeme ödevi yüklerken öte yandan yetkisi altında bulunan kişilerin kamusal makamlar, diğer bireyler ve kendisinden kaynaklanabilecek risklere karşı korunması konusunda devlete pozitif bir ödev yükler. Bu ödev, önleme ödevidir. Yaşam hakkının usuli yönü ise yaşam hakkının ihlal edilmesi halinde gerçekleştirilmesi gereken davranışı düzenlemektedir. Yaşam hakkı ihlallerinin cezalandırılması yükümlülüğü, usuli ödevin bir sonucudur. Bu ödevin layığıyla yerine getirilmemesi de cezasızlık denen olguya vücut vermektedir. Anayasa Mahkemesi, AİHM içtihadını izleyerek yaşam hakkı ihlallerinde gündeme gelen cezalandırma ödevlerini üç farklı seviyede değerlendirmektedir: kural-istisna-istisnadan istisnası. Kural: Ceza Hukukunu İşletme Yükümlülüğü, İstisna: İhmal Nedeniyle Meydana Gelen Ölümler, İstisnadan İstisnası ise doğal afetler söz konusu olduğunda, bu ödevin amacı, kamu görevlilerinin afetin yol açtığı riskleri öngörmesine rağmen gerekli

İhbar veya şikâyetlerden dolayı izin vermeye yetkili merciyeye gönderilen evraka ilişkin anılan Kanun'un 7. maddesi gereğince, yetkili mercinin soruşturma izni vermesi ya da vermemesi yönündeki kararını inceleme süresi dâhil 30 gün içerisinde sonuçlandırması gerektiği ve bu sürenin zorunlu hâllerde 15 günü geçmemek üzere bir defa uzatılabileceği düzenlenmiştir. Ne varki, uygulamada düzenleyici nitelikte olan bu sürelerin aşıldığı, soruşturmaların geciktirildiği görülmektedir. Bunun yanında belirtilen sürelerin makulün üzerinde aşılması durumunda da, evrakın sürüncemede bırakılmaması bakımından Cumhuriyet savcılarının itiraz haklarını kullanmadıkları, evrakın neticesini araştırmadıkları görülmektedir¹⁴.

Öte yandan, soruşturma süreci ceza yargılamasının maddi gerçeği ortaya çıkarması adına en önemli faaliyeti olup, bu süreç içerisinde delil ve bulguların ivedi bir şekilde toplanıp korunması, delillerin karartılmaması için gerekli önlemlerin alınması, bu işlemin CMK'nın öngördüğü çerçevede yapılarak delillerin hukuka uygun bir şekilde toplanması gerekmektedir. Oysa 4483 sayılı Kanun'un 5. maddesi gereğince ön incelemeci olarak atananlar, genel olarak hukuk eğitimi almamış, maddi ceza hukukuna uygun olarak suç nitelmesini bilmeyen, yönetim hiyerarşisi içerisinde yer alan ita amirlerine bağımlı ve etkiye açık kimselerdir. Bu koşullarda olan ön inceleme görevlisinin, bu evrede isnat edilen suçla ilişkin delilleri tam bir bağımsızlık ve tarafsızlık içinde etkili soruşturma ilkeleri bağlamında usulüne uygun olarak toplayıp ortaya koymasını düşünmek kanaatimizce mümkün değildir.

Hal böyle olunca kurulması istenen güvence sistemi bir nevi bu kişiler bakımından ayrıcalık sağlamak anlamına gelebilmektedir. Çünkü normal

önlemleri almayarak ölüme sebebiyet verip vermediklerinin soruşturulmasıdır. Devlet bu soruşturmayı yapmadan sadece mağdurlara tazminat ödeyerek sorumluluktan kurtulamaz. Bir başka deyişle, cezasızlık nedeniyle oluşan mağduriyetin mağdurlara tazminat ödenerek giderilmesi mümkün değildir. Bayram Otelı Davasının ilginç noktalarından biri ihlalin sebebinin uygulamadan çok bir kanun hükmünden kaynaklanmasıdır. 4483 sayılı Memurlar ve Diğer Kamu Görevlilerinin Yargılanması Hakkında Kanun'un 4. maddesinin son fıkrası belirli nitelikleri taşımayan ihbar ve şikâyetlerin Cumhuriyet başsavcılığı ve izin vermeye yetkili merciler tarafından işleme konulmayacağını belirtmekte, bu karara karşı da bir itiraz yolu öngörmemektedir. Bu hüküm Anayasa Mahkemesi'ne göre etkili soruşturmayı imkânsız kılmaktadır. Bayram Otelı kararı da yapısal bir sorunda ihlal tespiti niteliği taşıdığından, benzeri ihlallere engel olacak önlemlerin alınmasını gerektiren bir yarı pilot karar şeklinde okunması gerekmektedir. Burada asli görev yasama organına düşmektedir. 4483 sayılı Kanun'un 4. maddesi cezasızlığa yol açtığı ve etkili bir itiraz yoluna imkân tanımadığı için kaldırılmalıdır. Ayrıntılı bilgi için bkz., ALTIPARMAK, s. 1-10.

¹⁴ HSYK'nın "Soruşturma usul ve esasları" konulu mülga 18/10/2011 tarihli ve (10) No'lu Genelgesi

vatandaş için benzer bir suç bakımından gündeme gelen şüphe üzerine hemen soruşturma başlatılırken, çoğu zaman aynı suçun ortakları olan kamu görevlileri hakkında izin sistemi sebebiyle soruşturma başlatılamamakta ya da çok geç başlatılmaktadır.

Oysa Cumhuriyet savcısı tarafından kamu görevlisinin beyanının alınması kamu görevlisinin lehinedir, görevi gereği şüphelinin lehine delilleri de toplamak olan bu işin eğitimini almış savcılar ilgili kamu görevlisi lehine toplanmasını istediği delilleri de toplayarak mesnetsiz iddiaların sürüncemede kalması ve soruşturmaların gecikmesi önlenerek, kamu görevlilerinin idare tarafından korunduğu algısı da bertaraf edilebilecektir.

Bu arada çok basit iddialarla kamu görevlilerinin rahatsız edilmemesi gerektiği söylenebilir. Bu noktadan hareket edildiğinde, kamu adına hareket eden savcıların iddiaları yerinde ayıklayamayıp çok basit şikâyetlerle ciddi soruşturma gerektiren durumları birbirinden ayıramayacağı gibi bir sonuca ulaşılmaktadır. Bu durumda, memurlar için duyduğumuz kaygıyı normal vatandaş için duymadığımız sonucu çıkmaktadır. Savcıların, ciddi soruşturma gerektiren durumlar ile basit şikâyetleri dahi ayıramayan kişiler oldukları gibi bir varsayıma gidilmektedir. Böyle oldukları varsayılan savcılara karşı kamu görevlileri korunurken, vatandaşların rahatlıkla teslim edilebileceği gibi trajik bir durum ortaya çıkmaktadır. O halde vatandaşın da hukuk güvenliğini sağlamak için ya mevcut savcıların tamamen değiştirilmesi ya da soruşturma yapma sisteminin değiştirilmesi gerekmektedir.

Bu genel değerlendirmelerin ışığı altında, memurlar için öngörülen özel soruşturma ve izin sistemi açısından önemli bir aşama olan ön inceleme aşamasının süreci uzatan ve çok fazla detaylar içeren bir süreç olduğu kabul edilmelidir. Genelde memurlar için öngörülen özel soruşturma usulünün, özeldense bu sistemde yer alan ön inceleme aşamasının ceza soruşturmalarında süreci uzatan ve etkili soruşturma yürütme ilkesine ters düşen nitelikte olduğu kanaatindeyiz.

B. ÖN İNCELEME VE AŞAMALARI

4483 sayılı Memurlar ve Diğer Kamu Görevlilerinin Yargılanması Hakkında Kanun gereğince izne tabi soruşturmalarda idarenin soruşturma izni verip vermeme hususunda yürüttüğü işlemler ön inceleme olarak adlandırılmaktadır. Diğer bir ifadeyle idare soruşturmaya gerek olup olmadığını tespit etmek amacıyla ön incelemede bulunmaktadır.

4483 sayılı Kanun'un 5. maddesine göre, kamu görevlileri tarafından görev sebebiyle işlenen bir suç olduğunu öğrenen soruşturma izni vermeye yetkili merci, olayın araştırılması için bir ön inceleme yaptıracaktır. Maddenin birinci fıkrasına göre, izin vermeye yetkili merci bir memurun veya kamu görevlisinin bir suç işlediğini bizzat veya 4. maddede belirtildiği şekilde öğrendiğinde bir ön inceleme başlatır (m.5/1).

Ön inceleme, bu görevi vermeye yetkili merci tarafından bizzat yapılabilir¹⁵. Bunun yanında kendisi yapmayı görevlendireceği bir veya birkaç denetim elemanı veya hakkında inceleme yapılanın üstü konumundaki kamu görevlilerinden biri veya birkaçı eliyle de yaptırılabilir (m.5/3). Ön inceleme yapacakların, ilke olarak izin vermeye yetkili merciin bulunduğu kamu kurum ve kuruluşunun içerisinden belirlenmesi esastır. Ne var ki, işin özelliği gerektirmesi durumunda ilgili merci, ön incelemenin başka bir kamu kurum veya kuruluşunun elemanlarıyla yaptırılmasını da ilgili kuruluştan isteyebilir. Bu isteğin yerine getirilmesi ise talepte bulunulan ilgili kuruluşun takdirine bağlıdır (m.5/3). Ancak yargı mensupları ile yargı kuruluşlarında çalışanlar ve askerler başka mercilerin incelemelerinde görevlendirilemezler (m.5/4). Ön inceleme ile görevlendirilen kişiler birden fazla ise içlerinden biri başkan olarak belirlenir (m.5/5).

1. Suçun Öğrenilmesi, İhbar veya Şikâyetin Değerlendirilmesi

1. Genel Olarak

İhbar; bir suçla ilgili kendisine bilgi gelen kişinin bu durumu yetkili mercilere iletmesidir. İhbar veya şikâyetin nasıl yapılacağına ilişkin usul CMK'nın 158. maddesinin beşinci fıkrasında gösterilmiştir. Buna göre, ihbarlar sözlü veya yazılı olabilir. Sözlü yapılmışsa ihbarı alan görevli tarafından hemen tutanağa bağlanır. İhbarı alan bir merci hemen, ilgisine göre yetkili idare veya adli mercilere iletmesi gerekir. Şikâyet ise, suçtan zarar gören kimse tarafından yapılan böyle bir suç işlendiğini bildirerek suçu işleyen kişinin cezalandırılması isteğinden ibaret bir başvurudur. Şikâyet de aynı şekilde yazı ile yapılabileceği gibi sözlü olarak da ifade edilebilir. Sözlü olması halinde, başvuru mercii tarafından bir tutanağa bağlanması gerekir.

¹⁵ MMHK döneminde hiçbir mülki amirin bu yetkisini bizzat kullanmamış olması dikkat çekici bir durumdur. Bundan sonra da yetkili mercilerin bu yetkileri bizzat kullanmaları beklenmemelidir. MALKOÇ, İsmail, Açıklamalı-Gerekçeli Memur Yargılaması, Adil Basımevi, Ankara, 2000, s. 82.

4483 sayılı Kanun'un 4. maddesi, kamu görevlilerinin görevleri sebebiyle işledikleri suçlarını yetkili mercilerden önce öğrenen Cumhuriyet başsavcılarını ile diğer makam ve memurların hangi yollarını izleyecekleri, ihbar ve şikâyetlerin içeriğinin nasıl olması gerektiğini ve araştırmaya değer bulunmayan ihbar ve şikâyetler hakkında yapılması gereken hususları düzenlemiştir. Buna göre, bir kamu görevlisinin görev sebebiyle suç işlemesi halinde, konu soruşturma izni vermeye yetkili mercie üç şekilde iletilebilir: a) Olayın doğrudan yetkili merci tarafından öğrenilmesi. b) Olayın Cumhuriyet Başsavcısı tarafından öğrenilmesi ve yetkili mercie iletilmesi, c) Olayın diğer makam ve memurlarla kamu görevlileri tarafından öğrenilmesi ve yetkili mercie iletilmesi.

1.2. Doğrudan Yetkili Mercii Tarafından Öğrenilmesi

Yetkili mercii, kamu görevlisinin görevi sebebiyle işlediği suçu bizzat öğrenmiş olabilir. Olayın yetkili mercii tarafından öğrenilmesi durumunda, yetkili merciiin soruşturmaya başlayıp bitirmesi için öngörülen süre başlamış olur. Suçun soruşturma izni vermeye yetkili mercii tarafından öğrenilmesinin önemi, izin verme süresinin başlaması bakımından kendini gösterir. İzin verme süresi Kanununun 7. maddesine göre yetkili merciiin olayı öğrenmesi ile başlamaktadır¹⁶.

Yetkili mercii, bu suç isnadını bizzat öğrenmişse, onun öğrenmesine sebep olan olayın kendisine geldiği, Cumhuriyet savcısının başvurması ile öğrenmişse evrakın kendisine gönderildiği tarih, öğrenme tarihidir. Diğer makam veya mercii ile kişilerin iletildiği durumlarda ise, bu iletme tarihi, öğrenme tarihi olarak kabul edilir¹⁷. Ancak bu durumun CMK 158/4. maddesindeki sürenin başlayacağı tarihi de etkilediği yönünde görüşler mevcuttur. 158/4. maddeye göre olayın Cumhuriyet savcılığına iletilmesi zorunlu olduğundan, izin verme süresi de Cumhuriyet savcılığı tarafından iznin istendiği yazının tebliği tarihinde başlayacaktır¹⁸.

CMK 158/4. maddedeki düzenlemenin “*kamu kurum ve kuruluşlarına yapılan ihbar ve şikâyetlerin takipsiz kalmaması için Cumhuriyet Başsavcılığına intikalini sağlaması*” amacıyla getirildiği anlaşılmaktadır.

¹⁶ ÇETİN Erol, Açıklamalı-İçtihatlı Ceza Hukukunda ve Özel Yasalarda Memur Memurlar ve Diğer Kamu Görevlilerinin Yargılanma Usulü ve Memur Suçları, Eda Matbaacılık, Ankara 2000, s. 458

¹⁷ GÖKCAN-ARTUÇ, s.257; TBMM Tutanak Dergisi, 2. Dönem, Cilt:17, s.85. Aynı yönde bkz. ÇETİN, s. 456-457

¹⁸ GÖKCAN- ARTUÇ, s. 258

Savcı, suç soruşturmasının asıl sevk ve idarecisidir. Bunun için izin vermeye yetkili mercinin de benzer şekilde kendisine bir suç ihbarı geldiğinde bu konuda izin verip vermemeye yönelik araştırma için çalışmaya başlamakla birlikte, durumdan savcüyü haberdar etmesi 5271 sayılı yeni CMK'nın amaç ve ruhuna da uygundur.

1.3. Cumhuriyet Başsavcısı Tarafından Öğrenilmesi ve İdari Mercilere İletilmesi

4483 sayılı Kanun'un 4/1. maddesine göre, "*Cumhuriyet başsavcıları, memurlar ve diğer kamu görevlilerinin bu Yasa kapsamına giren suçlarına ilişkin herhangi bir ihbar veya şikâyet aldıklarında veya böyle bir durumu öğrendiklerinde ivedilikle toplanması gerekli ve kaybolma ihtimali bulunan delilleri tespitten başka hiçbir işlem yapmayarak ve hakkında ihbar veya şikâyette bulunulan memur veya diğer kamu görevlisinin ifadesine başvurmaksızın evrakın bir örneğini ilgili makama göndererek soruşturma izni isterler.*"

Kanunda dikkat çeken husus, soruşturma yetkisinin Cumhuriyet başsavcılığı makamına değil, başsavcının kendisine verilmiş olmasıdır. YURTCAN'a göre, ceza yargılamasının temel sistematiği içinde savcılıklar makam itibarı ile hizmet veren kurumlar olduğundan burada yetkinin başsavcılık makamına verilmesi daha uygun olurdu. Zira başsavcı herhangi bir nedenle görev başında değilse veya başsavcılık makamına bir atama yapılmamış olması ya da başka bir sebeple boş bulunmakta ise soruşturma gecikmeye maruz kalacaktır¹⁹.

4483 sayılı Kanun'un 12. maddesinde, bu Yasa kapsamındaki memurlar ve diğer kamu görevlileri hakkında hazırlık soruşturması yapacak Cumhuriyet başsavcılıkları belirtilmiş bulunmaktadır. İlgili kamu görevlisi hakkında 12. madde uyarınca soruşturma yetkisi verilmiş olan Cumhuriyet savcısı yetkili merciden soruşturma iznini talep eder. Savcının izin talebinde bulunması için, işlenen suçun özelliğine ve hakkında soruşturma yapılacak görevlinin vasfına göre, izin aşamasından sonraki ceza soruşturması süreci bakımından, kendi görevi kapsamında olan bir husus olmalıdır. Bu yönlerden görevi kapsamında kalmıyorsa, 4483 sayılı Kanun'un 12. maddesine göre kamu görevlisi hakkında yetkili merciden soruşturma izni istemesi düşünülemez. Aynı şekilde, savcının soruşturma yapmaya coğrafi yer olarak da yetkili olması gerekir. Bu nedenle,

¹⁹ YURTCAN, Erdener, "Ülkemizde Memur Yargılaması Kuralları", Yargı Reformu 2000 Sempozyumu, İzmir Barosu Yayını, İzmir 2000, s. 374

ihbar veya şikâyeti alan Cumhuriyet Savcısı olayın kendisinin görevli olmadığını, ya da yer bakımından yetkili olmadığını saptaması halinde, yani başka bir başsavcılığın yetkili olduğu kanısına varırsa, evrakı yetkili yerdeki izin vermeye yetkili mercie değil, yetkisizlik kararıyla ilgili yetkili savcılığa göndermesi gerekir²⁰.

Bir ihbar veya şikâyeti alan savcı, öncelikle suç isnat edilen kişinin, 4483 sayılı Kanun kapsamına giren kamu görevlisi olup olmadığına bakar. Kişinin yaptığı işi, çalıştığı kurumun kuruluş yasasını inceleyip yargı kararlarıyla birlikte değerlendirerek, şüpheli hakkındaki soruşturmanın genel hükümlere göre ya da özel soruşturma usulüne göre yapılacağına değerlendirir²¹.

Hakkında bir ihbar veya şikâyet bulunan kişinin kamu görevlisi olması durumunda bu kez atılı suçun 4483 sayılı Kanun'un 2. maddesinde belirlenen görev sebebiyle işlenen suçlardan olup olmadığına bakılır. Eğer suçun 4483 sayılı Kanun kapsamına girmediği kanısına varılırsa, soruşturma genel hükümlere göre yapılır²².

Öte yandan, 4483 sayılı Kanun'un 2. maddesinde aynı zamanda bu Kanun kapsamına girmeyecek istisnai haller düzenlenmiştir. Buna göre, kanunlarda yer alan özel soruşturma ve kovuşturma usullerine tabi olan kişiler ve suçlar, disiplin hükümleri, ağır cezayı gerektiren suçüstü hali, TCK'da düzenlenen işkence, neticesi sebebiyle ağırlaşmış işkence ve zor kullanma yetkisine ilişkin sınırın aşılması suçları ve Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 161. maddesinin 5. fıkrasında düzenlenen adli görevlerden doğan suçlarda 4483 sayılı Kanun hükümleri uygulanmaz. Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 161. maddesinin 8. fıkrasında da Türk Ceza Kanununun 302, 309, 311, 312, 313, 314, 315 ve 316 ncı maddelerinde düzenlenen suçlar, görev sırasında veya görevinden dolayı işlenmiş olsa bile Cumhuriyet savcılarınca doğrudan soruşturma yapılacaktır²³. Ayrıca 3628 sayılı Yasa da bazı suçlar bakımından istisna öngörülmüş ve izin prosedürü kaldırılmıştır²⁴.

²⁰ GÖKCAN- ARTUÇ, s. 254

²¹ GÖKCAN- ARTUÇ, s. 254

²² GÖKCAN- ARTUÇ, s. 254

²³ Ancak Kanuna göre, 1/11/1983 tarihli ve 2937 sayılı Devlet İstihbarat Hizmetleri ve Milli İstihbarat Teşkilatı Kanununun 26 ncı maddesi hükmü saklıdır.

²⁴ 3628 sayılı Mal Bildiriminde Bulunulması, Rüşvet ve Yolsuzluklarla Mücadele Kanununa göre, bu Kanunda sayılan suçlar bakımından bir iddia gündeme geldiğinde, bu suçlar görev nedeniyle de olsa izin gerekmeyp doğrudan savcılıklarca soruşturma yapılacaktır. Bunlar, mal bildirim suçları, rüşvet, ihtilas, irtikap, zimmete para geçirmek, görev esnasında veya görevinden dolayı kaçakçılık, resmi ihale veya alım-satıma fesat karıştırmak, devlet sırlarının

Cumhuriyet savcısı, kamu görevlisine yükletilen eylem görev sebebiyle işlenen bir suç olmakla birlikte bu suçun zimmet, rüşvet, irtikâp gibi 4483 sayılı Kanun kapsamının istisnası olarak tayin edilen suçlardan olduğu sonucuna varırsa yine soruşturmayı genel hükümlere göre yapar. Ancak, inceleme sonunda atılı suçun kamu görevlisinin görevi sebebiyle işlediği suç olup istisna kapsamında kalan suçlardan da olmadığını belirlerse, 4483 sayılı Kanun hükümlerine göre işlem yaparak izin için yetkili mercie gönderir. Soruşturma izni alınmasını gerektiren bir suç ile karşı karşıya kalan savcı acele toplanması gerekli olan ve kaybolma ihtimali bulunan delilleri tespit ederek dosyayı izin vermeye yetkili mercie gönderir²⁵.

“İvedilikle toplanması gerekli ve kaybolma ihtimali bulunan delil” kapsamında ne gibi deliller bulunmaktadır? “İvedi toplanması gereken delil” deyiminin açılımı nasıl anlaşılmalıdır? Derhal işlem yapılmadığı takdirde bir daha bu delile ulaşamama olasılığı var ve bu delil de eylemin açıklığa kavuşturulması açısından önemliyse, ivedilikle toplanması gerekli delilden söz edilebilir. Örneğin, yargı kararının üzerinden uzun süre geçmesine karşın bir binanın Belediye tarafından yıkılmadığı iddia edilmekte ve şikâyet duyulur duyulmaz da binanın yıkılması için harekete geçilmiş ise, savcı o binanın o tarihe kadar yıkılmadığına ilişkin keşif yaparak binanın fotoğraflarını çekmek suretiyle kaybolma ihtimali bulunan delilleri tespit etmesi gerekir. Bu aşamada, ivedilikle toplanması gerekli ve kaybolma ihtimali bulunan deliller kapsamında tanık dinleyebilir, keşif yapabilir, bilirkişi incelemesi yaptırabilir. Ancak hakkında ihbar veya şikâyet olan kamu görevlisinin ifadesine başvuramayacaktır²⁶. Bu aşamada izin verilmeden soruşturma evresine geçilmesi söz konusu olmadığı için, Cumhuriyet savcısı ancak ivedilikle toplanması gereken ve kaybolma ihtimali olan delilleri toplamak için gerekli ve zorunlu olan hususları yerine getirecektir.

Maddenin içeriğine bütün olarak bakıldığında “ivedilikle toplanması gerekli ve kaybolma ihtimali bulunan deliller” ifadesi açık ve yeterli değildir. Tartışmalara açık bir ifade şeklindedir. Başsavcının ivedilikle toplanmasını gerekli gördüğü bir delil, başka makamlarca gereksiz veya her zaman toplanabileceği

açıklanması veya açıklanmasına sebebiyet vermek veya bu suçlara iştirak gibi yüz kızartıcı suçlardır.

²⁵ Ancak, usul açısından dosya gönderilirken bir sureti çekilip adliyede bırakılması gerekir. Zira bu tür durumlarda soruşturma numarası kapatılmamalı, soruşturma izni verilmez ise kovuşturmayaya yer olmadığına kararıyla, verilirse iddianame ile soruşturma numarası kapatılmaktadır.

²⁶ GÖKCAN-ARTUÇ, s. 255

için toplanmasının aciliyeti olmayan bir delil olarak kabul edilebilir. Ayrıca delilin sadece “*tespit edilmesi*” de sakıncalıdır. Tespitten anlaşılması gereken husus “*olduğu gibi tespit*” ya da “*delilin koruma altına alınacak şekilde detaylandırılması*” hususlarından hangisi olduğu anlaşılmamaktadır. Geçici olarak ülkeye gelmiş bir yabancıнын veya kısa zaman sonra ülke dışına çıkacak olan bir tanığın ifadesini almayı değil de sadece kimliğini ve tanık olduğunu tespit etmekten ibaret şeklinde anlaşılır ise o delilin kaybolma riski söz konusu olur. Buna göre “*tespit*” kavramının sonradan kaybolma ihtimali olan delillerin detayları ile koruma altına alınmasını da gerektirecek şekilde anlaşılması gerekir. Zira toplanan ve kaybolma ihtimali bulunan deliller üzerinde anında inceleme ve bilirkişi görüşü gerektiren durumlar dahi ortaya çıkabilir. Bu durum, analiz ve numune alınması zarureti de doğurabilir. Bu itibarla, “*tespit*” kavramı soruşturmanın amacına uygun ve ölçülü bir şekilde Kanuna uygun olarak her somut olayda geniş biçimde yorumlanabilir²⁷.

Diğer taraftan, şüpheli veya sanığın olayın ilk başlaması ve kamuoyuna yansması üzerine verdiği ilk ifade çok önemlidir. Buna karşılık, başsavcının bu tespit sırasında savunmaya başvuramaması, özellikle şüphelinin sonradan ifade değiştirme ve diğer tanıklarla anlaşıp ifade belirleme tehlikesi varsa o şüphelinin ifadesini neden alamayacağını izahı bulunmamaktadır. Bunun zamana bırakılması halinde diğer tanıklarla uyumlu bir ifadeye dönüştürülmesi ve ispat gücünü kaybedeceği de açıktır. Ayrıca şüphelinin kaçması ve olayın aydınlatılmasının riske girmesi de söz konusu olabilir. Kanun koyucunun başsavcı tarafından şüphelinin ifadesini bu aşamada almasına yasak getirmesinde mantık soruşturma iznini vermek durumunda olan mercileri etki altında bırakmak istememesi olarak düşünülebilir. Ancak kaybolması muhtemel delilleri tespit yetkisini verilip, şikâyet edilenin ifadesini alma yetkisinin verilmemesi doğru değildir²⁸. Başlıca amacı savunma olan ifadenin bu fonksiyonunun da zayıflamasına yol açıldığından, düzenleme isabetli değildir. Bu nedenlerle kamu görevlisinin görevi sebebiyle bir suç işlediği konusunda bir şüphe ortaya çıktığı zaman savcı araştırma yapmalı, delil toplamalı hatta gerekli ifadeleri almalıdır. Yeterli şüphe elde edilir ve kamu davasının açılması gerektiği kanaati oluşursa kamu davasının açılıp açılmayacağı konusunda izin alma yoluna gidilmelidir²⁹. Bununla birlikte, bu aşamada kamu görevlisinin ifadesine başvurulmasını savunmak bu Kanun’un amaç ve ruhu ile çelişmektedir. Kanun, kamu görevlilerinin maruz kalacakları

²⁷ MALKOÇ, s.79

²⁸ YURTCAN, Ülkemizde Memur Yargılaması Kuralları, s. 374

²⁹ MALKOÇ, s.79

gereksiz şikâyetler yüzünden yargı makamları önüne çıkarılma tehdidi altında bulunmalarını önlemek için bu düzenlemeyi yapmıştır.

1.4. Diğer Makam ve Kamu Görevlilerinin Suç Yetkili Mercilere Bildirmesi

4483 sayılı Kanun'un 4/2. maddesine göre, Cumhuriyet başsavcılığı dışındaki diğer makam ve memurlarla kamu görevlileri de, bu Yasa kapsamına giren bir suç işlendiğini ihbar, şikâyet, bilgi, belge veya bulgulara dayanarak öğrendiklerinde durumu izin vermeye yetkili mercie iletmekle yükümlüdürler.

Kanun metnine bakıldığında, diğer makam ve memurlarla kamu görevlilerine gelen şikâyet ve bilgileri sadece izin vermeye yetkili mercie iletmek zorunda oldukları şeklinde anlaşılmalıdır. Bu şikâyet savcıya geldiği gibi diğer makam ve kamu görevlilerine gelebilir. Onlar kendilerine gelen şikâyeti izin vermeye yetkili mercie iletmek durumundadır. Ancak belirtmek gerekir ki, buradaki düzenleme ihbar veya şikâyetin savcılara iletilmesini engelleyen bir durum değildir. Söylenilmek istenen ihbar veya şikâyetin savcının yanında izin vermeye yetkili amire de yapılabileceğidir. Kanunda, savcılığa yapılacak suç duyurularını önleyen veya suçun savcı tarafından öğrenilmesini kısıtlayan bir hüküm yoktur³⁰. Kaldı ki, CMK'nın 158. maddesinde suçun öğrenilmesi, ihbar ve şikâyet ile ilgili hükümler yer almaktadır. Buna göre, suça ilişkin ihbar veya şikâyet, Cumhuriyet başsavcılığına veya kolluk makamlarına yapılabilir. Valiliğe, kaymakamlığa ya da mahkemeye yapılan ihbar veya şikâyet, ilgili Cumhuriyet başsavcılığına gönderilir. Bir kamu görevinin yürütülmesiyle bağlantılı olarak işlendiği iddia edilen bir suç nedeniyle, ilgili kurum ve kuruluş idaresine yapılan ihbar veya şikâyet, gecikmeksizin ilgili Cumhuriyet başsavcılığına gönderilir (CMK, m.158/1,2,4). Yeni CMK, 4483 sayılı Kanun'dan sonra yürürlüğe girdiği için öncelikli olarak dikkate alınmalıdır. Bu şekilde yorumlamanın daha isabetli olacağı kanaatindeyiz.

Hükme göre izni vermeye yetkili mercii de kendisine bildirilen ihbar ve şikâyeti Cumhuriyet savcılığına iletmek zorundadır. Bu nedenle olayın doğrudan izni vermeye yetkili mercii tarafından öğrenilmesi halinde de durum değişmeyecektir. Ancak bu durumda 4483 sayılı Kanun ve CMK 158/4. maddenin birlikte ele alınarak ve çelişkiye düşülmeden yorumlanması

³⁰ YURTCAN, Ülkemizde Memur Yargılaması Kuralları, s. 374; PINAR, İbrahim, 4483 sayılı Kanuna Göre Memur Suçlarında İdari ve Adli Soruşturma Usulleri, b. 2, Seçkin Yayınevi, Ankara 2003, s. 271

gerekmektedir. İzin vermeye yetkili mercii olayı doğrudan öğrenmesi halinde hiçbir şey yapmadan durumu Cumhuriyet savcısına iletmesi beklenemez. İzin vermeye yetkili mercii olayı öğrendiğinde ön incelemeyi başlatacak ve durumu derhal savcıya bildirecektir. Cumhuriyet savcısı kendisine gelen olayın 4483 sayılı Kanun kapsamına girdiğini tespit ederse, ivedilikle toplanması gereken ve kaybolma ihtimali olan delilleri toplayıp, başka hiçbir işlem yapmadan dosyayı soruşturma izni vermeye yetkili mercie gönderecektir.

Önceki Kanun'da (CMUK) yer almayan bir hükmü 5271 sayılı CMK, yeni durumda 158/4. maddesinde öngörmüş bulunmaktadır. Buna göre, kamu kurum ve kuruluşları, yürütülen kamu göreviyle bağlantılı olarak kendilerine yapılan suç ihbar ve şikâyetlerini 'gecikmeksizin' Cumhuriyet başsavcılığına iletmekle yükümlüdürler. Bu düzenlemeden Yasa koyucu tarafından Cumhuriyet savcısının soruşturma evresinde her yönüyle etkin kılınmak istendiği anlaşılmaktadır.

4483 sayılı Kanun'un 4/2. maddesine benzer düzenlemeler, 5237 sayılı TCK'nın 279 ve 280. maddelerinde bulunmaktadır. TCK'nın 279. maddesinin 1. fıkrasında kamu görevlilerinin, 2. fıkrasında adli kolluk görevi yapanların öğrendikleri suçu bildirmemesi, 280. maddesinde ise sağlık mesleği mensuplarının suçu bildirmemesi eylemleri suç olarak düzenlenmiştir. TCK'nun 278. maddesindeki düzenlemenin hem 4483 sayılı Kanun'da, hem de 765 sayılı TCK'da olmayan bir düzenleme olduğu dikkat çekmektedir. Bu maddeye göre, suçu bildirmeme suçunun oluşabilmesi için, suçun işlenmeye devam edilen diğer bir ifadeyle temadi eden bir suç olması gereklidir. Örneğin bir kimsenin kaçırılarak belli bir yerde tutulduğunun bilinmesine rağmen, durumdan yetkili makamların haberdar edilmemesi bu kapsamdadır. Aynı şekilde, mütemadi suç niteliği taşıyan elektrik hırsızlığının işlendiğinden haberdar olunmasına rağmen, durumun yetkili makamlara bildirilmemesi halinde de bu suç oluşturacaktır. İcrası tamamlanmış olmakla birlikte, sebebiyet verdiği neticelerin sınırlandırılması hâlen mümkün bulunan bir suçun yetkili makamlara bildirilmemesi hâlinde de bu suç oluşur. Yine bunun gibi icrası tamamlanmış olan bir hırsızlık sonucunda elde edilmiş olan malların bir depoda saklandığının bilinmesine rağmen, durumdan yetkili makamların haberdar edilmemesi de bu suçu oluşturur³¹.

TCK 278. maddesi, sadece kamu görevlileri için değil, kamu görevlisi olmayanlar için de, işlenmekte olan bir suçtan haberdar olduklarında yetkili

³¹ Bkz., TCK 278. Madde gerekçesi

mercie bildirme yükümlülüğü getirmiştir. Bu yükümlülüğün doğması için, suçun halen işlenmekte olması gerekir; işlenmiş ve bitmiş suçlar için böyle bir yükümlülük bulunmamaktadır³².

4483 sayılı Kanun'un 4/2. maddesi, TCK'nın 279 ve 280. maddeleri hükümleri birlikte değerlendirildiğinde, Cumhuriyet savcısı dışındaki, tüm kamu kurum ve kuruluşlarında çalışan görevlilerin başka bir kamu görevlisinin görevi nedeniyle bir suç işlediğini öğrenmeleri halinde (bir bilgi veya belgeden veya bulgudan haberdar olduklarında) durumu derhal soruşturma izni vermeye yetkili mercie bildirmeleri gerektiği anlaşılmaktadır. Bunlar, öğrendikleri suç ile ilgili hiçbir işlem yapmadan ellerindeki bilgi, belge ve bulguları soruşturma izni vermeye yetkili makama bildirmeleri gerekir. Bu yükümlülüğe uyulmaması, TCK anlamında suç teşkil edecektir³³.

Belirtmek gerekir ki, bu duruma uygun düşmeyen her davranışın suç sayılması da ağır bir durumdur. Kamu görevlilerinin ilgili yetkili makamı tam doğru şekilde tespit etmeleri ve oraya göndermeleri mümkün olmayabilir. Kaldı ki, yasa koyucu da zaten soruşturma izni vermeye yetkili makam yerine sadece yetkili makam ibaresini kullanarak daha geniş tutmuştur. Onlardan soruşturma izni vermeye yetkili makama bildirim yapmalarını beklemek onlara ayrıca yük getirecektir. Bu nedenle, savcılığa göndermelerini yeterli saymak ve bu halde kanunun emrettiği hükme uymuş kabul etmek gerekir.

2. Özel Soruşturma Usulleri Bakımından Kamu İdarelerinin Görev Suçlarıyla İlgili İhbar ve Şikâyetleri Cumhuriyet Başsavcılığına Bildirme Yükümlülüğü

5271 sayılı CMK'nın 158. maddesinin 4. fıkrasına göre bir kamu görevinin yürütülmesiyle bağlantılı olarak işlendiği iddia edilen bir suç nedeniyle, ilgili kurum ve kuruluş idaresine yapılan ihbar veya şikâyet, gecikmeksizin ilgili Cumhuriyet Başsavcılığına gönderilir. Bu düzenlemeyle görev suçları konusunda kamu kurum ve kuruluşlarına bir yükümlülük getirilmiş bulunmaktadır. Maddenin 2. fıkrasındaki valilik, kaymakamlık veya mahkemeye yapılan ihbar ve şikâyetlerin ilgili Cumhuriyet savcılığına gönderilmesine ilişkin kural, genel olarak tüm suçların ihbar ve şikâyeti ile ilgilidir. Oysa 4. fıkradaki bildirim zorunluluğu yalnızca kamu görevlilerinin görevle bağlantılı suçlarına ilişkindir³⁴.

³² GÖKCAN-ARTUÇ, s. 256

³³ GÖKCAN-ARTUÇ, s. 256

³⁴ GÖKCAN-ARTUÇ, s. 608

4483 sayılı Kanun'un 4. maddesini yorumlarken CMK'nın 158/4. maddesi ile birlikte değerlendirmek gerekir. 5271 sayılı CMK, 4483 sayılı Yasadan sonra yürürlüğe girmiş bulunmaktadır. Yasa koyucu, 158. maddenin 4. fıkrası hükmünü, 4483 sayılı Yasanın 4. maddesindeki düzenlemeyi ve diğer özel soruşturma usulleriyle ilgili yasal düzenlemeleri bilerek ve fakat belirli bir maksatla kabul etmiştir. Maddenin 4. fıkrasının gerekçesinde bu düzenlemenin “*kamu kurum ve kuruluşlarına yapılan ihbar ve şikâyetlerin takipsiz kalmaması için Cumhuriyet başsavcılığına intikalini sağlaması*” amacıyla getirildiği belirtilmiştir. Görev suçlarına ilişkin her türlü ihbar ve şikâyetin öncelikle ve mutlaka Cumhuriyet başsavcılığının bilgisine ulaşması gerekmektedir. Bir fiilin 4483 sayılı Yasa ya da özel soruşturma usulüne tabi bir suç veya genel hükümlere göre soruşturulacak bir suçtan hangisi olduğunu değerlendirme ve takdir yetkisi Cumhuriyet savcısına verilmiştir. Bu bakımdan, 4. fıkra hükmü konulurken Yasa koyucu tarafından bilinçli olarak özel soruşturmaya tabi bulunan durumlar istisna tutulmamıştır³⁵.

CMK'nın 158/4. madde ve fıkrasındaki kuralın açıkladığımız anlam ve muhtevası karşısında; 1 Haziran 2005 tarihi sonrasında kamu kurum ve kuruluşlarına, kendi bünyelerinde çalışan kamu görevlileri hakkında bir suç iddiası gündeme geldiğinde bu konudaki ihbar ve şikâyetleri iletme yükümlülüğü öngörülmüştür. Bu madde uyarınca kamu kurum ve kuruluşlarına, kendi bünyelerinde çalışan kamu görevlilerinin görevle bağlantılı olarak işledikleri iddiasıyla yapılan suç ihbarı veya şikâyetlerin “*gecikmeksizin*” yetkili Cumhuriyet başsavcılığına gönderilmesi yasal bir zorunluluk ve adli bir görevdir. Maddedeki ihbar yükümlülüğü; kendi bünyesinde çalışan kamu görevlilerinin görevleriyle bağlantılı olarak işledikleri suçlara ilişkin olup, görevleriyle bağlantılı olmayan suçları kapsamaz. Yine başka bir kuruluşta çalışan kamu görevlisi hakkındaki yahut o kurumda çalışmakla birlikte görevle bağlantısı olmayan kişisel bir suçla ilgili ihbar ve şikâyetlerin bildirilmesi yükümlülüğü bulunmamaktadır. Ancak bu konuda şartları varsa TCK'nın 278, 279 ve 280. maddeleri uyarınca genel nitelikteki suçu bildirim yükümlülüğünün ihlaline dair kuralların geçerli olacağı hatırdta tutulmalıdır³⁶.

Cumhuriyet savcılarının, adli kolluk görevlilerine ve diğer kolluk amir ve memurlarına yürütmekte oldukları soruşturmalarla ilgili her türlü emri verebilecekleri, bütün kamu görevlilerinden bilgi ve belge isteyebilecekleri dikkate alınarak, sözlü veya yazılı istem ve emirlerini yapmakta kötüye

³⁵ GÖKCAN-ARTUÇ, s. 608

³⁶ GÖKCAN-ARTUÇ, s. 608-609

kullanma veya ihmalleri görülen kolluk amir ve memurları ile diğer kamu görevlileri hakkında doğrudan soruşturma yapılacaktır. Bu durumda izin için beklenmesi gerekmez. Bu iddialar, 5271 sayılı CMK'nın 161/5. maddesi uyarınca doğrudan Cumhuriyet savcısı tarafından soruşturularak TCK'nın 257. maddesi gereği kamu davası açılır. Bu durumda anılan 161/5. maddede vali ve kaymakamlar ile en üst dereceli kolluk amirleri dışında bir istisna getirilmediğinden, bu kişiler dışındaki tüm makam ve merciler hakkında Cumhuriyet savcısı tarafından doğrudan soruşturma yapılır.

Evleviyetle belirtmek gerekir ki, ihbar ve şikâyetle konu olan fiil bir suç teşkil etmelidir. İşlendiği ileri sürülen fiil görevin yürütülmesine bağlı olsa dahi suç teşkil etmiyorsa, sözgelimi bir kabahate ilişkin ise ortada CMK'nın 158/4. maddesi anlamında bir yükümlülüğten söz edilemez. Böyle bir durumda gerçekten ortada CMK'nın 158/4. maddesi anlamında bir yükümlülük yoktur³⁷. İkinci olarak, Cumhuriyet savcılığına iletilmesi gereken ihbar ve şikâyetler, “*bir kamu görevinin yürütülmesiyle bağlantılı olarak*” işlendiği iddia edilen suçlara ilişkin olmalıdır. Dolayısıyla, kişisel suç veya görevle bağlantılı olmayan ve fakat görev sırasında işlenen bir suç olmaması, aksine görevin yürütülmesinden doğan bir suç olması gerekir.

Kanaatimizde de, 4483 sayılı Kanun'un 4/2. maddesine göre, Cumhuriyet başsavcılığı dışındaki diğer makam ve memurlarla kamu görevlileri, bir suç işlendiğini ihbar, şikâyet, bilgi, belge veya bulgulara dayanarak öğrendiklerinde durumu izin vermeye yetkili mercie iletceklerinin öngörülmüş olması, bir suç iddiası hakkında nasıl bir seyir izlenmesi gerektiği konusundaki inisiyatifini kullanma açısından yerinde değildir. İzne tabi bir suç olup olmadığının ve özellikle 4483 sayılı Yasanın istisnası sayılan bir suç olarak vasıflandırılıp vasıflandırılmayacağını belirlemek savcının işi olmalıdır.

Son olarak yükümlülüğün hangi kamu kurum ve kuruluşlarını bağlayıcı nitelikte olduğu konusuna da değinmek gerekir. Merkezi idareyi oluşturan tüm kamu idareleri ve bunların taşra örgütleri ve mahalli idareler ile her türlü hizmet yönünden yerel yönetim kuruluşları, KİT'ler, bağımsız kurullar ve benzeri kamu kurum ve kuruluşları bu kapsamdadır. Diğer bir ifadeyle, 158/4. maddenin kamusal faaliyet yürüten ve dolayısıyla personeli kamu görevlisi kabul edilen bütün kamu kurum ve kuruluşlarını kapsadığını kabul etmek gerekir³⁸.

³⁷ GÖKCAN-ARTUÇ, s. 609

³⁸ GÖKCAN-ARTUÇ, s. 609

Görüldüğü üzere, CMK'nın 158/4. maddesi ile getirilen yeni düzenleme karşısında 4483 sayılı Yasanın bu hükmü doğrultusunda değerlendirilmesi gerektiği gibi diğer özel soruşturma usulleri bakımından da aynı hükmün gözetilmesi gerekmektedir³⁹.

3. İhbar ve Şikâyetlerin İçeriği

4483 sayılı Kanun'un 4. maddesinin 5232 sayılı Kanunla değişik 3. fıkrasında, memurlar ve diğer kamu görevlileri hakkında yapılacak ihbar ve şikâyetlerin işleme konulabilmesi için nasıl olması gerektiği anlatılmış, hangi eksiklikler olması halinde işleme konulmayacağı açıklanmıştır. Buna göre, ihbar veya şikâyetlerin soyut ve genel nitelikte olmaması, mutlaka kişi veya olayın belirtilmesi, iddiaların ciddi bulgu ve belgelere dayanması, ihbar veya şikâyet dilekçesinde dilekçe sahibinin tam ve doğru biçimde yazılmış adı, soyadı ve imzası ile iş veya ikametgâh adresinin bulunması gerekmektedir. Şayet soyut, anlaşılması güç, hiçbir anlam ifade etmeyen, konusu anlaşılamayan, belirsiz ifadelerden ibaret ise ihbar ve şikâyet dikkate alınmamaktadır. Ayrıca ihbar ve şikâyetin genel nitelikte olmaması, hangi konuya yönelik olduğunun açık olması da gerekmektedir⁴⁰.

Bir kurumda yapılan işe alımlarla ilgili yazılı sınavda veya mülakatta genel olarak taraflı davranıldığı biçiminde yapılan ihbarlar yeterli değilken, aynı konuda somut olarak görevlinin adı verilerek yaptığı usulsüzlük belirtilmesi ya da uygulanan usulsüz sistemin nasıl icra edildiği anlatılmış ise ihbar dikkate alınabilecektir. Örneğin, mülakatta birinin kayırılıp düşük olan notunu yükseltmek suretiyle sınavda başarılı olarak kabul edilmesi, tayinde özel olarak bir kimsenin gözetilip kollanmış olması gibi somut ve özel nitelikteki ihbarlar işlem yapılabilecek nitelikte kabul edilir. Yine bir ihbar ve şikâyetin kişi veya olayın belirtilmesi suretiyle yapılması öngörülmüştür. Burada “veya” deyimini kullanılmış olması nedeniyle sadece kişi üzerine somutlaştırılmış olabileceği gibi kişiden bahsetmeden soruşturulması gereken olay da somutlaştırılıp bazı özet bilgiler verilerek yapılacak soruşturmaya yol gösterilmiş olması yeterlidir⁴¹. Burada amaç, ihbar ve şikâyetlerdeki

³⁹ GÖKCAN-ARTUÇ, s. 609

⁴⁰ PINAR, s. 271

⁴¹ Bazı yazarlar, kişilerin belirtilmesinin aranmasının ceza yargılamasının temeline aykırı olduğu görüşündedir. Ceza yargılamasında fail belirtilmeden suç duyurusunda bulunmak ve araştırılmasını istemek mümkündür. TCK sisteminde şikâyete tabi suçlar yönünden temelin fiil üzerine oturtulmuş olması failin bilinmemesinin çok önemli olmaması da bunun göstergesidir. Bu nedenlerle somut bir olayın belirtilmesi halinde, ihbar ya da şikâyette kişinin belirtilmemiş olması ihtimalinde de soruşturma izninin verilmesi gerekir. Bkz., YURTCAN, Ülke-

iddiaların ciddi bulgu ve belgelere dayanmasını sağlamak, ihbar ve şikâyetle bulunan kişilerin kim olduğunu açıklamaya yönlendirmek suretiyle bu şartları taşımayan asılsız iddiaları işleme koymayarak ilgili makamları gereksiz yere uğraştırmaktan ve şikâyet edilmek istenen kamu görevlisini rencide etmekten kurtarmaktır.

Kanun'un 4. maddesinin dördüncü fıkrası ise 3. fıkradaki şartları taşımayan ihbar ve şikâyetlerin Cumhuriyet başsavcıları ve izin vermeye yetkili merciler tarafından işleme konulmayacağını hükme bağlamaktadır. Burada belirtilen şartları taşımayan ihbar ve şikâyetler işleme konulmaz ve durum ihbar veya şikâyetle bulunana bildirilir⁴². Bununla birlikte, eğer ihbarda soruşturulması istenen suç ile ilgili iddialar, bunu destekleyen şekilde sıhhati şüpheye mahal vermeyecek belgelerle ortaya konulmuş ise ad, soyadı ve imza ile iş veya ikametgâh adresinin doğruluğu şartı aranmayacaktır. Diğer yandan, isim açıklanmış ise ihbarcı veya şikâyetçinin kimlik bilgilerinin de gizli tutulması gerekmektedir (4/4. fıkra son cümle).

“İşleme konulmama” bir tür karardır. Burada “işlemden kaldırma” diye bir tasarruf söz konusu olamaz. Zira yapılmayan bir işlemin kaldırılması düşünülemez. Bu bakımdan “işleme konulmama” kararının ihbar veya şikâyetle bulunana bildirim gerektirir. Bu aynı zamanda o kişiler için bir hak, savcı veya yetkili diğer merci için de bir mükellefiyettir⁴³. İdarenin bu kararı, bir idari işlemdir. İhbar veya şikâyetin genel ve soyut olup olmadığı noktasındaki takdir yetkisi sınırsız olamaz ve bu karara karşı Anayasa gereği idari yargıda genel hükümlere göre iptal davası açılabilir⁴⁴. Doktrindeki bir görüşe göre⁴⁵; “Yetkili idari merci tarafından verilen işleme koymama kararına karşı, üst amire başvurulabileceği” savunulmakta ise de, kanaatimizce, yetkili idari merciin verdiği “işleme koymama kararı”, soruşturma izni verilmemesi ile aynı sonucu doğurduğundan, Kanun'da soruşturma izni kararlarına karşı

mizde Memur Yargılaması Kuralları, s. 375; Aynı yönde ÖZTÜRK, Bahri - ERDEM, Mustafa Ruhan - ÖZBEK, Veli Özer, Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku, Gözden Geçirilmiş b. 5, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2000, s. 1046; MALKOÇ, s. 80

⁴² TOZMAN, ÖNDER, Türk Hukukunda Memurların Yargılanması, Dicle Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Diyarbakır 2001, s. 137; Hükmün “dilekçenin işleme konulmaması” değil, soruşturmaya başlamayı gerektirecek derecede şüphe olmadığı gerekçesiyle reddedilmesi şeklinde düzeltilmesi gerektiği görüşünde olanlar da vardır. Bkz., ZAFER, s.1001

⁴³ PINAR, s. 273

⁴⁴ KINALITAŞ, Vahit-ASLAN, Fethi, Memurlar ve Diğer Kamu Görevlilerinin Yargılanması Hukuku, Türkiye Kamu-Sen Yayınları, Ankara 2003, s. 24

⁴⁵ KINALITAŞ / ASLAN, s.24.

öngörülen itiraz usulü, işleme koymama kararlarında da uygulanabilmelidir. Nitekim uygulamada da, izin vermeye yetkili merci tarafından verilen işleme koymama kararlarına karşı, Danıştay'a ya da bölge idare mahkemelerine itiraz yoluna gidilmekte ve ilgili yargı yerlerince bu itirazlar değerlendirilmektedir⁴⁶. Danıştay, şikâyetin somut olması, olay, yer ve kişi belirtilmesi durumunda "işleme konulmama" kararına karşı yapılan itirazları kabul etmekte ve işleme konulmama kararını kaldırabilmektedir⁴⁷.

Son olarak ifade edelim ki, 5. maddeye 5232 sayılı Kanunla birinci fıkradan sonra gelmek üzere eklenen ikinci fıkrayla bir istisna getirilmiştir. Bu fıkra hükmüne göre, Cumhuriyet başvuru mercileri ile izin vermeye yetkili merciler ihbar ve şikâyetler konusunda daha önce sonuçlandırılmış bir ön inceleme olması halinde müracaatı işleme koymayacaklar; ancak ihbar veya şikâyet eden kişilerin konuyla ilgili olarak daha önceki ön incelemenin neticesini etkileyecek yeni belge sunması halinde müracaatı işleme koyabileceklerdir.

⁴⁶ İçişleri Bakanlığı Hukuk Müşavirliğinin 6.6.2007 tarihli ve 6717 sayılı Görüşü, <http://hukukgorus.icisleri.gov.tr/bilgibankasi.aspx> (25.04.2010), s.1; Danıştay 2547 sayılı Yükseköğretim Kanunu'nun 53/c maddesi kapsamında verdiği bir kararında, "soruşturma emri verilmesi haline ilişkin ne bir başvuru yolu gösterilmiş ne de bu konuda karar verecek bir merciden söz edilmiştir. Dolayısıyla öğretiler ve içtihatlarla tanımlanan idari işlemin tüm unsurlarını taşıyan soruşturma emri vermeme işlemleri konusunda Kanun koyucu tarafından özel bir yargısal mekanizma öngörülmediğine göre, bu işlemlerin doğal yargı yeri olan idari yargıda dava konusu edilebileceğinin kabulü zorunludur. Aksi halde Türk pozitif hukukunda bu tür işlemlerin denetimini öngören hiç bir mekanizma bulunmadığından tümüyle yargısal bağımsızlığı olan bir işlem türünün ortaya çıkması kaçınılmaz olacaktır." ifadelerine yer vermiştir. Danıştay 8. D. 20.9.2012, 2011/4414 E,2012/6492 K. sayılı kararı. KARAVAIZOĞLU, s. 56.

⁴⁷ AKYILMAZ, Bahtiyar-SEZGİNER, Murat- KAYA, Cemil, Türk İdare Hukuku, b. 4, Seçkin Yayınevi, Ankara 2013, s. 647; Danıştay kararlarında "4483 sayılı Memurlar ve Diğer Kamu Görevlilerinin Yargılanması Hakkında Kanun'un 4 üncü maddesinin üçüncü ve dördüncü fıkralarında; bu Kanuna göre memurlar ve diğer kamu görevlileri hakkında yapılacak ihbar ve şikâyetlerin soyut ve genel nitelikte olmamasının, ihbar veya şikâyetlerde kişi ve/veya olay belirtilmesinin zorunlu olduğu, iddiaların da ciddi bulgu ve belgelere dayanması gerektiği, bu hükme aykırı bulunan ihbar ve şikâyetlerin, Cumhuriyet başvuru mercileri ve izin vermeye yetkili merciler tarafından işleme konulmayacağı ve durumun ihbar veya şikâyetle bulunana bildirileceği, aynı Kanunun 5 inci maddesinde ise izin vermeye yetkili merciin, bu Kanun kapsamına giren bir suç işlendiğini bizzat veya yukarıdaki maddede yazılı şekilde öğrendiğinde bir ön inceleme başlatacağı hükme bağlanmıştır. Dosyada yer alan şikâyet dilekçesinde şikâyetçinin belli, şikâyet konusu eylemlerin somut olduğu, kişi ve olay belirtildiği, iddiaların da ciddi bulgu ve belgelere dayandığı anlaşıldığından, 4483 sayılı Kanunun yukarıda belirtilen hükümleri uyarınca, yetkili merci tarafından bir ön inceleme emri verilmesi, bu emre dayalı olarak ve yukarıda açıklanan eksiklikler giderilerek ön inceleme raporu düzenlenmesi, ön inceleme raporu da göz önünde bulundurulmak suretiyle soruşturma izni verilmesine veya verilmemesine ilişkin bir kararın tesis edilmesi" şeklinde emsal uygulama yapıldığı görülmektedir. (Örnek, Danıştay 1. D. 9.12.2014 tarihli ve 2014/2015 E - 2014/1784 K. sayılı kararı)

4. Suçun Öğrenilmesi Üzerine Değerlendirme Yetkisinde İnisyatif

4483 sayılı Kanun kapsamında yetkili olan merci, kamu görevlilerinin görevleri sebebiyle bir suç işlediklerini öğrenmesi üzerine ön incelemeyi başlatması gerekmektedir. Şikâyet aynı zamanda Cumhuriyet savcısının önüne gelmiş de olabilir. Bu durumda o da kendine göre acil olan delilleri toplayıp izin vermekle yetkili mercie gönderecektir. Kanun iki tarafını da açık bırakarak kimin önüne gelmiş yetki kullanmasına müsaade eden bir açıklıkta düzenlenmiş olması sebebiyle aynı zamanda bir boşluğa da fırsat vermiştir. Benzer durumdaki şikâyetlerin bir savcı önüne gelmesi ile izin vermekle yetkili idari merciin önüne gelmesi arasında yetki kullanma bakımından farklar olabilecektir. Savcının çok ciddi olarak niteleyebileceği ve derinlemesine soruşturma yapmayı hatta organize yönleri olduğundan şüphe ederek kolluk ile bütün halde kapsamlı bir soruşturma yapmayı düşünebileceği bir olayda idari merci çok kısa bir araştırma ile konuyu kapatması ihtimali de olabilir. Bu nedenle soruşturmanın ilerlemesine yönelik takdir bakımından inisiyatifin kimde olacağı hususu önemlidir.

Kanun'un 5. maddesinin birinci fıkrası, *“izin vermeye yetkili merci, bu Kanun kapsamına giren bir suç işlediğini bizzat veya yukarıdaki maddede yazılı şekilde öğrendiğinde bir ön inceleme başlatır.”* şeklinde olup fıkra sonu *“başlatır”* kelimesi ile bitirilmiş olması sebebiyle ön incelemenin başlatılmasının zorunlu olduğu açıkça görülmektedir⁴⁸.

Bu safhada henüz bir ceza soruşturması başlamış sayılacak mıdır? Bu sorunun cevabı bu dönemde inisiyatifin kimde olacağı hususuna da cevap teşkil edecektir. Usulüne uygun olarak verilecek bir ön inceleme emri ile ancak bir ön inceleme başlatılabilir. Yasada *“ön inceleme”* olarak ifade edilen bu husus, aslında eski uygulamada görülen *“soruşturma emri”* benzeri bir görevlendirme söz konusudur. 4483 sayılı Kanun *“soruşturma”* deyimini yerine *“ön inceleme”* deyimine yer verilmiştir. Kanuna göre bir süzgeç öngörülmesi olsa bile esas soruşturma Cumhuriyet başsavcılığı tarafından yapılacaktır. Ancak bir görüşe göre, ön inceleme yetkisinin, soruşturma yetkisine benzer ve eşdeğer olduğu, Kanun'un 6. maddesinin ifadesinden de anlaşılmaktadır. Zira ön inceleme ile görevlendirilenler bu Kanunda hüküm bulunmayan hallerde CMK'ya göre işlem yapacakları öngörülmesi bulunmakla bazı soruşturma yetkilerini kullanmalarına yetki verilmiştir. Bu bağlamda, hakkında inceleme yaptıkları kamu görevlisinin ifadesini alacaklar; inceleme konuları ile ilgili

⁴⁸ PINAR, s. 275

bilgi ve belgeleri toplayacaklardır. Bütün bunlar yapılan işin bir incelemeden ziyade “soruşturma” olduğunu göstermektedir⁴⁹.

Farklı bir görüşe göre ise, yürürlükten kaldırılan MMHK'nın 2. maddesi soruşturmacıların tahkikatlarını usul kanunu uyarınca hazırlık tahkikatına esas olan hükümlere göre yapacaklarını öngörmüştür. 4483 sayılı Kanun ile getirilen sistemde ise bir hazırlık tahkikatından bahsetmek mümkün değildir. Sadece yetkili merciin soruşturma yapmak üzere Cumhuriyet başsavcılarının izin verip vermemek üzere yaptırdığı bir ön incelemeden bahsedilmektedir⁵⁰. 4483 sayılı Kanun'da MMHK'dan farklı olarak adli soruşturmaya kadar geçen sürece “ön inceleme” denilmektedir. MMHK'da bu sürece “ilk soruşturma” deniliyordu. Yapılan bu değişiklik ile adli yargılamasının asıl olduğu, kanun ile getirilen mekanizmanın ise soruşturma kavramından farklı bir süreç, bir idari inceleme niteliği taşıdığı belirtilmektedir⁵¹. Kanaatimizce de, bu sürecin bir idari inceleme mahiyetinde olduğu kabul edilerek buna göre çerçevesinin belirlenmesi gerekir.

5. Ön İnceleme Yapmaya Yetkili İdari Makam ve Görevliler

5.1. Genel Olarak

4483 sayılı Kanun'un 6. maddesine göre ön inceleme ile görevlendirilen kişi veya kişiler, bakanlık müfettişleri ile kendilerini görevlendiren merciin bütün yetkilerine sahiptir. Ön inceleme görevi yerine getirilirken kullanılacak yetkiler konusunda öncelikle 4483 sayılı Yasa hükümlerine başvurulması gerekir. Burada hüküm bulunmayan hallerde 5271 sayılı CMK uyarınca işlem yapılacağı anlaşılmaktadır.

CMK'ya yapılan atıfla ilgili üzerinde durulması gereken en önemli sorun, 4483 sayılı Kanun'un 6. maddesine göre bu Kanun'da hüküm bulunmayan hallerde CMK'ya göre işlem yapılacağı belirtildiğine göre bu atfa dayanarak CMK'da yer alan hangi yetkileri ne kadar kullanabileceği hususudur. Ayrıca Cumhuriyet savcısına verilmiş yetkilerin doğrudan ön inceleme görevlisi tarafından kullanılıp kullanılmayacağına açıklığa kavuşturulması gerekecektir. Ön inceleme görevlisinin bazı yetkileri doğrudan kullanmasında bir tereddüt bulunmamaktadır. Örneğin, şüpheli ve ihbarcı veya

⁴⁹ ÖZTÜRK-ERDEM-ÖZBEK, s. 1044; PINAR, s. 280

⁵⁰ İGDELER Serdar - SUNTAY Yusuf, “Memurlar ve Diğer Kamu Görevlilerinin Yargılanması Hakkında Kanunun Uygulanması”, Türk İdare Dergisi, Sa. 426, 2000, s. 24

⁵¹ ASLAN, Onur Ender, Memurların Yargılanması Hakkındaki Yeni Yasa Üzerine Düşünceler, Amme İdaresi Dergisi, C. 33, Sa. 1, Mart 2000, s. 71; TOZMAN, s. 138

şikâyetçiyi dinleme, tanık ifadesi alma, keşif, bilirkişi incelemesi gibi işlemleri yapabilecektir. Bazı yazarlar ise 4483 sayılı Kanun'un CMK'ya yaptığı bu yollamayı çok geniş yorumlamaktadır. Ön inceleme görevlisinin Cumhuriyet savcısının sahip olduğu tüm yetkilere sahip olduğunu; yani şüphelinin evinde arama kararı verebileceğini, hâkimden alınması gereken kararları doğrudan talep edebileceğini, tutuklama ve yakalama kararı isteyebileceğini savunmaktadırlar⁵².

Ancak yeni CMK'nın yürürlüğe girmesinden sonra ve özellikle Memur Yargılaması sisteminin tahkik sistemini bırakıp izin sistemini kabul etmiş olması da göz önüne alınarak ön inceleme görevlisinin Cumhuriyet savcısının sahip olduğu bütün yetkileri kullanmasını kabul etmek artık mümkün değildir⁵³. Bilindiği gibi, yürürlükten kaldırılan Memurin Muhakematı Hakkında Kanunu Muvakkat (MMHK) döneminde idari teminat olarak tahkik (soruşturma) sistemi kabul edilmekteydi. Şimdi ise, 4483 sayılı Yasa ile öncekinden farklı olarak izin sistemi benimsenmiştir. Buna göre izin verilene kadar devam eden işlemler bir soruşturma değildir. Soruşturma yapılmasına izin verilip verilmeyeceğini belirlemek için yapılan bir ön araştırmadır. Bu araştırma sonucunda eğer soruşturma yapılması yerinde görülürse izin verilmesi ile Cumhuriyet savcısının soruşturma yetkisi başlamaktadır. Dolayısıyla hakkında kolaylıkla soruşturma yapılmasını diye getirilen bir güvence sistemi olarak işletilen bu süzgeç mahiyetindeki aşamada kamu görevlisi hakkında koruma tedbirlerinin uygulanması da kabul edilemez. İzin vermeye yetkili makam izin verene kadar bir soruşturma yapılması yasağı olduğuna göre bu izin kararı verilip verilmeyeceğini belirlemek amacıyla yapılan ön inceleme görevlisinin yaptığı işlemler de bir tahkik (soruşturma) değildir. O sadece kendisine verilen görev kapsamında toplanması gereken tüm delilleri toplamakla sorumludur. Bu bağlamda öncelikle şikâyetçi veya ihbarcıyı daha sonra da hakkında ön inceleme yapılan kamu görevlisini dinlemesi gerekir⁵⁴.

Konuyu daha açık görmek bakımından izin sistemi ve tahkik sisteminin neler öngördüğüne kısaca göz atmakta yarar vardır.

⁵² YURTCAN, Erdener, Ceza Yargılaması Hukuku, b. 11, Vedat Kitapçılık, Ankara 2005, s. 600; ZAFER, s. 1015-1016; KINALITAŞ-ASLAN, s. 40-64; PINAR, s. 281-289; ÇETİN, s.464-465

⁵³ GÖKCAN-ARTUÇ, s. 293

⁵⁴ GÖKCAN-ARTUÇ, s. 293

5.2. İdari Güvence Olarak Esas Alınan Sistemler

a. Tahkik (Soruşturma) Sistemi

Tahkik (soruşturma) sisteminde, savcı yerine geçen idari makamlar, eski adıyla hazırlık soruşturması adı verilen evrede suç şüphesinin başlamasından davanın açılmasına kadar bütün safhalara egemen olmak suretiyle savcı yetkilerini kullanmaktaydı. Bu sistemde, hazırlık soruşturması idari makamlarca yapılmakta ve yargılama yapılmasını gerekli görmeleri halinde doğrudan mahkemeye başvurulmaktaydı. Bu şekilde idari makamlar, Cumhuriyet savcısı yerine geçerek hem hazırlık soruşturmasını yapmakta, hem de evrakı doğrudan mahkemeye göndermek suretiyle soruşturan makam tarafından kamu davası açılmaktaydı.

3206 sayılı Kanun'dan önce MMK'nın 2. ve 6. maddeleri karşısında, soruşturmacılar, sorgu yargıçları yetkisiyle donatılmışlardı ve ilk soruşturmayı yapıyorlardı. Kural olarak, soruşturmacı sorgu yargıcının bütün yetkilerini kullanabiliyordu. Ancak tutuklama, elkoyma, arama gibi işlemler için yargıca başvurusu gerekiyordu. Ancak 3206 sayılı Kanun'un 83. maddesi ile ilk soruşturma kaldırıldığından ve yasalarda geçen ilk soruşturma hazırlık soruşturması olarak algılanacağından, artık soruşturmacılar sorgu yargıcı değil, Cumhuriyet savcısı; yaptıkları da ilk soruşturma değil, hazırlık soruşturması niteliğine dönüşmüştü⁵⁵.

Yürürlükten kaldırılan MMHK'nın 2. maddesinde Ceza Muhakemesi Usulü Kanunu çerçevesinde hazırlık soruşturması yapmak üzere bir soruşturmacı görevlendirilmesinden söz edilmekte ve ayrıca 6. maddede ise hazırlık soruşturmasıyla ilgili olarak usul Kanunu hükümlerinin uygulanacağı belirtilmekteydi. Tahkik sisteminde yürütülen inceleme bir nevi savcının hazırlık soruşturması yerine geçmekte ve bu inceleme sonunda idari makamların kararı kamu davası açan iddianame yerine geçmekte idi. Dolayısıyla, MMHK yürürlükte iken Cumhuriyet savcısının soruşturma aşamasında sahip olduğu CMUK'dan kaynaklanan yetkilerini idari incelemeyi yürüten yetkililerin kullanmasını savunmanın yasal dayanağı ve mantıksal bir zorunluluğu vardı. Oysa yeni Kanunda (CMK) ise bunlar yer almamaktadır⁵⁶.

b. İzin Sistemi

Bu sistemde, kamu görevlisinin görevi sebebiyle işlediği suçlardan dolayı hakkında adli soruşturmaya başlanabilmesi yetkili merciin iznine

⁵⁵ SELÇUK, Memur Yargılaması Hakkında, s. 111

⁵⁶ GÖKCAN-ARTUÇ, s. 293

bağlıdır. İzin, siyasal ve sosyal nitelikte yetkili bir kamu merciin ceza davasının yerindeliliğini onaylayan bir irade birimi olarak tanımlanabilir. İzin bir dava şartı olup, izin verilmezse savcı dava açamaz. Dava açılmış ise, yargılamanın durmasına karar verilir ve ön şart olan izin eksikliği tamamlanır⁵⁷.

02.12.1999 tarihinde yürürlüğe giren 4483 sayılı Kanun önceki Kanun'dan farklı olarak idari güvence sistemlerinden “*tahkik sisteminden*” ayrılarak “*izin sistemini*” öngörmüştür. İzin sisteminde bir ceza soruşturması başlamamış olup, ancak izin verildikten sonra başlayacaktır. Bu sistemde soruşturma yapma yetkisi temelde yine Cumhuriyet savcısına ait olmakla birlikte, kamu görevlisi hakkında göreviyle ilgili bir suçtan dolayı soruşturmanın başlayabilmesi için idare makamların izni gerekmektedir. Genellikle, iznin bir soruşturma ve kovuşturma şartı olduğu kabul edilmektedir⁵⁸. Dolayısıyla izin verilene kadar bir ceza soruşturmasının bulunmadığının altını çizmek gerekir. Diğer yandan Anayasanın 129/son maddesinde de “...*ceza kovuşturması açılması, ... idari merciin iznine bağlıdır*” denilerek iznin kovuşturma için ön koşul olduğu ifade edilmektedir. Burada ön inceleme görevlisinden beklenen şüphelinin üzerine atılan suçun kamu davasının açılması için gerekli olan yeterli delilleri toplamak değil, bu isnadın soruşturmaya değer olup olmadığını belirlemektir⁵⁹. Dolayısıyla henüz ceza soruşturması başlamamıştır.

Kamu görevlisinin eylemi hakkında, soruşturma yapılıp yapılmaması ve yargılama aşamasına geçilip geçilmeyeceğini izin merciinin değerlendirmesi gerekmektedir. Burada verilecek izin bir yargılama koşuludur. Aslında dava açılması için tüm nedenler bulunmakta, sadece (izin) yargılama koşulu eksik bulunmaktadır. İzin verilmemesi halinde soruşturma evresi başlatılamamakta, dolayısıyla dava açılmamaktadır⁶⁰. Mercii bu konudaki yetkisini, eylemi gerçekleştirdiğinden kuşkulanan kimsenin kişiliğine göre değil, yalnızca kamu yararı ölçütüne göre kullanacaktır. Yargıtay kararlarında izin verilmesinden sonra ceza soruşturmasının başlayacağı belirtilmektedir⁶¹.

⁵⁷ KARAVAİZOĞLU, s. 16

⁵⁸ DEMİRBAŞ, Timur, Ceza Hukuku Genel Hükümler, b. 3, Seçkin Yayınevi, Ankara 2005, s. 191

⁵⁹ GÖKCAN-ARTUÇ, s. 294

⁶⁰ ÖZEK Selçuk, Türk Hukukunda Memurların Muhakemesi, İÜHFİM, 1960, C. XXVI, Sa.1-4, s. 21; Nakleden, GÖKCAN-ARTUÇ, s. 293-294, METİN, Ayhan, Türkiye’de Memurların Soruşturulması ve Yargılanması Rejimi, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul 2005, s. 6

⁶¹ GÖKCAN-ARTUÇ, s. 294, “...4483 sayılı Yasa kapsamı içerisindeki görevliler ve suçlar bakımından ceza soruşturması açılabilmesini ‘izin koşuluna’ bağlamıştır. Başka bir anlatımla

Danıştay'ın bir kararında da idarenin yaptığı işlemin hazırlık soruşturması olmadığı vurgulanmıştır⁶².

4483 sayılı Kanun'un 6. maddesinde, ön inceleme görevlisinin, “bakanlık müfettişleri ile kendisini görevlendiren idari merciin” yetkilerini haiz olduğu ifade edilmektedir. Bu durumda bakanlık müfettişleri ile idari merciin adli soruşturma yetkisi bulunmadığına göre, bu yetkiler sadece idari disiplin soruşturması veya idari araştırma, inceleme için verilmiş yasal yetkiler olarak kabul edilmesi gerekir⁶³. Bütün yetkilerden anlaşılması gereken, yetkili merciin veya müfettişlerin ön soruşturma ile ilgili kanuni olarak sahip oldukları örneğin, görevden uzaklaştırma, bilirkişi dinlemek, savunma almak gibi tüm yetkililerdir. Bu itibarla, örneğin yetkili merciin sahip olduğu atama veya düzenleme ya da disiplin cezası verme yetkilerine sahip olduklarını düşünmek mümkün değildir⁶⁴. Özet olarak izin sisteminde, ceza soruşturması tamamen idare tarafından yapılmayacak, ceza soruşturmasına geçilmesi için idare tarafından izin verildikten sonra soruşturma genel hükümlerde olduğu gibi Cumhuriyet savcısı tarafından yapılacaktır. Cumhuriyet savcısı izin aşamasından sonra soruşturmayı bizzat yaparak ve CMK'dan kaynaklanan yetkilerini kullanarak gerekli delilleri toplayıp kamu davası açmayı gerektirecek nitelikte yeterli şüpheye ulaşırsa iddianame düzenleyecektir.

4483 sayılı yasa hükümleri uyarınca gerekli soruşturma izninin alınamaması halinde ceza soruşturması başlamadığı için, suç işlendiği yolunda yapılmış olan ihbar veya şikâyetler hakkında takipsizlik kararı da verilemeyecektir.” Bkz., 4.CD. 3.5.2006, 433/10350 ve 4.CD. 28.5.2006, 4098/13142 sayılı kararları.

⁶² Danıştay 1. Dairesi, E. 2004/137, K 2004/240 sayılı Kararı; 4483 sayılı Kanunla memurların işlemiş oldukları suçlarla ilgili olarak il ve ilçe idare kurulları ile Danıştay 2. Dairesine mülga Memurin Muhakematı Hakkında Kanun uyarınca verilen hazırlık soruşturması yapma yetkisinin alındığı ve bu yetkinin artık Cumhuriyet başsavcılıklarına devredildiği, dolayısıyla da yukarıda açık hükmüne yer verilen maddeye de, ön inceleme ile görevlendirilenlerin yapmış oldukları iş ve işlemlerin hazırlık soruşturması olmayıp, hazırlık soruşturmasına esas bilgi ve belgeleri toplamaktan ibaret olduğu kuşkusuzdur.

⁶³ GÖKCAN-ARTUÇ, s. 295; ÇAĞLAYAN, s. 120

⁶⁴ Nitekim maddenin TBMM Genel Kurulu'nda görüşülmesi sırasında aynı konuda tereddütlerin giderilmesi amacıyla sorulan bir soruyu cevaplandıran Adalet Bakanı, ön inceleme yapılması konusunda yetkili merciin bir görevlendirme yaptığını, bu görevlendirmenin, hakkında suç isnadı bulunan bir memur veya kamu görevlisini, o suçu işleyip işlemediği konusunun araştırılması ve incelenmesinin olduğunu, örneğin 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu'nun 137. ve sonraki maddelerine göre memur veya kamu görevlisini görevinden uzaklaştırabileceklerini; fıkrada kastedilenin, bu olduğunu ön inceleme yapacakların bu çerçevede içerisinde yetkili olmalarının söz konusu olduğunu açıklamıştır. TBMM Tutanak Dergisi, C.20, 3.Oturum, Birleşim, 22, 18.11.1999, s. 177-178, Aktaran, TOZMAN, s. 140; PINAR, s. 282

4483 sayılı Kanun'un 12. maddesinde “*hazırlık soruşturması genel hükümlere göre savcı tarafından yapılır*” denilmekte; 12/2. maddesinde de hazırlık soruşturması sırasında hâkim kararı alınmasını gerektiren hususlarda hangi hâkimin yetkili ve görevli olduğunu belirlemektedir. Burada Kanun koyucunun asıl amacı, hâkimden karar talep etmek için ön inceleme görevlisine de yetki vermek olsaydı, bunu açıkça düzenler ve ön inceleme görevlisi tarafından talep edilmesi durumunda da görevli ve yetkili hâkimi belirleyen hükümler koyabilirdi⁶⁵.

6. maddenin ilk fıkrasının son cümlesinde de ön inceleme görevlisinin “*yetkileri dâhilinde bulunan gerekli bilgi ve belgeleri toplayıp*” rapor düzenleyeceklerinden söz edildiğine göre buradan ön inceleme işlemleri sırasındaki bilgi ve belge toplamanın “*yetkileri dâhilinde*” olduğu anlaşılmaktadır. Buna göre, Kanun'un 6. maddesinde CMK hükümlerine yapılan atıf, Cumhuriyet savcısının yetkilerini kullanma anlamında olmayıp, idari soruşturma sonunda yapılacak değerlendirme için gerektiği ölçüde benzer usul işlemlerini yapabilme anlamına gelmektedir. Dolayısıyla, bu yetkinin Cumhuriyet savcısının kolluk görevlileri ve hâkimden çeşitli tedbir ve isteklerde bulunma konusunda sahip olduğu tüm soruşturma yetkileri olduğu söylenemeyecektir⁶⁶.

6. Ön İnceleme Görevinin Başlaması ve Süreç

6.1. Genel Olarak

Ön inceleme, o konuda izni vermeye yetkili mercinin emriyle başlar. Bu emir “*ön inceleme izni*” olarak ifade edilir. Ön inceleme izni vermeye yetkili mercii, 4483 sayılı Kanun'un kapsamına giren bir suç işlendiğini bizzat veya ihbar ya da şikâyet yoluyla öğrendiğinde bir ön inceleme başlatır. Ön inceleme emri, hakkında ön inceleme yapılacak görevlinin kim olduğu ve isnat edilen suç konusunda bazı ayrıntıları içermesi gerekir. Hakkında ön inceleme yapılacak memur veya kamu görevlisinin adı soyadı, üzerine atılı suçlamanın ne olduğu, bu suçlamayla failin arasındaki bağlantının mahiyeti açıkça gösterilmelidir.

Ön inceleme her durumda bir “*ön inceleme emri*” ile başlamaz. Bazı hallerde “*görevlendirme*” ile başlar. Ön incelemenin, İçişleri Bakanlığı merkez denetim elemanlarınca yapılacağı durumlarda verilecek emir ön inceleme emri olarak değil, “*görevlendirme*” olarak ifade edilir.

⁶⁵ GÖKCAN-ARTUÇ, s. 294

⁶⁶ GÖKCAN-ARTUÇ, s. 295

Ön inceleme emri açık ve net bilgiler içermesi gerekir. Hangi suçun veya suçların inceleneceğinin net bir şekilde ortaya konulması gerekmektedir. Danıştay kararında⁶⁷, verilecek ön inceleme emrinin hangi kişi veya kişiler hakkında ve hangi eylem veya eylemlerinden ötürü yapılacağı, ayrıca kimin veya kimlerin ön inceleme yapacaklarının gayet açık bir şekilde belirtilmesi gerekliliği üzerinde durulmuştur. Ön inceleme kararında, isnat edilen suç, suç yeri ve zamanı, hakkında ön inceleme yapılacak görevlinin adı, soyadı, görevi ve açık adresi, ön incelemeyi yürütecek olanın adı, soyadı ve görev unvanı belirtilir. Ön incelemenin süreler dikkate alınarak yapılıp raporun verilme tarihinin bulunması ve onayın yetkili merci tarafından imzalanması şarttır⁶⁸.

4483 sayılı Kanun'un 7. maddesine göre soruşturma izni vermeye yetkili mercinin olayı öğrendiği tarihten itibaren, ön inceleme de dâhil 30 gün içinde soruşturma izni hakkında kararını verir. Süre bir defalığına 15 gün uzatılabilir. Olay, izni vermeye yetkili mercie doğrudan ulaşırsa bu tarihte, Cumhuriyet başsavcılığı tarafından izin için gönderildiği tarihte veya başka bir kurum veya kuruluşa yapılan ihbar ve şikâyetlerde, yazının izin vermeye yetkili mercie ulaştığı tarih sürenin başlangıcı olarak kabul edilir. Bu süreler içinde öngörülen tüm işlemler tamamlanmalıdır. Ancak Kanunda öngörülen bu süre, hak düşürücü bir süre değildir. Bu süreler, düzenleyici sürelerdir. Sürelerin aşılmasının bir yaptırımını bulunmamaktadır. Süre aşılması halinde de mutlaka olumlu veya olumsuz karar verilmesi gerekmektedir⁶⁹.

Uygulamada ön incelemede yerine getirilecek bütün bu işlemlerin otuz veya en çok kırk beş günlük süreler içinde çok zor tamamlandığı hatta tam olarak tamamlanamadığı görülmektedir⁷⁰. İfade alma ve sürenin kesinliği karşılaştırıldığında süre şartını getiren hükme öncelik verilmesi gerekir. Çünkü 4483 sayılı Kanunun genel gerekçesinden hızlı soruşturma yapılması amacıyla bu iki kesin hükümden 7/2. maddesindeki hükmün önce geldiğini, onun uygulanması ile 6. maddedeki ifade almanın uygulanmamış olması Kanun'un sistemine uygun olacaktır⁷¹. Bu nedenle ifade alınmaması, belki 7. maddenin 2. cümlesindeki 15 günlük süre uzatımının gerekçelerinden biri

⁶⁷ Danıştay 2. Dairesi, 01.10.1973 tarihli ve E. 1973/573, K. 1973/1861 sayılı kararı; Aktaran PINAR, s. 281

⁶⁸ PINAR, s. 281

⁶⁹ ÇETİN'e göre, bu sürede karar verilmemiş olması, soruşturma izninin verilmemiş sayılmasına eşdeğerdir ve ilgililerin itiraz hakları vardır, aynı zamanda duruma göre yasanın emredici hükmünü ihlal mahiyeti taşıması halinde görev suçu oluşabilecektir. Bkz., ÇETİN, s.466-467

⁷⁰ PINAR, s. 210

⁷¹ ÇETİN, s. 464

olacaktır, ama her halde ifadenin alınması için 45 günlük sürenin aşılması mümkün olmayacaktır. Zira ifade almanın hazırlık soruşturması aşamasında CMUK bakımından da zorunlu olmaması, dava açılması için bile kimliğin açıkça belli olmasının yeterli bulunması bizi yine bu sonuca götürecektir⁷².

4483 sayılı Kanun'un 7. maddesinin 2. fıkrasında ise; *“Yetkili merciin, herhalde yukarıdaki fıkarda belirtilen süreler içinde memur veya diğer kamu görevlisi hakkında soruşturma izni vermesi ya da vermemesi konusunda karar vermek zorunda olduğu”* hüküm altına alınmıştır. Burada, soruşturma izni konusunda Kanun'da öngörülen süre içerisinde herhangi bir karar verilmediği takdirde, iznin verilmiş sayılıp sayılmayacağı hususuna değinmek gerekmektedir. Başbakanlık Teftiş Kurulu Başkanlığı'nın 7.2.2000 gün ve 013/0165 sayılı yazısıyla bu hususta görüş sorulması üzerine, Danıştay 1. Dairesi, 17.04.2000 tarih ve E.2000/29, K.2000/59 sayılı kararında⁷³; *“Öngörülen süre içerisinde izin verilmediği takdirde iznin verilmiş sayılacağı yolundaki hükmün Türkiye Büyük Millet Meclisi Genel Kurulu'nda tasarı metninden çıkarıldığı, bu durumda, gösterilen süre içerisinde izin verilmediği takdirde izin verilmiş veya verilmemiş sayılır biçiminde bir yorum yapma olanağının kalmadığı, işin sonuçlanabilmesi için, izin vermeye yetkili merciin zorunlu olarak olumlu veya olumsuz bir kararının aranması gerektiği, bu nedenle izin vermeye yetkili merciin, sürenin aşılması halinde dahi olumlu veya olumsuz bir karar vermek zorunda olduğu, öngörülen sürelerde işi sonuçlandırmayarak kasten sürüncemede bırakan izin vermeye yetkili mercilerin de cezai sorumluluklarının bulunduğu”* şeklinde görüş bildirmiştir.

Bu bakımdan, sürelerin kısalığı göz önünde tutularak ön inceleme görevlisinin Cumhuriyet savcılarının yetkilerini kullansa da, bütün kanıtları eksiksiz toplaması gerekmez. Yapılacak olan, memurun veya kamu görevlisinin asılsız bir suç isnadı karşısında bulunup, bulunmadığını saptamaktır. Bu cümleden hareketle, ön inceleme görevlisi daha çok kanıt toplamak için gereksiz yere zaman kaybetmemeli, memur aleyhinde izin vermeye yeterli kanıt elde edildiğinde ön incelemeyi bitirmeli ve en kısa süre içerisinde rapor karara bağlanarak, yetkili mercie sunulmalıdır⁷⁴.

⁷² MALKOÇ, s.83; TOZMAN, s. 144

⁷³ KARAVAİZOĞLU, s. 100

⁷⁴ KARAVAİZOĞLU, s. 118

6.2. Ön İnceleme Emri veya Görevlendirme

6.2.1. Ön inceleme yapmaya yetkili olanlar

Ön inceleme, bu hususta izni vermeye Kanunla yetkili kılınmış merci tarafından ya bizzat yapılabilir, ya görevlendireceği denetim elamanlarına yaptırılabilir. Hakkında ön inceleme yapılanın üstü konumunda memur veya kamu görevlilerinden biri veya birkaçı görevlendirilebilecektir. İnceleme yapacak görevliler kural olarak hakkında ön inceleme yapılan memur ve diğer kamu görevlilerinin mensubu bulunduğu kurumdan belirlenmesi esastır⁷⁵.

İl veya ilçelerde yapılacak ön incelemeler bakımından, soruşturma izni vermek üzere ön inceleme yaptırırken öncelikle mahallinde görevli bir personelin yetkilendirilmesi esas olmalıdır. Ancak ön inceleme, bir müfettiş tarafından yapılması gereken bilgi ve tekniğe sahip olmayı gerektiriyorsa durum ilgili Bakanlığa iletilerek denetim elemanı talebinde bulunulur. Bu konuda Bakanlıktan denetim elemanı istemek valinin görevidir. Vali, konuyu gerekçeli olarak yazıp talebini iletir. Kaymakamların ise doğrudan ilgili bakanlıktan denetim elemanı isteme yetkileri yoktur. Ancak ilçedeki bir olay nedeniyle denetim elemanı istemek gerekirse, kaymakam böyle bir talepte bulunması için valiye gönderir. İlçede yapılacak olan bir inceleme bakımından, yapılması gereken ön inceleme belli bir uzmanlığı gerektirmekte ve ilçede ihtiyaç duyulan seviyede uzmanlığa sahip görevli personel bulunmamakta ise ya da ilçede hakkında ön inceleme yapılan kişinin üstü konumunda görevli personel bulunmaması durumunda kaymakam ilden bir görevlinin ön incelemeyle görevlendirilmesini validen isteyebilir⁷⁶.

Ön inceleme görevi bazen bir denetim elemanına verilir. Denetim elemanı, kurumlarda görevli olan denetim, teftiş, inceleme ve araştırma ile görevli kurul mensupları için kullanılır. Ancak ön inceleme konusunda görev sadece denetim elemanlarına değil, aynı zamanda hakkında inceleme yapılanın üstü konumundaki memur ve kamu görevlilerine de verilebilmektedir. Denetim elemanlarına bu konuda görev verilmesi ile aradaki ast üst konumu farklı ele alınmaktadır. Bilindiği gibi Kanuna göre, ön inceleme ile görevlendirilebilecek soruşturmacıların mutlak surette hakkında ön inceleme yapılanın “*üstü konumunda*” olması şartı aranmaktadır. İlçelerde bakanlıkların şube başkanı olan müdürlerin tümü, ilçedeki o teşkilatın en üst amiri olup hepsi eşit konumdadırlar. İlçede görevli tapu müdürü, milli eğitim müdürü, mal müdürü veya tarım müdürü biri diğeri hakkında ön inceleme ile görevlendirilemez.

⁷⁵ PINAR, s. 276

⁷⁶ PINAR, s. 277

Dikkat çekici husus bunlar bakımından ön inceleme yapacak üst konumda ilçede kaymakam dışında hiçbir görevli bulunmamaktadır. İl memurları hakkında da aynı durum geçerlidir. Ancak illerde bunların üstü konumunda vali dışında vali yardımcılarının bulunduğu onlar eliyle ön inceleme yapılması mümkündür⁷⁷.

Bazı durumlarda kurumların müfettiş ya da denetim elemanları eliyle ön inceleme yaptırılır. Eğer bunlar görevlendirilmiş ise ast ya da üst memur ayrımı gözetilmez. Çünkü Kanun ön incelemenin öncelikle denetim elemanlarınca yaptırılacağı hükmünü getirmiştir. Hangi konumda olursa olsun, denetim elemanın bağlı olduğu amir konumundaki kimse dışında, tüm memurlar hakkında ön inceleme yapmakla görevlendirilebilir. Denetim elemanı veya müfettiş, kuramda bakan adına veya bağlı bulunduğu genel müdür, müsteşar ve başkan adına teftiş ve denetim yapmaktadır. Dolayısıyla bakan veya bağlı bulunduğu en üst amiri dışındaki tüm memurları ve kamu görevlileri hakkında ön inceleme yapmakla görevlendirilebilir⁷⁸.

6.2.2. Başka bir kurumdan bir görevli tayin edilmesi durumu

İşin özelliğine göre gerekli görülmesi halinde, ön incelemenin başka bir kamu kurum veya kuruluşunun elamanıyla da yaptırılması mümkündür. Kaymakam, bir kurumda görevli memurun örneğin bir okul müdürünün ön incelemesini ilçe milli eğitim müdürlüğündeki şube müdürüne yaptırabileceği gibi, kaymakamlık yazı işleri müdürüne de yaptırabilir.

Ancak bu konuda istisna kabul edilen görevliler de vardır. Bazı görevliler özel durumları gözetilerek, Kanun tarafından ön inceleme görevlisi olarak tayin edilmeleri yasaklanmıştır. 4483 sayılı Kanun'un 5/2. maddesinde yargı mensupları, yargı kuruluşlarında çalışanlar ve askerlerin diğer başka kurumlarda ön inceleme elemanı olarak görevlendirilemeyeceğini belirtmiştir. Buna hâkim ve savcılarının yanı sıra diğer adliye personeli de dâhildir. Yargı mensuplarının soruşturma öncesinde soruşturmaya hazırlık edecek böyle bir ön incelemeyi yapmasının daha sağlıklı bir sonuç almayı sağlayacağı savunulmakta ise de, yargı mensupları bakımından mesele ele alındığında, illerde yapılacak bir soruşturma ve yargılama faaliyetinde yargı mensubunun görev alma olasılığı dikkate alınırsa düzenlemenin isabetli olduğu anlaşılmaktadır.

⁷⁷ PINAR, s. 277

⁷⁸ PINAR, s. 277

Diğer taraftan, ön incelemenin de yargı mensuplarınca yapılmasının daha uygun olacağı kabul edilmesi halinde incelemenin idari bir inceleme olmaktan çıkarılması ve izin sistemi tamamen kaldırılarak baştan itibaren yargı mensuplarının soruşturma yapmasını kabul etmek daha yararlı ve pratik sonuç sağlayacaktır.

Askerler bakımından da idarenin işleri ile onları tartışılabilir bir duruma getirmemek bakımından ve yine idarenin işlerini kendi içinden gelen bir görevlinin daha iyi bilebileceği gerçeğinden hareketle böyle bir düzenleme yapılmıştır.

6.3. Ön İncelemede Delillerin Toplanması Süreci ve Rapor

Ön inceleme görevlisi, ön inceleme emrini alınca öncelikle elinde bulunan delillerin nelerden ibaret olduğunu inceler. Bu kapsamda ihbar veya şikâyet dilekçesi ve varsa ekleri ile Cumhuriyet savcısından gelen delilleri dikkate alır. Daha sonra dinlenmesi gereken kişileri dinler. Bu kapsamda önce ihbar veya şikâyette bulunan kişiyi çağırır ve dilekçe içeriğini açıklattırır, beyanlarını alıp varsa delillerinin nelerden ibaret olduğunu sorar. Bu arada diğer kamu kurum ve kuruluşları ile kişilerde bulunan delilleri ister, toplanması gereken tüm delilleri toplar. Ön inceleme görevlisi, ihbarcı veya şikâyetçiyi dinledikten sonra hakkında şikâyette bulunulan kamu görevlisini dinler.

Kamu görevlisinin dinlenilmesinde CMK'nın 147. maddesinde öngörülen usule uyulur. Hakkında isnat bulunan kamu görevlisinin, varsa delilleri sorulur, dinlenmesini istediği tanıklar veya belgeler varsa onları toplamak üzere bilgi alınır. İlgililerin dinlenilmesi tamamlandıktan sonra dinlenen kişilerin gösterdiği, ortaya koyduğu ve toplanması gerekli görülen deliller toplanır. Ön inceleme görevlisi tanıkları dinler, gerekli görürse olay yerinde keşif yapar, ihtiyaç duyarsa bilirkişi dinleyip rapor alır. Tüm delilleri topladıktan sonra ön inceleme için Yasada öngörülen süre içinde ön inceleme raporunu yetkili mercie verir⁷⁹.

⁷⁹ Ön inceleme görevlisinin raporunu yazarken aşağıda yazılı hususları içerecek şekilde düzenlemesi gerekir:

- Hakkında şikâyette veya ihbarda bulunan kimsenin hangi yasal mevzuata göre 4483 sayılı Yasa hükümlerine tabi olduğu,
- Memur veya kamu görevlisinin eyleminin görevi sebebiyle işlenen suçlardan olup olmadığı,
- Şikâyetçi veya ihbarcı ile şikâyet olunanın beyan özetleri, tanık anlatımları, toplanan diğer deliller,
- Oluşması ihtimali düşünülen suçun ne olduğu, bu suçun unsurlarının bu olayda ne şekilde gerçekleştiği,
- Bu suç hakkında zamanaşımının gerçekleşip gerçekleşmediği, af, şikâyetten vazgeçme ve

Ön inceleme raporunda, ön inceleme emri veya görevlendirme yazısının özeti, iddia olunan suçun öğrenilme şekli ve niteliği, ön inceleme yapılanın kimliği ve görevi, suç tarihi belirtilir. Ayrıca tanık dinlenmiş ise bunların ifadeleri, bilirkişiye başvurulmuşsa bilirkişinin kimliği ve raporu, hakkında inceleme yapılan kamu görevlisinin savunmasının belirtilmesi gerekmektedir. Raporda, iddiaların her biri yönünden ayrı ayrı irdeleme ve tartışma kısmına yer verilip bu bağlamda; suçun işlenip işlenmediği ve bir ceza soruşturmasının başlamasına gerek olup olmadığı hususlarına yer verilir. Ön incelemeyi yapan görevli kendi kanaatine de yer vermelidir. Ancak, soruşturma izninin verilmesi veya verilmemesi durumu ise izin vermeye yetkili makamın takdirine bırakılmalıdır⁸⁰. Ön inceleme görevlisi birden fazla ise aralarında görüş farklılığı varsa, farklı görüşler için gerekçe gösterme zorunluluğu getirilmiştir (4483 SK, m.6/1). Gerekçe gösterme yükümlülüğü getiren bu hüküm, Anayasanın 125, 138 ve CMK'nın 34. maddeleri ile de uyumlu bir hükümdür⁸¹.

C. ÖN İNCELEME AŞAMASINDA YETKİLERİN KULLANILMASI

1. Savcılar Tarafından Kullanılacak Yetkiler

4483 sayılı Yasanın 4/1. maddesine göre, ihbar veya şikâyetin Cumhuriyet savcılığına yapılması halinde, kaybolma ihtimali bulunan ve dolayısıyla ivedilikle toplanması gereken delillerin savcılık tarafından tespit edilmesi gerekmektedir. Bu durumda soruşturma izninden önce toplanması zorunlu olan bir delil varsa Cumhuriyet savcısı tarafından ivedilik durumuna göre deliller toplanacaktır. Ancak delilin elde edilmesi için arama, dinleme, yakalama gibi bazı koruma tedbirlerine başvurmak gerekir ise, bu gibi hallerde koruma tedbirlerine başvurulmamalıdır. Koruma tedbirlerine soruşturma aşamasında başvurulabileceğinden soruşturma izni olmadan savcı bu yetkileri kullanmamalıdır. Aksi halde soruşturmaya başlamış sayılacaktır. Acele toplanması gereken delilleri örneğin daha sonra dinlenme imkanı olmayacak bir tanığı dinleyebilir; muhafaza altına alınmadığında karartılma tehlikesi olan delilleri muhafaza altına alır. Uygulamada da, savcının soruşturma izni öncesi

cezasızluk nedenlerinin bulunup bulunmadığı,

-Bu bilgi ve belgeler karşısında, ön inceleme görevlisi, kendisinin vardığı sonuç ve şikâyet olunan şahıs hakkında soruşturma izni verilir verilmemesi ile ilgili kanaat., GÖKCAN-ARTUÇ, s.307

⁸⁰ PINAR, s. 289-290

⁸¹ ZAFER, s. 1005

arama, dinleme ve yakalama gibi tedbirlere başvurduğu pek görülmemektedir. Zira soruşturma izni alınmadan kişiye şüpheli sıfatı verilip verilmediği açık değilken, savcılar bakımından bu yetkileri kullanıp kullanmamaları hala muğlak bir durum iken, bu tür tedbirlere başvurmak yerinde olmayacaktır.

Cumhuriyet Savcısı, kamu görevlilerine yükletilen herhangi bir isnadın genel hükümlere göre ya da 4483 sayılı Kanun veya özel soruşturma usullerinden hangisine girdiği konusunda takdir yetkisini kullanacak tek yetkili (adli) makam olarak belirlenmiştir. 5271 sayılı CMK, 4483 sayılı Kanun'dan sonra yürürlüğe girmiş bulunduğundan CMK 158/4. maddesi hükmünün önceliği bulunduğunu daha önce belirtmiştik⁸².

Genellikle bir suç isnadı ile karşılaşıldığında öncelikle ve hemen idari makamlarca işlem başlatmak gerektiği şeklinde anlaşılmakta ise de, her olayda bunun mutlak doğru olduğu düşünülmemelidir. Gelen ihbar ve şikâyetlerin daha başlangıcında işin mahiyeti anlaşılamiyor ise genel hükümlere göre soruşturulmasında da bir engel bulunmamaktadır. Bu nedenle ilk ihbar ve şikâyetlerin idari makamlarca bekletilmeksizin savcıya gönderilmesi ve savcı tarafından genel hükümlere göre soruşturma yapılmasının gerekli görülmesi halinde soruşturmaya başlanması; izin gerekli olması halinde de acele toplanması gerekli olan delilleri topladıktan sonra izin vermeye yetkili mercie gönderilmesi gerekmektedir. Bu şekilde bir uygulama, muhtemel gecikmeleri önlemek bakımından yerinde olacaktır.

Öte yandan, 4483 sayılı Kanun hükümleri uyarınca gerekli soruşturma izninin alınmaması halinde ceza soruşturması “başlamadığı” için suç işlendiği yolunda yapılmış olan ihbar veya şikâyetler hakkında “işlem yapılmasına yer olmadığı” kararı verilebilecek ise de CMK'nun 172. maddesinde belirtildiği anlamda “kovuşturmaya yer olmadığı kararı” verilemeyecektir⁸³

⁸² GÖKCAN-ARTUÇ, s. 295

⁸³ ALBAYRAK, Mustafa, Ceza Muhakemesi Kanunu, b. 7, s. 462. Gerçekten uygulamada 4483 Sayılı Yasa'nın uygulanmasına yönelik hatalar yapılmaktadır. Yargıtay 4. Ceza Dairesinin 11/06/2003 tarih ve 2003/8042 E, 5733 K. ile 10.05.2006 tarih ve 2005/9424 E, 2006/10703 K. sayılı içtihatlarında da görüleceği üzere, 4483 sayılı Yasa'nın 4/1. maddesi gereği memurlar hakkında gerekli soruşturma izninin verilmemesi ve aynı Yasanın 9. maddesi gereği itiraz ile aynı sonucun alınmaması halinde ceza soruşturması “başlamayacağı” için, belirtilen duruma ilişkin CMK'nın 172. maddesinde belirtildiği anlamda “kovuşturmaya yer olmadığına” değil, “inceleme yapılmasına yer olmadığına” dair karar verilmesi gerekeceği ve bu kararın aynı Yasa'nın 173. maddesi gereği itiraza tâbi olmadığına bilinmesi gerekir. 4483 sayılı K. m.1, 2/son, 16/5, Bkz., ALBAYRAK, s. 1035

2. Ön İnceleme Görevlilerinin CMK Kapsamındaki Yetkileri

2.1. Genel Olarak

Ön inceleme görevlisinin, bakanlık müfettişleri ve kendilerini görevlendiren merciin bütün yetkilerine sahip bulunduğunu ifade etmiştik. Bütün yetkilerden anlaşılması gereken, yetkili merciin veya müfettişlerin ön inceleme ile ilgili kanunî olarak sahip oldukları görevden uzaklaştırma⁸⁴, bilirkişi dinleme, savunma alma gibi yetkilerdir. Bununla birlikte, kendisini görevlendiren merciin sahip olduğu atama ya da disiplin cezası verme yetkilerine sahip olduklarını düşünmek mümkün değildir.

Ön inceleme yapanların yetki ve görevleri Kanununun 6. maddesinde “Ön inceleme ile görevlendirilen kişi veya kişiler, bakanlık müfettişleri ile kendilerini görevlendiren merciin bütün yetkilerini haiz olup, bu Kanunda hüküm bulunmayan hususlarda Ceza Muhakemeleri Usulü Kanununa göre işlem yapabilirler; hakkında inceleme yapılan memur veya diğer kamu görevlisinin ifadesini de almak suretiyle yetkileri dâhilinde bulunan gerekli bilgi ve belgeleri toplayıp, görüşlerini içeren bir rapor düzenleyerek durumu izin vermeye yetkili mercie sunarlar” şeklinde düzenlenmiştir. Maddeye göre, 4483 sayılı Kanunda hüküm bulunmayan konularda CMK hükümleri uygulanacaktır. CMK hükümlerine yapılan bu atıf konusunda doktrinde farklı görüşler mevcuttur.

Bilindiği üzere, MMHK zamanında soruşturmacının (muhakkik) yaptığı iş hazırlık soruşturması niteliğinde olduğu için, işlemlerini CMUK'taki hükümler çerçevesinde yürütmek, özellikle sanığın savunmasının alınmasında avukat buldurmak istemesi halinde buna uygun şartları sağlamak ve gerekiyorsa bilirkişi incelemesi yaptırmak ve dosyayı her yönüyle ve ceza usul hukuku kurallarına uygun şekilde tekemmül ettirmek zorundaydı. Şimdiki sistemde ise ön inceleme görevlisinin yapacağı iş, dosyayı bir hazırlık tahkikatı gibi oluşturmak değil, olsa olsa suç isnadının ciddi olup olmadığı konusunda izin vermeye yetkili mercide genel bir kanaat oluşturmak üzere rapor hazırlamaktan ibarettir. Artık ön inceleme görevlisi, eskiden olduğu gibi adli görev yapan bir hakikat arayıcısı (muhakkik) değil, makul ölçüler içerisinde belli bir kanaatin oluşumuna çalışan idari görevlidir. Yani idare

⁸⁴ Devlet memurları Kanununa göre görevden uzaklaştırma, kamu hizmetlerinin gerektirdiği hallerde görevi başında kalmasında sakınca görülen memurlar hakkında geçici olarak verilen bir ihtiyati bir tedbir kararıdır (m.137). Bu konuda atamaya yetkili amirler, bakanlık ve genel müdürlük müfettişleri, illerde valiler ve ilçelerde kaymakam karar vermeye yetkilidir (m.138).

hukukunun kuralları içerisinde hareket eden görevli konumundadır. Bütün bu sebeplerle, yasada CMK'na yapılan atfı, gerektiğinde başvurulabilecek ve doğal olarak da başvurulduğunda, usulüne göre yerine getirilecek yetki kuralları olarak anlamak gerekir. Örneğin, ifade alma sırasında CMK hükümlerine uygun şekilde hareket etmek gibi⁸⁵.

Aksi yönde düşünen yazarlara göre bu atıf idari soruşturmanın gerektirdiği ölçüde benzer usul işlemlerine yöneliktir⁸⁶. 4483 sayılı Kanun'un, CMK'ya yaptığı bu yollamayı çok geniş yorumlayan yazarların ortak görüşüne göre⁸⁷; “*Ön inceleme görevlisinin Cumhuriyet savcısının sahip olduğu hâkimden tutuklama talebi gibi yetkileri dahi kullanabileceği*” savunulmaktadır. Buna gerekçe olarak ise eski MMHK sisteminin yönetsel güvence sisteminden soruşturma esasını belirlemiş olduğunu, eski kanun uygulamasında soruşturmanın idari makamlarca yapıldığını ve bu nedenle idari makamların Cumhuriyet savcısının yetkilerini kullanma zorunluluğu olduğu ifade edilmektedir.

Ancak, 4483 sayılı Kanun ile artık izin sistemi benimsenmiştir. Soruşturma yapılabilmesi için izin verilmesi gereklidir. Bu nedenle soruşturma genel esaslara göre Cumhuriyet savcısı tarafından yapılacaktır. İdari mercüilerin ise Cumhuriyet savcısının soruşturma aşamasında sahip olduğu aynı yetkilere sahip olduğunu ileri sürmek mümkün değildir. Zira henüz soruşturma başlamış değildir.

Ayrıca, Kanun'un 6/1. maddesinde ön inceleme yapacakların Cumhuriyet savcısının yetkilerini haiz olduğu belirtilmemiştir. Bu görüş sahiplerine göre ön inceleme yapanlar yetkileri dâhilindeki bilgi ve belgeleri, delilleri toplamaktan başka bir işlem yapamayacaklardır. Toplanması zorunlu olan bir delilin elde edilmesi için koruma tedbirlerine başvurulması gerekiyor ise Cumhuriyet savcısından istemde bulunulacak, karar alınması ve uygulanması sağlanacaktır.

⁸⁵ AKYILDIZ, Ali, Memur Yargılamasında İdari Süreç, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi (GÜHFD), C.5, Sa.1-2 (Haziran-Aralık 2001),s.154-221,(http://webftp.gazi.edu.tr/hukuk/dergi/5_7.pdf, erişim 27.07.2015)

⁸⁶ GÖKCAN-ARTUÇ, s. 294-295, SALİHOĞLU, Enver-DEMİRKOL, Selami, 4483 Sayılı Kanun ile Memurlar ve Diğer Kamu Görevlilerinin Yargılanması Öncesi Aşamaya İlişkin Usul ve İşlemler, b. 2, Beta Yayınları, İstanbul 2005, s. 57-64; SELÇUK, Memur Yargılaması Hakkında, s. 111

⁸⁷ Aktaran KARVAİZOĞLU, s. 84-85; Bkz., ÇETİN, s.461-465; KINALITAŞ-ASLAN, s.40-45; PINAR, s. 285-289; TOPUZ, s.185-188; MALKOÇ, İsmail, Açıklamalı-Gerekçeli Memur Yargılaması, Malkoç Kitabevi, Ankara 2006, s. 261-283

Dolayısıyla, anılan fıkrada geçen “*bütün yetkiler*” ibaresiyle, ön inceleme görevlisinin bakanlık müfettişleri ile kendilerini görevlendiren merciin sadece ön incelemeye ilişkin yetkileri kastedilmekte olup, inceleme dışındaki yetkilerin de kullanılabilmesi gibi bir sonuç çıkarılması Kanun’un amacına aykırı düşer. Nitekim anılan maddenin gerekçesinde de; “*Ön inceleme ile görevlendirilenlere tanık dinleme, bilirkişi mütalaası, ifade alma gibi yetkilerin verilmesinin amaçlandığı*” belirtilmiştir⁸⁸.

Kanaatimizce, 4483 sayılı Kanun’un benimsediği izin sisteminde idarenin fonksiyonunu sadece, memurun görevine ilişkin işlemiş olduğu suçlardan dolayı soruşturmanın başlayabilmesini sağlamaktır. Bu sistemde soruşturma genel hükümlerde olduğu gibi Cumhuriyet savcısı tarafından bizzat yapılmakta; idare sadece, soruşturmanın gerekip gerekmediğini, olayın soruşturmaya değer olup olmadığını belirlemektedir. Bu nedenle, ön inceleme yapanların, soruşturma izni verilmesi aşamasında kullandıkları yetkilerin, soruşturma aşamasında kullanılacak yetkilerden farklı olduğu, Ceza Muhakemesi Kanunu’na göre yapacakları işlemlerin de, Cumhuriyet savcılarının yetkileri dâhilinde olan işlemlerden olmadığı anlaşılmaktadır⁸⁹. Kaldı ki, anılan 6. maddede yer alan; “*Yetkileri dâhilinde bulunan gerekli bilgi ve belgeleri toplayacakları*” şeklindeki hükümle de, ön inceleme görevlisine verilen yetkilerin, soruşturma konusu suçla ilgili bilgi ve belgelerin toplanmasıyla sınırlı olduğu belirtilmek istenmiştir⁹⁰. Bu durumda ön inceleme görevlisi, iddia olunan suçla ilgili kanıtların elde edilebilmesine yönelik olarak arama yapılmasını, tanığın zorla getirtilmesini ya da hakkında şikâyet bulunan kişinin tutuklanmasını, hâkimden talep edemeyecektir. Bir arama kararı alabilecek kadar şüphe ve delile ulaşılmış ise zaten soruşturma başlatılması gereken bir noktaya gelmiş demektir. Bu gibi hallerde bir an önce izin süreci tamamlanmalı, soruşturma aşamasına geçilmelidir.

*Özetle; 4483 sayılı Kanun’da hüküm bulunmayan hallerde CMK’ya yapılan atıf nedeniyle bu kapsamda kullanılacak yetkiler, tanık dinlemek, hakkında inceleme yapılan kişiyi dinlemek, delilleri toplamak bu bağlamda keşif yapmak gibi yetkilerdir. Ancak arama yapmak, konut dokunulmazlığını ilgilendiren ve genelde hâkim kararının alınmasını gerektiren bir usul işlemidir*⁹¹. Ön inceleme yapan görevlinin, arama, tutuklama ve zorla getirmeyi gerektiren bir durumla karşılaşması halinde bunu yerine getirmek için

⁸⁸ KARAVAIZOĞLU, s. 84-85

⁸⁹ Aynı görüşte, GÖKCAN-ARTUÇ, s.293-295; Aktaran, KARAVAIZOĞLU, s. 88

⁹⁰ KARAVAIZOĞLU, s. 88

⁹¹ TOZMAN, s.141

hakimden karar alabileceği; isteklerini Cumhuriyet savcılığı aracılığıyla sulh ceza hâkimine bildirmeleri gerektiği⁹² belirtilmekte ise de, kanaatimizce bu şekilde bir karar almaya yetecek şüphe sebepleri bulunması halinde bu durum soruşturma aşamasına geçmeyi gerektiren bir husus olarak yorumlanmalı ve izin verilmesi yoluna gidilmelidir.

Uygulamada bu husus, duraksamaya neden olduğu için, Başbakanlık Teftiş Kurulu Başkanlığı tarafından, 7.2.2000 gün ve 013/0165 sayılı yazıyla Danıştay'a görüş sorulmuş, konuya ilişkin olarak Danıştay 1. Dairesi de, 17.04.2000 tarih ve E:2000/29, K:2000/59 sayılı istişari görüşünde⁹³; “Ön inceleme ile görevlendirilen kişi veya kişilerin, bakanlık müfettişleri ile kendilerini görevlendiren merciin bütün yetkilerine sahip olacakları, Ceza Muhakemeleri Usulü Kanununa göre de işlem yapabilecekleri, Ceza Muhakemeleri Usulü Kanununun kamu davasının hazırlanmasına ilişkin hükümleri çerçevesinde Cumhuriyet başsavcısının yapmakla yetkili olduğu işleri yapabilecekleri, sanığın lehine olanlar da dâhil, olayı aydınlayabilecek delilleri, bilgi ve belgeleri toplayacak, tanık ve sanık ifadelerini alacak, gerektiğinde keşif yapacak ve bilirkişi incelemesi yaptıracakları” şeklinde görüş bildirmiştir.

Ön incelemecinin görevden uzaklaştırma kararı verip veremeyeceği de tartışma konusu olmuştur. Danıştay, 1. Dairesi anılan istişari görüşünde “ön incelemeci 657 sayılı Kanunun 138. maddesinde belirtilen kişilerdense görevden uzaklaştırma kararı verebilir; değilse görevden uzaklaştırma kararı veremez” demiştir⁹⁴. Kararın gerekçesinde, ön incelemecinin 4483

⁹² YAŞAR, Hakkı, “Ceza Kanunu Uygulamasında Memur Kavramı, Memuriyet Görevini İhmal ve Kötüye Kullanma Suçlarının Tahlili” Adalet Dergisi, Sa.12, 1966, s. 847; Nitekim Anayasa Mahkemesi MMK döneminde verdiği bir kararında (11/1/1965 gün ve 1965118-53 sayılı, RG.29.3.1966112263) bu hususu vurgulamıştır. Yüksek Mahkemenin bu kararına göre, kişi dokunulmazlığının ve özgürlüğünün usulüne göre verilmiş hâkim kararı olmadıkça sınırlanamayacağı, kimsenin üstünün, özel kâğıtlarının ve eşyasının aranamayacağı, konut dokunulmazlığının ihlal edilemeyeceği, tutuklanamayacağı birer Anayasa kuralıdır. Anayasa ile sadece hâkime verilen bu yetkilerin hâkim olmayan memurlar ve idare meclisleri tarafından kullanılmasına izin veren bir kanunun Anayasaya uygunluğu kabul edilemez. Yüksek Mahkeme MMK'nın 2. maddesinde yer alan soruşturmanın CMUK'a göre yapılacağı hükmünün de, Anayasada bizzat hâkime verilen yetkilerin soruşturma yapacak memurlar ve idare meclisleri tarafından kullanılmasına izin veren bir hüküm şeklinde anlaşılmasının mümkün olmadığını, bu durumda tutuklama, arama gibi Anayasanın yalnız hâkime tanıdığı yetkilerin bu idari makam ve merciler tarafından kullanılmayacağını belirtmiştir. Aktaran, TOZMAN, s.141-142

⁹³ Aktaran, KARAVAIZOĞLU, s.84-85, <http://www.danistay.gov.tr/kerisim/ozet.jspozetmetin&dokid=22865> (05.03.2010)

⁹⁴ Anılan Kararda, “Burada ön inceleme görevli olan kişilerin görevden uzaklaştırma kararı verme yetkilerinin bulunup bulunmadığı konusu duraksamaya neden olabilmektedir. Görevi

sayılı Kanuna göre suçun açığa çıkarılmasına yönelik işlemleri yapmakla yetkili olduğunu belirtmekte, görevden uzaklaştırma kararının idari bir işlem olduğunu ve ön incelemecinin bu yetkiyi haiz olmadığını ifade etmektedir⁹⁵. Bununla birlikte, özel mevzuatında görevden uzaklaştırma yetkisine sahip müfettişlerin bu yetkisinin varlığını kabul etmek gerekir⁹⁶.

Ön inceleme görevlisine tanınan yetkiler, suç işleme iddiasına ilişkin belgeleri toplamak, bu konuyu araştırmakla sınırlıdır. Yoksa bakanlık müfettişi ve hele hele de yetkili merciin yerine bütünüyle geçmiş ve onun yerine ikame edilmiş değildir. Söz gelimi, yetkili merciin yetkisinde olsa dahi, nasıl ki ön inceleme görevlisinin ilgili kamu görevlisinin atamasını başka yere yapması düşünülemezse, görevden uzaklaştırılmasına da karar veremez. Verilen yetki, istisnai bir yetkidir ve genel bir hukuk kuralı olarak, bu yetkiyi veren kural da dar yorumlanmalıdır. Kaldı ki, ilgili hangi gerekçeyle görevden uzaklaştırılacaktır? Yürütülen faaliyet, ne bir disiplin soruşturması, ne de bir yargı kovuşturmasıdır. Sırf “ön inceleme” gerekçesiyle görevden uzaklaştırma önlemine başvurulamazdır. Ancak, ön inceleme görevlisinin kendisi zaten Bakanlık ya da genel müdürlük müfettişiyse, olayın disiplin yönü de varsa, görevden uzaklaştırma önlemine elbette ki başvuruabilecektir⁹⁷.

Anayasada seçimle gelen yerel yönetim organlarının, organlık sıfatını kazanmalarına ilişkin itirazların çözümü ve organlık sıfatını kaybetmeleri konusundaki denetimin yargı yolu ile yapılacağı, ancak görevleriyle ilgili bir suç sebebiyle haklarında soruşturma ve kovuşturma açılması halinde, kesin hüküm verilene kadar geçici tedbir olarak İçişleri Bakanı tarafından görevden uzaklaştırılabilecekleri hükmüne yer verilmiştir (AY, m.127/4). Bu bağlamda

basında kalmasında sakınca görülen memurlar hakkında uygulanacak olan görevden uzaklaştırma tedbirine ilişkin hükümler; 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu'nun 137 ve devamı maddelerinde düzenlenmiş ve bu kararı almaya yetkili olanlar gösterilmiştir: Görevden uzaklaştırma kararı idari bir işlemdir. Ön inceleme ile görevli kişilerin 657 sayılı Kanun'un 138'inci maddesinde sayılan kişilerden olması durumunda görevden uzaklaştırma kararı verilebilmeleri doğaldır. Ancak ön inceleme ile görevli kişilerin 138'inci maddede gösterilen kimselerden olmaması durumunda, bu kişilerin münhasıran 4483 sayılı Kanun kapsamında, bir suçun açığa çıkarılması amacıyla yönelik işlemleri yapmaya yetkili olmaları nedeniyle idari bir işlem olan görevden uzaklaştırma kararını vermeye yetkilerinin bulunmadığı sonucuna ulaşılmaktadır.” görüşüne yer verilmiştir. Danıştay 1. D., 17.04.2000, E.2000/29, K.2000/59

⁹⁵ AKKAN, Tahir Murat, 4483 sayılı Kanun'a Göre Memurların Yargılanmasında İdari Süreç, Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı İdare Hukuku Bilim Dalı, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara 2009, s. 88

⁹⁶ PINAR, s. 283-284

⁹⁷ AKYILDIZ, s. 154-221

ilave etmek gerekir ki, seçimle gelen yerel yönetim organlarının durumu da 4483 sayılı Kanun kapsamına alınmıştır. Bunun sonucu olarak, belediye başkanları, belediye meclis üyeleri, il genel meclis üyeleri ile köy ve mahalle muhtarlarının işledikleri iddia olunan görev suçlarının soruşturması da bu Kanun hükümlerine göre yürütülecektir. Açıkça anlaşılacağı üzere Anayasa bu görevi bizzat İçişleri Bakanına vermiştir. Bu itibarla böyle bir yetkinin, yapılacak ön inceleme ile görevlendirilen müfettiş veya diğer denetim elemanları ve soruşturmacılar tarafından kullanılabilmesi 4483 sayılı Yasaya göre mümkün değildir. Bu durumda, seçimle gelen yerel yönetim organları veya yönetim üyeleri hakkında ön inceleme yapılması sırasında bunların görevden uzaklaştırılmaları gerektiğinde, bu önlem sadece İçişleri Bakanı tarafından kullanılabilir⁹⁸.

Buna göre, Anayasa'nın 127. maddesinde mahalli idarelerin seçilmiş organları hakkında görevden uzaklaştırma kararını İçişleri Bakanı verebilir. Bu yetki devredilemez. Bu nedenle 4483 sayılı kanuna göre bu yetki, ön incelemeci tarafından kullanılamaz.

Ön inceleme görevlisi yaptığı incelemenin durumuna göre, diğer kurum ve kuruluşlarda bulunan belgeleri isteme yetkisini kullanabilir. Ön inceleme görevlisi, kendi kurumu veya diğer kamu ve kuruluşları ile özel ve tüzel kişilerde bulunan, delil niteliğindeki bilgi ve belgeleri isteyebilir. Bunları elinde bulunduran kamu kurum ve kuruluşları ile kişilerin bu isteği yerine getirme yükümlülükleri vardır.

2.2. İlgililerin Dinlenilmesi: İfade alma

a. Genel olarak

Ön inceleme yapılırken açıklık bulunan hallerde 4483 sayılı Yasa, açık hüküm bulunmayan hallerde ise CMK hükümleri uygulanır. Bu konuda 4483 sayılı Yasa herhangi bir sorunu başka bir şekilde hükme bağlamış ise, o hükme uygun olarak hareket edilecektir. Örneğin, şüpheli ifadesinin alınması CMK hükümlerine göre yapılacaktır. Buna karşılık soruşturmanın açılması ya da açılmaması yönündeki izin işlemine 4483 hükümlerine göre itiraz edilecektir (m.9).

Suç konusu olayı incelemek ve varsa ihbar eden veya şikâyet edenin iddialarını dinlemek, en seri olarak elde edilebilecek olan delilleri toplamak, şüpheli kamu görevlisinin savunmasını almak, ön incelemeyi

⁹⁸ PINAR, s. 284

sonuçlandırabilmek için gerekli olan durumlarda bilirkişi dinlemek ön inceleme kapsamında yerine getirilmesi gereken hususlardır.

Bütün bu işlemler, CMK'ya göre soruşturma evresini oluşturmaktadır. İdari mercilerce yapılan ön inceleme bu evreye eşittir. Buna göre, şüpheli hakkında ifadesi alınmaksızın rapor düzenleme imkânı yoktur. Bu maddenin gerekçesinde de, hakkında inceleme yapılan kamu görevlisinin ifadesinin mutlaka alınmasının gerektiği belirtilmektedir⁹⁹.

4483 sayılı Kanun uyarınca ön inceleme ve bunun sonunda verilecek olan izin verme veya izin verilmesine yer olmadığına karar verme hususu belli sürelerle kayıtlıdır. Zira 4483 sayılı Kanun'un 7. maddesine göre, savcı tarafından talep edilen soruşturma izninin ön inceleme dâhil en geç 45 gün içinde verilmesi gerekmektedir. Bu bakımdan usuli işlemlerde zaman iyi kullanılmalıdır. Kanunda belirlenen süreleri aşmamak şartıyla ilgililerin istinabe usulüyle ya da yazılı olarak ifadelerinin alınması mümkündür. Duruma göre istinabe yolu da tercih edilebilecek ise de, zamanı iyi kullanma bakımından hakkında ön inceleme yapılan kamu görevlilerinin ya da ifadesine başvurulacak diğer kişilerin ifadelerinin mahallinde alınması yöntemi tercih edilebilir¹⁰⁰. Kişi başka bir yerde bulunmakta ve eğer durumuna göre sağlık vb gerekçelerle kişinin gelmesi ciddi zaman kaybına yol açacak ise bu durumda zorunluluk olmamakla birlikte, oraya giderek ifade alınması da düşünülmelidir

b. İhbar eden veya şikâyetçiyi dinleme

Ön inceleme görevlisi imkân olduğu ölçüde en önce şikâyetçiyi dinlemesi gerekir. Suçu haber veren kişi, şikâyetçi ise suçtan zarar gören ve memurun cezalandırılmasını isteyen kimsedir¹⁰¹. Şikâyetçinin ifadesini ayrıntılı olarak alıp, delillerin nelerden ibaret olduğu, ne şekilde suçtan zarar gördüğü, şikâyetçi ise şikâyetinin devam edip etmediği açıklattırılmalıdır. İfade için çağrı şekli ve çağrıya uymaması halinde ne yapılması gerektiği ve ifade alma usulü konusunda CMK'daki ilgili hükümler uygulanacaktır¹⁰².

Ön inceleme görevlisi şikâyetçiyi CMK'nun 233. maddesi uyarınca çağrı kâğıdı ile çağırır. 234. maddede belirtilen hakları kendisine hatırlatılır. Ayrıca bu davete uymamaları halinde 235. maddedeki işlemlerin uygulanabileceği

⁹⁹ TOZMAN, s. 143

¹⁰⁰ İĞDELER-SUNTAY, s. 23

¹⁰¹ AKKAN, s. 81

¹⁰² ÇETİN, s. 461-462

ihbar edilmelidir. Davete uymamaları halinde 235. madde uyarınca işlem yapılır¹⁰³.

c. Hakkında ön inceleme yapılan kimsenin dinlenmesi (savunma)

4483 sayılı Kanun'un 6. maddesinde, ön inceleme görevlilerinin *"hakkında inceleme yapılan memur veya diğer kamu görevlisinin ifadesini de almak suretiyle yetkileri dâhilinde bulunan gerekli bilgi ve belgeleri"* topladıktan sonra rapor düzenleyecekleri belirtilmiştir. Bu hükme göre, hakkında ön inceleme yapılan kimsenin ifadesinin alınması gerekmektedir. Başka bir deyişle ön inceleme görevlisinin takdir hakkı bulunmamaktadır¹⁰⁴.

Danıştay 2. Dairesi, çok sayıda kararında ön inceleme raporu düzenlenebilmesi için hakkında ön inceleme yapılan kişinin ifadesinin alınması zorunluluğunu vurgulamıştır¹⁰⁵. Ancak, 2. Daire bir kararında, bunların ifadeleri alınmaksızın ön inceleme raporu düzenlenmesini, raporun hazırlanışında bir eksiklik olarak değerlendirmemiştir¹⁰⁶.

İdari soruşturma yapan merciler, ön incelemeyi yaparken kamu görevlisinin ifadesine başvuracaktır. Çünkü 4483 sayılı Kanun bir soruşturma veya kovuşturma organı olmadıkları halde idari mercilere ifade alma yetkisi vermiştir. Bu ifade alma sırasında CMK 147 ve 148. maddelerinin uygulanması gerekir. Hakkında ön inceleme yapılanın ifadesine başvurulduğunda ona susma hakkı ve müdafiden yararlanma hakkı gibi savunmaya ilişkin haklarının tanınması gerekir. Zira bu aşamadan sonra soruşturma izni kararı çıktığı takdirde bu aşamada alınan ifade de bir şekilde aleyhine kullanılacaktır. Bu nedenle, kişiye isnat edilen suçla ilgili savunma hakkının sağlanması

¹⁰³ GÖKCAN-ARTUÇ, s. 296; AKKAN, s. 81

¹⁰⁴ PINAR, s. 286-287

¹⁰⁵ Danıştay 2. Dairesi *"4483 sayılı Kanununun 6. maddesine göre, hakkında ön inceleme yapılanların ifadelerinin alınmasından ve gerekli bilgi ve belgelerin toplanmasından sonra ön inceleme raporu düzenlenmesi zorunlu olduğu halde, haklarında soruşturma izni istenen sanıkların ifadeleri alınmadan ön inceleme raporu düzenlendiği anlaşılmakla, itirazların kabulü ile İçişleri Bakanlığının usul yönünden kaldırılmasına, ön inceleme raporu düzenlenmesi görevi verilen İçişleri Bakanlığı kontrolörü tarafından ifadelerin alınması ve düzenlenen ifade tutanaklarının eklenerek ön inceleme raporu düzenlenmesi, yeniden karar verilmesi"* gerektiğini belirtmiştir. Danıştay 2. D., 21.11.2000, 2000/3442-E, 2000/3907-K, Aktaran, AKYILDIZ, s. 154-221.

¹⁰⁶ Danıştay, Belediye Başkanı ile Belediye Meclis üyesi olan sanıklar, şehir dışında olduklarından kendilerine tebligat yapıp ifadeleri alınmamış ise de; soruşturma iznine ilişkin itirazlarında, usul ve esasa ilişkin iddialarını belirttiklerinden, ifadelerinin alınmamasını bir eksiklik olarak görmemiştir. (Danıştay 2. Dairesi 2000/2507 E-3511 K. sayılı kararı), Aktaran, AKYILDIZ, s. 154-221

bakımından, makul ve yeterli süre verilmelidir. 4483 sayılı Kanun'un 6. maddesinde, bu Kanun'da hüküm bulunmayan hallerde ön inceleme ile görevlendirilen kişilerin CMK'ya göre işlem yapabilecekleri belirtildiğinden, CMK'nın 148. maddesindeki yasak sorgu yöntemlerine ilişkin kurallar, ön inceleme aşamasında alınan ifadeler bakımından da uygulanacaktır. Hakkında suç isnadı bulunan kişi CMK'nın 145. maddesine göre çağrılır, geldiği takdirde CMK'nın 147. maddesindeki hakları kullanılmasına olanak sağlamak üzere bu haklar kendisine hatırlatılarak ifadesi alınır. Ayrıca bu kimseye kendi lehine olabilecek delilleri ortaya koyması sağlanır. Sunması durumunda ön inceleme görevlisinin gösterilen delilleri de toplaması gerekir.

Müdafii, ön inceleme dosyasını inceleyebilmelidir¹⁰⁷. Danıştay 1. Dairesi, hakkında ön inceleme yapılan memur veya diğer kamu görevlisinin müdafinin yardımından yararlanma hakkı olduğunu belirtmiştir¹⁰⁸.

Kamu görevlisinin ifadesinin alınması ile ilgili hususlarda da normal ifade alma için çağrı esaslarına uyulur. Önce, hakkında inceleme yapılan kamu görevlisine ait bilinen bir adres varsa, belirli gün ve saatte ifadesine başvurulmak için hazır bulunması 7201 sayılı Tebligat Kanunu'na göre bildirilir. Adresi bilinmiyorsa, kolluk marifetiyle adres tespiti yaptırılır. Bu şekilde saptanan adrese Tebligat Kanunu hükümlerine göre bildirimde bulunulur. İfade için yapılan çağrıda çağrılma nedeni açıkça belirtilip, gelmediği takdirde zorla getirileceği hususu da eklenir (CMK, m.145).

İlgili muhatap kamu görevlisi bildirim almaktan kaçınırsa veya tebliğ etme olanağı yoksa ya da bildirim almasına karşın belirli gün ve saatte hazır bulunmadığı takdirde, hakkında zorla getirme kararı istenebilir. Bir görüşe göre, ön inceleme bu yetkiyi savcıcıyı aracı kılmadan doğrudan sulh

¹⁰⁷Nitekim Danıştay 1. Dairesi'nin 18.04.1995 tarih ve E.1995/77, K.1995/76 sayılı kararında "Dairemizin... tarih vesayılı kararında da vurgulandığı gibi, Memurin Muhakematı Hakkında Kanunu Muvakkatın 2 ve 6'uncü maddelerine yapılan yollama nedeniyle, bu kanun gereğince yapılacak soruşturmalarda, Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu'nun hükümlerinin uygulanmasının zorunlu olduğundan, anılan kanunun 11.08.1992 günlü ve 3842 sayılı Kanun'la değişik 143'üncü maddesi uyarınca müdafinin hazırlık soruşturmasına ilişkin belgeleri ve bu konuda oluşturulan dosyaların tamamını inceleme ve belge örneklerini alma hakkının bulunduğu; bu hakkını, maddenin 3'üncü fıkrası istisna kalmak kaydıyla, soruşturma amacını tehlikeye düşürebileceği kanısıyla soruşturmacının Cumhuriyet Savcısına başvurusu ve savcının bu yoldaki istemi üzerine sulh ceza hakimince verilecek kararlarla kısıtlanabileceği" sonucuna varılmıştır. Aktaran SALİHOĞLU-DEMİRKOL, s.63., AKKAN, s. 86

¹⁰⁸Danıştay 1. D.16.02.1993, E.1993/29, K.1993/26, Aktaran SALİHOĞLU-DEMİRKOL, s. 62

ceza mahkemesinden isteyebilir¹⁰⁹. Hakkında tutuklama kararı verilmesi ve yakalama emri düzenlenmesi için yeterli nedenler varsa davetiye göndermeden de hâkimden zorla getirme kararı istenebilir (CMK,m.146). 4483 sayılı Yasanın 6. maddesi gereğince CMK hükümlerine atıfta bulunulduğuna göre idari soruşturmayı yürüten yetkili veya müfettiş ya da soruşturmacı, şüphelinin ifadesinin alınmasında karşılaştığı güçlük karşısında bu maddeye dayanarak zorla getirme kararı çıkarılmasını isteyebileceği kabul edilmektedir¹¹⁰.

Bazı yazarlar, CMK'nın 146. maddesinin 7. bendinde; “Zorla getirme kararının, istem üzerine yetkili hâkim tarafından verilebileceği” hüküm altına alınmış olduğundan, ön inceleme görevlisi şüpheli, tanık, bilirkişi, mağdur ve şikâyetçinin zorla getirilmesini hâkimden isteyemeyeceğini, zorla getirme talebini Cumhuriyet savcısına iletileceğini, Cumhuriyet savcısının da bu talebi yetkili hâkimin önüne götürerek, söz konusu şahsın zorla getirilmesini isteyeceğini belirtmiştir¹¹¹.

Ancak CMK'nun 146/4. maddesinde 5560 sayılı Kanunla ile yapılan değişiklikte “zorla getirmeyi isteyen” sözcükleri fıkradan çıkarıldığından, Cumhuriyet savcılarının zorla getirme kararını verme yetkileri bulunmaktadır. Öte yandan, zorla getirme ve yakalama emri kararlarının, mahkemeye gelmeyenlerin kolluk vasıtasıyla hâkim huzuruna çıkarılması için başvuru bir yol olması sebebiyle işin tabiatı gereği zor kullanılmasını ve belli süreyle kişinin özgürlüğünün kısıtlanmasını da içermesi nedeniyle cumhuriyet başsavcılığınca takip edilmesi de esas olmalıdır¹¹². Bununla birlikte, savcı

¹⁰⁹PINAR, s. 287

¹¹⁰PINAR, s. 287

¹¹¹GÖKCAN-ARTUÇ, s. 297, SALİHOĞLU- DEMİRKOL, s. 64; KARAVAIZOĞLU, s. 91

¹¹²İfade vermek üzere çıkarılan zorla getirme kararı uyarınca, şüpheli veya sanığın özgürlüğünün kısıtlanması yakalama olmadıgından, bu karara dayanarak zorla getirilen kimsenin durumu da hukukî anlamda “gözüaltına alınma” sayılmasa bile hakkında zorla getirme kararı bulunan kimsenin de bunun zorunlu sınırları içinde özgürlüğünün kısıtlanmasının gerekebilir. Buradaki özgürlük kısıtlaması, yakalamadan ve onun neticesi olan gözaltına almadan farklı olmakla birlikte yetkili adli makamlarca verilen zorla getirme kararının kolluğa, çağrılan kişileri zorla getirme görev ve yetkisini veren emir niteliği taşıması, diğer bir ifadeyle bu kararın kolluğa zor kullanma yetkisi veren bir karar olması nedeniyle zorla getirme kararlarının yerine getirilmesi için gerekli önlemleri almak, kişileri gününde ve kararda gösterilen yargılamaya makamında hazır bulundurmanın kolluğun görevi olması nedeniyle zorla getirilecek kişinin, kanunda öngörülen bir yükümlülüğün gereği olarak yakalanarak hazır edilmesi ve hüriyetlerinden mahrum bırakıldıkları için gözaltına alınanlar hakkında yapılacak tüm işlemlerin bu kişiler için de yapılması gerekecektir. Bu itibarla şüphelinin ifadesinin alınması ya da sanığın sorguya çekilmesinin sonuna kadar devam edecek süre içinde gözaltına alınanlar hakkında yapılacak tüm işlemler bu kişilere uygulanacaktır. Ayrıca, ilgilinin yakalanmasından sonra zorla getirme kararının tebliğ edilmesinin Anayasa,

zorla getirme kararını hâkimden de talep edebilir. Önemli olan husus temel hak ve özgürlükle böylesine ilişkili bir yetkinin ön inceleme görevlisi tarafından kullanılmamasıdır.

Gerçekten de ön inceleme aşamasında, CMK'ya göre arama, dinleme, yakalama, gözaltına lama, zorla getirme gibi soruşturma konusu yetkileri kullanma yetkisinin varlığını kabul etmek, kamu görevlilerini her durumda çeşitli yetkilerin kendisine karşı kullanılmasını engellemeye çalışan 4483 sayılı Kanun'un ruhu ile çelişmektedir. Aşağıda bu konunun ayrıntılarına girecektir.

d. Tanık dinleme

Tanıklık, kamu yararının ağırlık taşıdığı toplumsal bir görev olup kişiler bu görevi yerine getirmekle yükümlüdürler.

Tanıkların bu yükümlülüklerini yerine getirmeleri için öncelikle davetiye ile çağrılmaları gerekir. Esas bu olmakla beraber yargılamada sürati sağlamak amacı ile telefon, telgraf, faks ve benzeri haberleşme araçlarından da yararlanılması uygun görülmüş ve davetin bu araçlarla da yapılabilmesi kabul edilmiştir.

Tanık; olaylarla ilgili bildiklerini anlatmak zorunda olan üçüncü kişidir. Tanıklık önemli olduğu kadar tehlikeli kanıtlama aracıdır¹¹³. Tanık, duyu organları aracılığıyla algıladığı olayı anlatan kişidir. Kural olarak herkes tanıklık yapmak zorundadır. Aksi halde adalet gerçeği ortaya çıkmaz¹¹⁴. 5271 sayılı CMK'da yalnızca hâkim ve savcı huzurunda dinlenen kişiye tanık adı

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi içtihatları gereğince şüpheli veya sanığın isnadı öğrenme hakkı kapsamında bulunduğunu da kabul etmek gerekir. Oransallık ilkesi uyarınca, tanıkların zorla getirilmesi için uygulanan zorlama ve özgürlük kısıtlamalarının, gelmeyen tanığın duruşmada dinlenmesini veya savcılık tarafından çağırılmışsa ifadesine başvurulmasını sağlamaya yetecek oranda bir zamanla sınırlı olması, en kısa sürede çağırılan makama çıkarılması, bu kişilerin nezarete bekletilmemeleri, bu açıdan tanıkların, kolluk tarafından ertesi günü duruşmaya getirilmek için bir gün öncesinden şüpheli veya sanık gibi gözaltına alınması uygulamasının oransallık ilkesine ve Anayasanın 19 uncu maddesindeki kişi özgürlüğü ve güvenliğinin ihlaline aykırılık teşkil edebileceği unutulmamalıdır. Birikişiler hakkında da tanıklara ilişkin kurallar uygulanmalıdır. Mağdur ve şikâyetçiler bakımından da aynı kurallar geçerli sayılmalı ve amaca uygun olarak yorumlanmalıdır. Ayrıntılı bilgi için bkz., ÇAKMAK, Seyfullah, Yakalama Emri ve Zorla Getirme Kararının Hukuksal Açıdan Değerlendirilmesi, Adalet Dergisi, Yıl 98, Şubat-2006, Sa. 27, s. 177-179

¹¹³ YAŞAR, Osman, Uygulamalı ve Yorumlu Ceza Muhakemesi Kanunu, I. Cilt, Madde 1-156, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2009, s. 447-448

¹¹⁴ SOYASLAN Doğan, Ceza Muhakemesi Hukuku, b. 4, Yetkin Yayınevi, Ankara, 2010, s. 429

verilmiş olduğundan kolluk önünde dinlenen kişilerin faaliyetine tanıklık değil, “bilgi alma” adı verilebilir¹¹⁵.

Uyuşmazlık konusu maddi gerçeğin kuşkuya yer bırakmayacak biçimde ortaya çıkartılarak uyuşmazlığın çözüme kavuşmasını ve gerekiyorsa ceza yaptırımını ile karşılanmasını sağlamak için yapılan ceza yargılaması faaliyeti sırasında başvuru araçlarından olan kanıtların bir türü de tanıklıktır. Öğretide tanıklar, “*tarafaların dışında uyuşmazlık konusu olay hakkında suç muhakemesinde beş duyuları aracı ile öğrendiklerini yargıca bildiren, kişiler*” olarak tanımlanmıştır.¹¹⁶ Buna göre, yargılama makamı, gerek suçun kanıtlanmasında, gerekse suçu ve cezayı etkileyen hallerin var olup olmadığı hususunda tanık anlatımlarından kanıt olarak yararlanabilecektir.

Son soruşturma aşamasında kural olarak sözlü yöntemle dinlenecek olan tanığa tanıklığından önce adı, sanı, yaşı, işi ve oturduğu yer sorulacak, gerekirse tanıklığına ne dereceye kadar güvenilebileceği hakkında yargıcı aydınlatacak hallere yönelik ve özellikle sanık veya mağdurla olan ilişkilerine dair sorular yöneltilecek, hazırsa sanık da gösterilip, tanıklık edeceği dava hâkim tarafından kendisine anlatıldıktan sonra bildiklerini söylemeye davet olunacak, gerektiğinde önceden verdikleri beyanla son anlatımı karşılaştırılacak, aykırılık varsa nedeni, denetlenir düzeyde sorgulanıp aydınlığa kavuşturulacaktır. Keza tanıklık ettiği olayın aydınlanması ve anlattıklarının yeterince takdiri için gerek mahkeme üyeleri, gerekse sanık ve müdafii ile Cumhuriyet savcısının isteği üzerine kendisine sorular da sorulabilecektir.

Görüleceği üzere, Usul Yasasındaki bu düzenlemeler, hem yargılama makamı hem de yargılamanın diğer sùjelerinin, kimi yasalarda öngörülen ayrıksı durumlar dışında, tanıklık yapan kişinin kimliği ve bir kısım özelliklerini kuşkuya yer bırakmayacak biçimde bilmelerini ve böylelikle tanıklığının güvenilirliğini denetleyebilmelerini sağlamayı amaçlamaktadır¹¹⁷.

Ön inceleme görevlisi, tanığı CMK'nın 43. maddesi uyarınca önce çağrı kâğıdı ile tebligat yaparak çağırır. Çağrı kâğıdında “*mazeretsiz olarak gelmediğı takdirde zorla getirileceğı ve gelmemesinin sebep olduğı giderleri ödeyeceğı*” hususu şerh olarak yazılması gerekir. Tanık usulüne uygun

¹¹⁵ÖZTÜRK, Bahri, ERDEM, Mustafa Ruhan, Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku, b. 9, Seçkin Yayınevi, Ankara 2006, s. 360

¹¹⁶TOSUN, Öztekin, Türk Suç Muhakemesi Hukuku Dersleri, Cilt I, İstanbul, 1984, s. 742

¹¹⁷Bkz., YCGK., 11.10.2005 6MD/40-114

çağrıldığı halde geçerli bir mazereti olmaksızın gelmemiş ise CMK'nın 44. maddesine göre, zorla getirilebilir. Tanığın geçerli bir mazereti var ve bunu bildirmişse, (*örneğin sağlık raporu gibi*) bu durumda zorla getirme uygulanmayıp, yeniden usulüne uygun olarak çağırılması gerekir.

Çağrının teknolojinin sağladığı gelişmelerden yararlanarak örneğin telefon, telgraf, faks, elektronik posta gibi yollarla yapılması da mümkündür. Yalnız çağrı kâğıdı ile yapılan davete gelmemesinin sonuçları, bu hallerde uygulanmaz, yani kişi zora getirilemez. Tanık, dinlenmeye geçilmeden önce hangi konuda ve kiminle ilgili tanıklık yapacak ise bu hususta kendisine bilgi verilir. Tanığa tanıklıktan hakkı hatırlatıldıktan sonra tanıklık edeceği konulara ilişkin bildiklerini söylemesi istenir.

CMK'nın 58/2. maddesi uyarınca, tanık olarak dinlenecek kişilerin kimliklerinin ortaya çıkması, kendileri veya yakınları açısından ağır bir tehlike oluşturacaktır; kimliklerinin saklı tutulması için gerekli önlemler alınır. Kimliği saklı tutulan tanık, tanıklık ettiği olayları hangi sebep ve vesile ile öğrenmiş olduğunu açıklamakla yükümlüdür. Kimliğinin saklı tutulması için, tanığa ait kişisel bilgiler muhafaza edilir.

Bu bakımdan, ön inceleme görevlisinin tanığın ve hakkında ön inceleme yapılanın beyanlarını bizzat alması esastır. Ancak, herhangi bir sakıncanın bulunmadığı hallerde, hakkında ön inceleme yapılanın ve tanıklardan bazılarının soruşturma mahallinin dışındaki yerlerde bulunmaları, zaman kazanma ve tasarruf tedbirleri gibi nedenlerle şüpheli ve tanıkların bulunduğu yerdeki Cumhuriyet savcısı¹¹⁸, bir başka denetim elemanı veya daire amirleri eliyle sözü edilen kişilerin ifadesinin alınması mümkün olduğu belirtilmiştir¹¹⁹. Kanaatimizce bu aşamada ön incelemecinin Cumhuriyet savcısını istinabe yetkisi bulunmamaktadır. CMK'ya göre istinabe, aynı yetki ile donatılmış merciler arasında söz konusu olabilir.

¹¹⁸Bu konuya ilişkin olarak 2547 sayılı Kanun çerçevesinde bir suç hakkında "*ilk soruşturma*" ile görevlendirilen soruşturmacıya Bayburt Cumhuriyet Başsavcılığının vermiş olduğu 2002/6458 sayılı ve 9.2.2002 tarihli cevabı ilginçtir. Bayburt'ta ikamet eden kişinin ifadesinin alınması için, Erzincan'daki bir muhakkik tarafından gönderilen bir istinabe yazısına karşılık olarak Bayburt Cumhuriyet başsavcılığı, "*Mevzuatımızda yer alan istinabe ve talimat işlemlerinin uygulanmasında istinabe ve talimat işlemini yerine getirenin kendisinden talepte bulunan mahkeme veya Cumhuriyet Başsavcılığının yerine aynı yetkiyle hareket ettiği anlaşılmakla yapılan idari soruşturma niteliğindeki soruşturmada Cumhuriyet Savcılığının soruşturmaya katılıp ifade almasının ilgili kanuni düzenlemelere ve 4483 sayılı Kanun'a aykırı düşeceği görülmekle talebiniz yerinde görülmemiş olup*" diyerek, istinabe yoluyla ifade almayı reddetmiştir, Bkz., ÇAĞLAYAN, s.120, dipnot: 48.

¹¹⁹SAHİN, Faruk, "Ön İnceleme Yapmakla Görevlendirilen Kişilerin Yetki ve Sorumlulukları", SD, Ekim-Aralık 2004, Sa. 55, s. 103; Aktaran AKKAN, s. 83

aa. Tanıklıktan çekinme

Kural olarak, olay hakkında bilgi ve görgüsü olan herkes bu olayla ilgili bilgi ve görgüsünü yetkili makamlarla paylaşmak, tanıklık yapmak zorundadır. Tanıklıkta ifadenin kapsamına gelince, tanık ilke olarak eğer tanıklıktan çekinmesini gerektiren durumlar yoksa sorulan hususlarda bildiklerini söylemek zorundadır. Ancak, bazı hâllerde bu zorunluluk kişinin bağlı olduğu aile bağlarından kaynaklanan gerçeklere veya bazı mesleki, sosyal ve psikolojik durumlarla çelişebilir. Nitekim kendisinin veya bir yakınının cezalandırılması sonucuna götürecek zorunluluk, tanığı yalan beyana zorlama anlamını taşıyacaktır. Oysa tanıklık gerçeğin öğrenilmesi için bir araçtır. Bunun en iyi şekilde elde edilmesi, samimi, doğru tanıklıkla gerçeğe ulaşılması gerekmektedir. Yemin bunu sağlamaya yarayan bir araçtır. Bu şekilde tarafsızlığı sağlamaya çalışılır. Bazı özel haller sebebiyle, tarafsız olmayacağını bile bile kişiyi tanıklığa mecbur tutmak bu gerçeklerle bağdaşmayacağı için bu kimselere tanıklıktan çekinme olanağı tanınmıştır¹²⁰.

Kural olarak, olay hakkında bilgi ve görgüsü olan herkes bu olayla ilgili bilgi ve görgüsünü yetkili makamlarla paylaşmak, tanıklık yapmak zorundadır. Ancak Yasada tanıklık yapmasının kişinin kendi iç dünyası bakımından çelişkiye sürüklenmesi nedeniyle sağlıklı ifade veremeyeceği anlayışından hareketle, o kişinin kendisinin özel, ailevi ya da mesleki durumu sebebiyle bazı haller dikkate alınmış ve tanıklığa zorlanmaması benimsenmiştir. Tanıklık yapmaması olağan karşılanan bu hallerde kişi tanıklığa zorlanamaz. Bu hükümlerin amacı ceza yargılamasının temel ilkesi olarak kabul edilen maddi gerçeği doğruya en yakın ve adaletli şekilde bulabilmeye yöneliktir. Kişinin bazı hallerde tanıklığa zorlanması halinde yalan söyleyebileceği ve bunun da maddi gerçeği bulmayı zorlaştırabileceği kabul edilmiştir¹²¹.

bb. Tanıklıktan çekinme hakkı olan kişiler

CMK 45. maddesinde akrabalık nedeniyle tanıklıktan çekinme hakkı olanlar sayılmıştır. Hakkında ön inceleme yapılan kişinin; nişanlısı, evlilik bağı kalmasa bile karısı veya kocası, kan hısımlığı veya kayın hısımlığından üstsoy ve altsoy, üçüncü dereceye kadar (bu derece dâhil) kan hısımlığından yansoy hısımlığı ile evlilik bağı kalmasa bile üçüncü dereceye kadar bu derece dâhil kayın hısımlığından yansoy hısımlığı, evlâtlığı veya evlât edineni bu kapsamdadır.

¹²⁰GÖKCAN-ARTUÇ, s. 299

¹²¹GÖKCAN-ARTUÇ, s. 299

Ön inceleme görevlisi tarafından, tanıklıktan çekinebilecek olan kimseler dinlenmeden önce tanıklıktan çekinebileceklerinin bildirilmesi gerekir. Maddede tanıklıktan çekinmenin isteğe bağlı olduğu açıkça belirtilmiştir. Yasada öngörülen kurala uymadan yani, tanıklıktan çekinme hakkı hatırlatılmadan alınan ifadeler delil olarak değerlendirilemez.

CMK 45. maddesinin 2. fıkrasında da ayırtım gücüne sahip olmama nedeniyle tanıklıktan çekinme hakkı olanlar belirtilmiştir. Buna göre, yaş küçüklüğü, akıl hastalığı veya akıl zayıflığı olmasından dolayı tanıklıktan çekinmenin anlamını kavrayamayacak kişilerin dinlenmesi için yasal temsilcilerinin rızasının alınması gerekir. Eğer o olayda şüpheli veya sanık durumundaki kişi yasal temsilcinin kendisi ise çekinme hususunda karar veremez¹²².

CMK 46. maddesinde de mesleğinden kaynaklanan sır saklama yükümü nedeniyle tanıklıktan çekinme durumları düzenlenmiştir. Buna göre, üç meslek grubu bakımından belirli koşullarla tanıklıktan çekinme kabul edilmiştir. Burada tanıklıktan çekinme hakkının verilmesi kişilerin sahip olduğu meslekî sırların korunması amacına yöneliktir. Ön inceleme görevlisi tarafından, bu kimselere dinlenmeden önce tanıklıktan çekinebileceklerinin bildirilmesi gerekir.

Bu kapsamda ifade edilen meslek gruplarına göre konuyu irdelemek gerekirse öncelikle avukatların durumunu açıklayalım. Avukatlık sıfatı veya yüklendiği yargı görevi nedeniyle elde ettiği bütün sırları korumak zorundadır. Bu nedenle avukatlar veya stajyerleri veya yardımcıları, bu sıfatları dolayısıyla veya yüklendikleri yargı görevi nedeniyle öğrendikleri sırlar hakkında tanıklıktan çekinmesi gerekmektedir. Avukatın müvekkili ile haberleşmeleri de meslekî sır içindedir. Avukatın elde etmiş olduğu bilgiler meslekî sıfat dolayısıyla veya yargı görevi nedeniyle elde edilmiş değilse bu bilgiler bakımından tanıklıktan çekinme kabul edilemez.

İkinci olarak, hekimler, diş hekimleri, eczacılar, ebeler ve bunların yardımcıları ve diğer bütün tıp meslek veya sanatları mensupları, bu sıfatları dolayısıyla hastaları ile bunların yakınlarına ait öğrendikleri sırlar hakkında tanıklıktan çekinebilmeleri kabul edilmiştir.

Son olarak, malî işlerde görevlendirilmiş müşavirler ve noterlerin, hizmet verdikleri kişilerin, sıfatları dolayısıyla öğrendikleri sırları hakkında, tanıklıktan çekinebilecekleri belirtilmiştir.

¹²²GÖKCAN-ARTUÇ, s. 300

Madde gerekçesinden de anlaşıldığına göre avukatlar, stajyerleri veya yardımcılarının tanıklıktan çekinmeleri kesin bir zorunluluktur. Bunlar ilgilinin rızası bulursa bile yargı görevi sebebiyle öğrendikleri bilgilerde tanıklık yapamazlar. Ancak diğer 2 ve 3. meslek grupları için ilgilinin rızası varsa, çekinme zorunlu değildir¹²³.

CMK 48. maddesinde ise devlet sırrı nedeniyle tanıklıktan çekinme durumu ele alınmış olup, devlet memurları ve diğer kamu görevlilerinin, görevleri nedeniyle öğrendikleri ve saklamakla yükümlü oldukları devletin güvenliği veya temel dış yararlarına ilişkin sırlar hakkında, ne gibi koşullarla tanıklıkta bulunabilecekleri Kanunda gösterilmiştir¹²⁴. Devlet sırrı; açıklanması, devletin dış ilişkilerine, milli savunmasına ve milli güvenliğine zarar verebilecek, anayasal düzeni ve dış ilişkilerinde tehlike oluşturabilecek nitelikteki bilgilerdir¹²⁵.

Bu bağlamda ilgililerin tanık sıfatıyla dinlenmeleri sırrın ait olduğu makam âmirinin iznine bağlıdır. İzinsiz tanıklık yapan memurun fiili sırrın ifşası olarak kabul edilir ve eylemin durumuna göre TCK'nın 257. Maddesi çerçevesinde görevi kötüye kullanma suçu olarak da değerlendirilebilecektir¹²⁶.

CMK'nın 47. maddesinde, devlet sırrı niteliğindeki bilgilerde tanık dinlemek için münhasır yetkinin mahkemeye ait olduğu belirtilmekte, Cumhuriyet savcısının bile bu yetkiye sahip olmadığı anlaşılmaktadır. Bu nedenle, devlet sırrı niteliğindeki bilgiler için, ön inceleme görevlisinin tanık dinleyemeyeceği kabul edilmelidir¹²⁷.

cc. Tanığa yemin verilmesi

Kural olarak, tüm tanıklar dinlenmeden önce, CMK'nın 55. maddesindeki şekilde yemin etmek zorundadırlar. Ancak bazı kimseler yemin etme zorunluluğunun kapsamında değildir. CMK'nın 50. maddesine göre, bazı kimseler mutlak olarak yeminsiz dinlenir. Bunlar: a) Dinlenme sırasında on beş yaşını doldurmamış olanlar. b) Ayırt etme gücüne sahip olmamaları nedeniyle yeminin niteliği ve önemini kavrayamayanlar. c) Soruşturma veya kovuşturma konusu suçlara iştiraktan veya bu suçlar nedeniyle suçluyu kayırmaktan ya da suç delillerini yok etme, gizleme veya değiştirmekten şüpheli, sanık veya hükümlü olanlardır.

¹²³GÖKCAN-ARTUÇ, s. 300

¹²⁴GÖKCAN-ARTUÇ, s. 301

¹²⁵GÖKCAN-ARTUÇ, s. 301

¹²⁶YURTCAN, Ceza Yargılaması Hukuku, s. 266

¹²⁷GÖKCAN-ARTUÇ, s. 301

Diğer yandan, CMK'nın 50. maddesinde gösterilen kişilerin (akrabalık veya yeminin önemini anlama konusunda ayırtım gücüne sahip olmayanlar) yeminden çekinme hakkı vardır. Bunlar tanıklıktan ve yeminden çekinmezlerse, yemin verip vermeme konusunda takdir hâkime aittir. Ancak kişi tanıklıktan çekinme hakkı olduğu halde tanıklık yapmak istemekle birlikte yeminden çekinme hakkını kullanmak isterse o kişi yeminsiz olarak dinlenir.

CMK'nın 54. maddesine göre yemin verme yetkisi yalnızca hâkime tanınmıştır. İstisna olarak bu yetkinin ceza soruşturması yapmakla yetkili Cumhuriyet savcısına verildiği görülmektedir. Ön inceleme aşamasında henüz bir ceza soruşturması başlamış kabul edilmediği için ön inceleme görevlisinin tanık dinlerken yeminli olarak dinleme yetkisi bulunmamaktadır¹²⁸. Bazı yazarlar da¹²⁹ “işlemin idari olması nedeniyle, tanığın yeminsiz olarak dinlenebileceğini” kabul etmektedir. Bu nedenle ön inceleme görevlisinin tanıkları yeminsiz olarak dinlemesi gerekir¹³⁰.

CMK'nın 60. maddesine göre yasal olarak geçerli bir nedeni olmadan tanıklıktan veya yeminden çeken tanık bazı yükümlülöklere katlanmak zorundadır. Bu kişi hakkında tanıklıktan çekinmesinden kaynaklanan giderlere hükmedilmekle beraber, yemininin veya tanıklığının gerçekleştirilmesi için dava hakkında hüküm verilinceye kadar ve her hâlde üç ayı geçmemek üzere disiplin hapsine karar verilebilir. Tanıklığa ilişkin yükümlölüğüne uyması halinde, disiplin hapsine son verilir.

Kanaatimizce, ön inceleme görevlisi, soruşturduğu olay hakkında bilgisi olduğunu bildiği bir kimsenin gelip yasal hakkı olmadığı halde tanıklıktan

¹²⁸GÖKCAN-ARTUÇ, s. 301

¹²⁹Aktaran, KARAVAIZOĞLU, s. 93; ÇETİN, s. 462; PINAR, s. 440

¹³⁰Danıştay'a göre, Kanunlarda Memurin Muhakematı Hakkında Kanunu Muvakkatın uygulanacağı belirtilen hallerde, yeni durumda yürürlükte bulunan 4483 sayılı Kanuna bakılması; dolayısıyla ön inceleme ile görevlendirilen kişilerce 4483 sayılı Kanunda hüküm bulunmayan hususlarda Ceza Muhakemesi Kanununa göre işlem yapabileceklerini öngören 6 ncı maddesinin dikkate alınması gerekmektedir. Buna göre, 2547 sayılı Yükseköğretim Kanununun 53 üncü maddesi uyarınca üniversite personeli hakkında yetkili kurul tarafından verilen kararın cezai soruşturma niteliğinde olması ve bu karara esas olan soruşturma raporunu hazırlamakla yetkili kılınan soruşturmacının, bu kapsamda 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanununda yer alan yetkileri kullandığı hususunda tereddüt bulunmaması nedenleriyle, anılan Kanunun 54 üncü ve 55 inci maddelerine göre tanıklara yemin ettirilerek ifadelerinin alınması gerektiğini belirtmiştir. Bkz., Danıştay 1.D, 30.6.2015, 2015/1057 E-2015/1083 K. sayılı kararı. 2547 sayılı Yükseköğretim Kanununun 53 üncü maddesi uyarınca yapılan soruşturmaların 4483 sayılı Kanun'dan farklı olarak savcının tamamen devre dışı kaldığı “cezai soruşturma niteliğinde olması” göz önüne alındığında tanıkların yemin ile ifadelerinin alınması doğaldır. Ancak bu durum, 4483 sayılı Kanun kapsamında görevlendirilen ön inceleme görevlisi için geçerli olduğu anlamına gelmez.

çekindiğini görürse, Cumhuriyet savcısı aracılığı ile hâkimden, disiplin hapsi uygulanması karar verilmesini isteyebilir. Tek başına bu yetkiyi kullanamaz. Çünkü soruşturma izni verilmesine yetecek derecede yetkilerin kullanılması esastır¹³¹.

2.3. Bilirkişiye başvurma

a. Genel olarak

Bilirkişilik kurumu, soruşturmaların hızlı, etkin ve güvenilir yürütülmesi açısından hayati bir öneme sahiptir.

Bilirkişi, çözümü uzmanlığı, özel ve teknik bilgiyi gerektiren durumlarda bilgi ve düşüncesine başvurulmuş ve bir ispat sorunun çözümünde uzmanlığından yararlanan ve ispat sorununu çözmekle görevli kişilere yardımcı olan kişidir. Bu nedenle, bilirkişi olmanın başta gelen koşulu, uzmanlık seviyesinde özel bilgi sahibi olmaktır¹³².

Bilirkişinin görüşüne başvurulmuş konu ile ilgili gerekli uzmanlık veya özel ve teknik bilgiye sahip olup olmadığı hususunun araştırılarak denetime olanak verecek biçimde belgelendirilmesi önem arz etmektedir. Bununla birlikte özellikle genel ve hukuki bilgi ile çözülmesi olanaklı konularda bilirkişi dinlenilmemelidir.

CMK'nın 64. maddesine göre, il adli yargı komisyonu tarafından her yıl bilirkişi listeleri düzenlenmektedir. Ön inceleme görevlisi, bilirkişiyi mümkün oldukça bu listelerden seçmelidir.

Ön inceleme görevlisi de, çözümü özel ve teknik bilgiyi gerektiren konu ile karşılaşınca, bilirkişi dinleyebilir. Bilirkişi incelemesi yaptırılmasına ilişkin ön inceleme görevlisi tarafından verilen kararda, cevaplandırılması uzmanlığı, özel veya teknik bilgiyi gerektiren sorularla, inceleme konusu ve görevin yerine getirileceği süre belirtilir. Bu süre, işin niteliğine göre otuz günlük ön inceleme süresi göz önünde tutularak tespit edilir. Özel sebepler zorunlu kıldığında bu süre, bilirkişinin istemi üzerine, kendisini atayan görevlinin gerekçeli kararıyla uzatılabilir¹³³.

b. Bilirkişilik yapma zorunluluğu

İl adalet komisyonlarınca belirlenen bilirkişilere, orada yemin ettikleri için, yeniden yemin verilmez. Ancak listede yer almayanlara CMK'nın

¹³¹GÖKCAN-ARTUÇ, s. 302

¹³²YURTCAN, Ceza Yargılaması Hukuku, s. 274

¹³³GÖKCAN-ARTUÇ, s.303; AKKAN, s. 84

64/5. maddesindeki şekilde yemin verilir. İncelemesi sona erdiğinde bilirkişi tarafından bir rapor düzenlenir. Raporunda yaptığı işlemleri ve vardığı sonuçları açıklar. Kendisinden istenen incelemeleri yaptığını ayrıca belirterek, imzalayıp ön inceleme görevlisine teslim eder. Yaptığı iş karşılığında, bilirkişinin emek ve zamanıyla orantılı bir ücret kendisine ön inceleme görevlisi tarafından ödenir¹³⁴.

Bilirkişi kendisine önerilen görevi kabul etme zorunluluğu yoktur. Tanıklıktan çekilmeyi gerektiren nedenler bilirkişilikten çekilmek için de geçerlidir.(CMK m. 70). Ancak belirtmek gerekir ki, bazı kişi veya kurumlar, bilirkişilik görevini kabul etmekle yükümlüdür. Bunlar, a) Resmî bilirkişilikle görevlendirilmiş olanlar ve il adli yargı komisyonlarının belirlediği listelerde yer almış bulunanlar; b) İncelemenin yapılması için bilinmesi gerekli fen ve sanatları meslek edinenler; c) İncelemenin yapılması için gerekli mesleği yapmaya resmen yetkili olanlardır.

Danıştay, 4483 sayılı Memurlar ve Diğer Kamu Görevlilerinin Yargılanması Hakkında Kanununun, Kanunlarda Memurun Muhakematı Hakkında Kanunu Muvakkatın uygulanacağı belirtilen hallerde bu Kanun hükümlerinin uygulanmasını öngören 16 ncı maddesi ile ön inceleme ile görevlendirilen kişi veya kişilerin, (4483 sayılı) bu Kanunda hüküm bulunmayan hususlarda Ceza Muhakemeleri Usulü Kanununa göre işlem yapabileceklerini öngören 6 ncı maddesi dikkate alındığında, 2547 sayılı Yükseköğretim Kanununun 53 üncü maddesi uyarınca üniversite personeli hakkında yetkili kurul tarafından verilen kararın cezai soruşturma niteliğinde olması ve bu karara esas olan soruşturma raporunu hazırlamakla yetkili kılınan soruşturmacının, bu kapsamda 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanununda yer alan yetkileri kullandığı hususunda tereddüt bulunmaması nedenleriyle, bilirkişi görüşüne ihtiyaç duyması hallerinde soruşturmacının doğrudan Adli Tıp Kurumuna başvurabilmesine yasal bir engel bulunmadığını belirtmiştir¹³⁵.

2.4. Keşif Yapılması

Keşif, ispat konusunda kanaat sahibi olmak için yapılan bir araştırmadır. Bu kanaate ulaşmak için hâkim canlı veya cansız her şey üzerinde böyle bir araştırma yapabilir. Bu bakımdan her çeşit yer ve nesne üzerinde inceleme yapılabileceği gibi insanın canlı iken bedeninde veya çevresinde ya da öldükten sonra cesedi üzerinde keşif yapılabilir. Keşif işleminin yapılmasında çeşitli duylardan yararlanmak mümkündür. Keşif, görme, işitme, koklama,

¹³⁴GÖKCAN-ARTUÇ, s.303; AKKAN, s. 84

¹³⁵Danıştay Birinci Dairesi 5.11.2013 tarihli ve 2013/1203 E - 2013/1346 K. sayılı Kararı

dokunma duyularıyla gerçekleştirilebilir¹³⁶. Edinilen kanaat bir tutanakla tespit edilir.

Kural olarak keşif hâkim tarafından yapılır. Ceza soruşturması aşamasında savcı tarafından yapılabileceği gibi işin özelliği gerektirmekte ise ön inceleme görevlisi tarafından da yapılabilir. Ön inceleme görevlisinin ilke olarak böyle bir yetkisi yoktur. Ancak gecikmesinde sakınca bulunan ve gerekli olan durumlarda ön inceleme görevlisi ‘olay yeri incelemesi’ yaparak bilgi toplayabilir. Ön inceleme görevlisi, kâtip olarak atadığı kimseyle hatta gerektiğinde atadığı bilirkişiyle birlikte olay yerine giderek gözlemlerine ilişkin tutanak düzenler. Olay yerinde görülenler, fotoğraf, kamera gibi araçlarla tespit edilir¹³⁷.

3. Koruma Tedbirlerinin Uygulanması

3.1. Genel Olarak Koruma Tedbirleri

Koruma tedbirleri ve bu tedbirlerin kapsamına ilişkin düzenlemeler, bireylerin hak ve özgürlüklerini yakından ilgilendirmesi bakımından o ülkenin demokratik hukuk devleti ve sistemi hakkında birer ölçüt olarak kabul edilmekte temel insan hak ve özgürlüklerini çok yakından ilgilendirmesi bakımından ülke anayasalarında temel esaslarının düzenlendikleri görülmektedir. Anayasamızda da koruma tedbirlerine ilişkin önemli anayasal düzenlemeler yer almaktadır.

Kısıtlanmakta olan hakka bağlı olarak, koruma tedbirlerinin birkaç türü belirlenebilir: “aa.Kişisel özgürlükleri etkileyen zorlayıcı tedbirler (tutuklama, gözaltı, kefaletle salıverme), bb.Diğer kişisel hakları etkileyen zorlayıcı tedbirler (araç kullanma, belli bir meslek faaliyetini yürütme veya herhangi bir kamu görevinde bulunma hakkından yoksun bırakma, oturulan meskenden zorla çıkarılma ...), cc.Kişisel bütünlüğü etkileyen zorlayıcı tedbirler (vücut üzerinde yapılan kan veya DNA testleri, bir sağlık kuruluşuna yatırılma ...), dd. Mülkiyeti etkileyen zorlayıcı tedbirler (mülke el konulması ...), ee.Mahremiyeti etkileyen zorlayıcı tedbirler(özel mülke girilmesi, kişisel kayıtların incelenmesi, kişisel iletişimin dinlenmesi ...)”¹³⁸.

¹³⁶YURTCAN, Ceza Yargılaması Hukuku, s. 294

¹³⁷GÖKCAN-ARTUÇ, s.304

¹³⁸“Türk Ceza Adalet Sisteminin Etkinliğinin Geliştirilmesi” Avrupa Birliği - Avrupa Konseyi Ortak Projesi, Arama ve El Koyma Tedbirleri Modülü, Hazırlayanlar; Juan Carlos Da SILVA (Koruma Tedbirlerinin Genel Özellikleri), Albrecht STANGE, (AİHM Kararlarında Ortaya Konulan Temel İlkeler), Doç. Dr. Ali Kemal YILDIZ (Arama ve El Koyma Tedbirleri), s. 19

CMK kapsamında koruma tedbirleri ile ceza soruşturmasını veya kovuşturmasını sağlıklı biçimde yürütmek gayesi güdülmektedir. Ceza muhakemesi sırasında başvuru tutuklama, yakalama ve arama gibi koruma tedbirleri, bu yargılamanın sağlıklı bir biçimde yapılması, maddi gerçeği en doğru şekilde tespit edebilmek için, delillerin iyi korunması ve sonuçta verilen kararın infazını sağlamaya yönelik araçlardır. Adil yargılamanın temel gereklerinden birisi de, muhakemenin mümkün olduğunca kısa bir zamanda sonuçlandırılması ve hükmün infaz edilebilmesidir. Bu nedenle koruma tedbirleri, ceza muhakemesinin yapılmasını ve bunun sonunda verilecek kararın yerine getirilmesini ve muhakeme giderlerinin karşılanmasını sağlamak için verilen ve hükümden önce temel hak ve özgürlüklere müdahaleyi gerektiren yasal çareler olarak tanımlanabilir¹³⁹.

Bu özellikleri nedeniyle koruma tedbirleri uygulanmaksızın bir ceza soruşturmasını veya kovuşturmasını sağlıklı biçimde yürütmek pek kolay ve mümkün olmayacaktır.

3.2. Koruma Tedbirlerinin Özellikleri ve Ön Şartları

a. Koruma tedbirlerinin özellikleri

Koruma tedbirlerinin özellikleri bunların vasıta olmaları ve geçici özellik göstermeleridir. Koruma tedbirleri, kendi başına bir anlam ifade etmeyen, muhakeme boyunca eski durumu yaşatmak veya verilecek kararın yerine getirilebilir olmasını sağlamak için kullanılan birer vasıta niteliğindedir¹⁴⁰. “Geçici oluş” ise koruma tedbirleri kural olarak geçicidir, daha açık bir deyişle bir yaptırım türü değildir. İstenilen amaca ulaşıldığında kendiliğinden sona erer. Böylece muhakeme daha kolay yapılabilir, verilecek kararın infazı sağlanabilecektir¹⁴¹.

b. Koruma tedbirlerinin ön şartları

Koruma tedbirlerinin ön şartları ise gecikmede tehlike, haklı görünüş ve orantılılık olarak ifade edilebilir. Koruma tedbirlerine ancak gecikmesinde tehlike, sakınca bulunan hallerde başvurulabilir. Bu tehlike olmadan koruma tedbirlerinin uygulanması, gereksiz yere hak ve hürriyetlerin sınırlandırılması sonucunu doğurur. Gecikmezlik durumundan söz etmek için tehlikenin

¹³⁹ÖZBEK, Veli Özer, Yeni Ceza Muhakemesi Kanununun Anlamı, b. 1, Seçkin Yayınevi, Ankara 2005, s.311

¹⁴⁰KUNTER, Nurullah – YENİSEY, Feridun, NUHOĞLU, Ayşe, Ceza Muhakemesi Hukuku, b.14, Arıkan Yayınevi, İstanbul Mart 2006, s. 756; GÖKCAN-ARTUÇ, s. 610

¹⁴¹ÖZBEK, s. 311; GÖKCAN-ARTUÇ, s. 610

muhtemel bir zarar doğurma ihtimalinin ötesinde olması gerekir. Herhangi bir muhtemel tehlike yeterli sayılmaz, somut bir tehlikenin varlığı aranır. Derhal müdahale edilmediği takdirde korkulan zararın meydana gelmesi ihtimalinin varlığını makul bir surette kabul ettirecek müşahhas ve fiili unsurlarla belirlenen bir tehlike söz konusu olmalıdır¹⁴².

CMK'nun arama ile ilgili 119, iletişimin tespiti ve dinlenilmesiyle ilgili 135 ve gizli soruşturmacı görevlendirilmesiyle ilgili 139. maddelerinde “*gecikmesinde sakınca bulunan hal*” sözcükleriyle; gözaltının düzenlendiği, 91. maddede “*bu tedbirin soruşturma yönünden zorunlu olması*” ibareleri ile bu durum vurgulanmıştır¹⁴³. Pek çok koruma tedbirinde de “*kuvvetli şüphe*” den bahsedilmektedir (m. 100, 116, 128, 133, 135, 139, 140). Tüm bu hususlara riayet edilmesi haklı görünüş ilkesi ile açıklanır¹⁴⁴.

“*Gecikmesinde sakınca bulunan hal*” deyiminin anlamı Yakalama, Gözaltına Alma ve İfade Alma Yönetmeliğinde ve Adli ve Önleme Aramaları Yönetmeliğinde açıklanmıştır. Yakalama, Gözaltına Alma ve İfade Alma Yönetmeliğinde, derhâl işlem yapılmadığı takdirde suçun iz, eser, emare ve delillerinin kaybolması veya şüphelinin kaçması veya kimliğinin saptanamaması ihtimalinin ortaya çıkması hâlini; Adli ve Önleme Aramaları Yönetmeliğinde ise; (a) Adli aramalar bakımından; derhâl işlem yapılmadığı takdirde suçun iz, eser, emare ve delillerinin kaybolması veya şüphelinin kaçması veya kimliğinin tespit edilememesi ihtimalinin ortaya çıkması ve gerektiğinde hâkimden karar almak için vakit bulunmaması hâlini; (b) Önleme aramaları bakımından, derhâl işlem yapılmadığı takdirde, millî güvenlik ve kamu düzeninin, genel sağlık ve genel ahlâkın veya başkalarının hak ve hürriyetlerinin korunmasının tehlikeye girmesi veya zarar görmesi, suç işlenmesinin önlenememesi, taşınması veya bulundurulması yasak olan her türlü silâh, patlayıcı madde veya eşyanın tespit edilememesi ihtimalinin ortaya çıkması ve gerektiğinde hâkimden karar almak için vakit bulunmaması hâlini ifade etmektedir.

“*Haklı görünüş*” ise koruma tedbirine başvurulmasında kesin haklılık halinin aranması değil görünüşte haklılık oluşturacak makul gerekçelerin olmasını gerektirir. Başvurulmaması halinde oluşacak kayıpların önlenmesi için başvurulması kabul edilmektedir. Bunlar bir tehlike tedbiri olduğundan, bir

¹⁴²KUNTER- YENİSEY- NUHOĞLU, s. 757; GÖKCAN-ARTUÇ, s. 610

¹⁴³GÖKCAN-ARTUÇ, s. 610

¹⁴⁴ŞAHİN, Cumhuriyet, Ceza Muhakemesi Hukuku, b. 5, Seçkin Yayınevi, Ankara 2014, s. 273

hakkın tehlikede olmasını gerektirir. Ancak hakkın bulunup bulunmadığının araştırılması zaman alacağından ve koruma tedbirindeki yakın tehlike gecikmeye müsaade etmediğinden, önleme tedbirinden farklı olarak haklı görünüşle yetinme zorunluluğu vardır¹⁴⁵.

Orantılılık ise hak ve hürriyetlerden kısıntı olarak ödenen bedel ile bir yandan korkulan zararın ağırlığı, bir yandan da zarar ihtimalinin kuvveti arasında, ihtiyacın gerektirdiği ölçüde ikili bir denge aranmasıdır¹⁴⁶.

3.3. 4483 sayılı Yasaya Tabi Kimseler Açısından Uygulama Sorunu

Görevi sebebiyle bir suç işlediğinde koruma tedbirleri ne zaman ve hangi koşullarda uygulanacaktır? “Ön inceleme ile savcı aynı yetkilerle donatılmamıştır. Savcı, yürüttüğü bir soruşturma sonucunda dava açıp açmamaya karar verebilecektir. Ancak ön inceleme görevlisinin böyle bir yetkisi yoktur. Ön inceleme görevlisi, sınırlı yetkiye sahiptir. Çerçevesi soruşturma buyruğudur. Cumhuriyet savcısı için ne bir buyruk ne de bir sınırlama söz konusu değildir. Ön inceleme görevlisinin işin mahiyeti icabı doğrudan koruma tedbiri yetkilerini kullanması birçok sorunu ortaya çıkarır. Hâkimden doğrudan karar istemesi ve bu talebin reddi halinde yasa yolu açık mıdır? Açıkça kim başvuracaktır? Karar verilmesi durumunda soruşturmanın dış yönetim birimleriyle yazışma yetkisinin boyutu ne olacaktır? Gerektiğinde bunu soruşturma emri veren yetkilinin yapıp yapamayacağı hususları bir soru olarak karşımıza çıkmaktadır¹⁴⁷.

4483 sayılı Kanun’un 6. maddesine göre, ön inceleme ile görevlendirilen kişi veya kişiler, bakanlık müfettişleri ile kendilerini görevlendiren merciin bütün yetkilerine sahiptir.

Ayrıca ön inceleme görevlileri, ön inceleme yaparken öncelikle 4483 sayılı Kanun hükümlerini uygulamaları, orada hüküm bulunmayan durumlarda 5271 sayılı CMK’ya göre işlem yapmaları gerekmektedir. Ancak, bu yetkinin idari soruşturma sonunda yapılacak değerlendirme bakımından gerekli olduğu ölçüde benzer usul işlemlerini yapabilmesi olarak anlaşılması gerekir. Aksine CMK’ya yapılan atıftan kaynaklanan yetkiden, Cumhuriyet savcısının kolluk ve hâkime karşı çeşitli tedbir ve isteklerde bulunma konusunda sahip olduğu soruşturma yetkilerinin tümünü içerdiği sonucu çıkarılamaz¹⁴⁸.

¹⁴⁵KUNTER- YENİSEY- NUHOĞLU, s. 759; GÖKCAN-ARTUÇ, s. 611

¹⁴⁶KUNTER- YENİSEY- NUHOĞLU, s. 760; GÖKCAN-ARTUÇ, s. 611

¹⁴⁷SELÇUK, Memur Yargılaması Hakkında, s. 111

¹⁴⁸GÖKCAN-ARTUÇ, s. 295

Bu halde ön inceleme aşamasında CMK'da düzenlenen koruma tedbirlerine ilişkin yetkiler nasıl kullanılacaktır. Öncelikle, 4483 sayılı Kanun'un 4/1. maddesi uyarınca ihbar veya şikâyeti alan Cumhuriyet savcısı ivedilikle toplanması ve kaybolma ihtimali bulunan delilleri tespit edecektir. Soruşturma izni için başvuru yapmadan önce zorunlu olan arama, dinleme gibi koruma tedbirlerine başvurmak gerekli ise, bunlar uygulanarak bu deliller Cumhuriyet savcısı tarafından toplanır. (Soruşturma izni için gönderildikten sonra savcının koruma tedbirlerine bu aşamadan sonra başvurması gerekir.)?

Ön inceleme yetkilisi ise kendisinin bizzat toplayabileceği veya istinabe suretiyle başka yerdeki idari mercie toplatabileceği delilleri toplar. Ancak hâkimden CMK'da düzenlenen koruma tedbirlerini doğrudan isteyemeyeceği kabul edilmektedir¹⁴⁹. Ön inceleme aşamasında koruma tedbirlerine başvurmak gerekli olursa, savcıcıyı aracı kılarak hâkimden gerekli kararı alması gerekir. 4483 sayılı Kanun'un 4/1. maddesinde Cumhuriyet savcısına “*ivedilikle toplanması gerekli ve kaybolma ihtimali bulunan delilleri tespit*” yetkisi verildiğine göre, ön inceleme görevlisinin bu aşamada da Cumhuriyet savcısından bu konuda istemde bulunarak gereken arama, el koyma gibi tedbirler için karar alması düşünülmelidir. Zira aksi düşünülerek tedbir talebini doğrudan hâkimden isteyebileceği ileri sürülse dahi, ön soruşturma görevlisinin Cumhuriyet savcısının yetkilerine sahip bulunmaması nedeniyle, adli kollukla yazışması ve tedbir kararlarının infazını temin etmesi de mümkün olmayacaktır. Bu bakımdan belirtilen aşamada Cumhuriyet savcısı aracılığı ile bu tedbirlere başvurulması kanuna uygun bir çözüm olarak kabul edilmelidir¹⁵⁰.

¹⁴⁹GÖKCAN-ARTUÇ, s. 611 vd.

¹⁵⁰GÖKCAN-ARTUÇ, s.614-615; Mahkemelerce veya hâkim tarafından 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu uyarınca verilecek, 74'üncü maddede düzenlenen gözlem altına alınma, 94'üncü maddede öngörülen yakalama emri üzerine soruşturma veya kovuşturma evresinde yakalanan kişilerin, en geç yirmidört saat içinde yetkili hâkim veya mahkeme önüne çıkarılmıyorsa, aynı süre içinde en yakın sulh ceza hâkimi önüne çıkarılmadığı ve serbest bırakılmadığı takdirde, yetkili hâkim veya mahkemeye en kısa zamanda gönderilmek üzere tutuklanması, 98'inci ve 199'uncu maddelerde düzenlenen yakalama emri, 101'inci maddede düzenlenen tutuklama, 110'uncu maddede düzenlenen adli kontrol, 119'uncu maddede düzenlenen arama, 127'nci maddede düzenlenen el koyma, 135'inci maddede düzenlenen iletişimin tespiti, dinlenmesi ve kayda alınması (137'nci maddenin üçüncü ve dördüncü fıkrasında açık bir şekilde bu kararların takibinin, soruşturma kapsamıyla ilgili olmayanların imhası ve kişilere sonucu hakkında yazılı bilgi verilmesinin cumhuriyet savcısının yetkisi dâhilinde olduğu, 138'inci maddede tesadüfen elde edilen deliller bulunduğu takdirde muhafaza altına alınacağı ve durumun cumhuriyet savcılığına derhâl bildirileceği belirtilmiştir.), 140'nci maddede düzenlenen teknik araçlarla izleme (maddenin dördüncü fıkrasında açık bir şekilde cumhuriyet savcısının yetkili olduğu belirtilmiştir.), 146'ncı ve

Gerçekten de temel hak ve özgürlüklerin önemli bir parçası olan yakalama ve gözaltına alma, el koyma, arama, zorla getirme, adli kontrol ve tutuklama, iletişimin denetlenmesi gibi koruma tedbirlerine ancak Anayasa uyarınca açıkça ve şartları kanunla belirtilmek suretiyle müdahale edilebilir (*Anayasa m. 13*). Kanunda açık bir düzenleme yoksa kıyas yoluyla o işleme başvurup delil edilemez. Gerek koruma tedbirleri gerekse savcıya özel yetki veren düzenlemeler (*fizik kimliğin tespiti m. 81, gözaltı m.91, olay yeri incelemesi PVSK m. Ek 6, yüzleştirme PVSK m. Ek 6 gibi*) bağlamında yapılan işlemler de temel hak ve özgürlüklere bir müdahale niteliği taşımaktadır. Kanunla sınır ve çerçevesi çizilmiştir¹⁵¹.

Hal böyle iken görevi “*soruşturma izni*” verip vermeme konusunda karar verecek olan yetkili mercie rapor sunmak ve bu çerçevede yetki kullanmaktan ibaret olan ön inceleme görevlisinin henüz bu aşamada pek çoğu hakkında başvurulabilmesi için “*son çare*”, “*zorunluluk*”, “*somut delil*” ve “*kuvvetli şüphe*” kriterleri aranan koruma tedbirlerine başvurusunun uygun olmadığına altını çizmek gerekir. Koruma tedbirleri soruşturma aşamasında bile uygulanması sıkı koşullara bağlanmış olan tedbirlerdir. Bu aşamada yapılan işe, idari bir incelemeden ibaret olup soruşturma olmadığına göre, ancak soruşturmada yapılabilecek ve sıkı koşullara bağlanmış tedbirlere de -savcı vasıtasıyla da olsa- başvurulmaması gerekir. Ön incelemenin amacının ve ön incelemecinin yetkilerinin sınırlı olduğu unutulmamalı; O halde, koruma tedbirlerine başvurmak gibi yetkileri kullanmaya elverişli olmayan bu aşamada, bir soruşturma açılmasına gerek olup olmadığı hususunun araştırılmasına yetecek nitelikte işlemler yapılmakla yetinilmelidir.

D. SONUÇ

Ön inceleme, kamu görevlilerinin soruşturulması kapsamında idari makamlar tarafından yerine getirilen ve neticesinde idari disiplin yaptırımı veya adli bir yaptırım uygulanması için soruşturma açılması ya da incelenen

199’uncu maddelerde düzenlenen zorla getirme kararları, CMK 75 ve 76’ncı maddelerde düzenlenen şüpheli, sanık ve mağdurun beden muayenesi ve vücuttan örnek alınmasına, 76’ncı maddesinde düzenlenen kadının muayeneye gönderilmesine ve 78’inci maddede düzenlenen moleküler genetik incelemelerle ilgili mahkeme kararları (mahkemelerce kişilerin sevk edilmek suretiyle doktor raporlarının aldırılması ve vücudundan örnek alınması talepleri), 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu’nun 36’ncı maddesi uyarınca infaz edilmesi gereken nitelik taşımaları sebebiyle Cumhuriyet başsavcılıkları aracı kılınmak suretiyle yapılmalıdır. Ayrıntılı bilgi için bkz., Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulu Genel Sekreterliği’nin tüm Cumhuriyet başsavcılıklara gönderdiği 25/03/2011 ve B.03.1.H SK.07.0.12.04-045.02-6-2011/31/3099 sayılı duyurusu

¹⁵¹ŞAHİN, s.107

konunun soruşturulmasına gerek olup olmadığı biçiminde bir kararı vermek üzere yürütülen bir idari incelemedir. İddia konusu edilen eylemin durumuna göre, eylemin gerçekliğini, mahiyetini, çerçevesini ve genel hatları ile delillerin neler olduğunu araştıran idari bir inceleme ve araştırma mahiyetindedir¹⁵².

Ön inceleme görevlisinin görevinin belli bir çerçevesi vardır. Onun görevi, tüm kanıtları eksiksiz toplamak veya ek deliller elde edip kamu davası açacak kadar dosyayı olgunlaştırmak değildir. Burada maksat, bir suçun varlığına ilişkin iddianın ve eylemin durumuna göre ilgili hakkında yargılama yapılmak üzere soruşturma açılmasına değer nitelikte olup olmadığı konusunu takdir etmeye yetecek bir araştırma yapmaktır.

Memurin Muhakematı Hakkında Kanunu Muvakkat, memurlar hakkında yapılacak ilk soruşturmayı idarî makamlara bırakan bir sistem idi. Dolayısıyla savcı yerine geçerek yapılan bir hazırlık soruşturması idi. Yeni 4483 sayılı Kanunda ise sistem değişikliğine gidilip izin sistemi getirildiği için bu aşamada yapılan işlem bir soruşturma değil, soruşturmaya geçilip geçilmeyeceğini belirleyen inceleme mahiyetindedir. Zaten soruşturmanın getirdiği olumsuz sonuçlardan zarar görmemesi için soruşturmaya gerek olup olmadığını tayin edebilmek için böyle bir güvence niteliğinde süzgeç öngörölmüş bulunmaktadır.

Ön inceleme, ceza yargılamasında soruşturma evresine dâhil bir soruşturma işlemi olmayıp soruşturma öncesi bir idari aşamadır. Bu inceleme sonucunda soruşturma aşamasına geçilmesine yer olup olmadığını değerlendirecek olan yetkili mercide suç isnadının ciddi olup olmadığı ve bu doğrultuda izin verilip verilmemesi konusunda kanaat oluşturmak için yapılmaktadır. Ceza soruşturması ise bir suça ilişkin eylemlerin araştırılması ve bunun varlığının delillerle tespiti halinde mahkemeye hitaben düzenlenecek iddianame ile neticelenen suç soruşturmasını ifade eder.

Bu iki kavram ve kurum birbirinden tamamen farklı esas ve usullere tabidir. Çoğu zaman birbirini tamamlayan bu iki müessese çoğu yönlerden birbirinden farklılık göstermektedir. Yapılmakta olan soruşturma ya da incelemenin niteliğine göre, aralarında delil elde etme ve koruma tedbirleri gibi istisnai ve ancak suç soruşturmasında cumhuriyet savcıları ve hâkimler

¹⁵²Ön inceleme; 4483 sayılı Kanunun uygulanmasına ilişkin hazırlanan İçişleri Bakanlığı Yönergesinde kapsamına giren memur ve diğer kamu görevlileri hakkında yapılan ihbar ve şikâyete konu olan eylem ve işlemlerinin hukuki durumunun tespiti amacıyla yapılan inceleme ve soruşturma çalışmaları olarak tanımlanmıştır. http://hukuk.icisleri.gov.tr/ortak_icerik/hukuk/BİRİNCİ_BÖLÜM.pdf

tarafından kullanılabilir bazı yetkilerin kullanımı bakımından da farklılık olması da pek tabiidir.

Ön inceleme görevlisinin yetkileri çerçevesinde asıl üzerinde durulması ve sınırlarının tam belirginleştirilmesi gereken konu, koruma tedbirlerinin uygulanmasıdır. Diğer yetkilere göre kişi haklarını daha çok ihlal etmeye elverişli olan koruma tedbirleri, en temel insan haklarına açık bir müdahale niteliğinde olması sebebiyle daha fazla önem taşır. Ceza soruşturması bağlamında başvuru koruma tedbirleri istisnai işlemlerdir. Dolayısıyla, asıl kural bunlara zorunluluk olmadıkça başvurulmasıdır. Anayasa ve diğer yasalarda kişilerin sahip olduğu hakları kullanmakta özgür olduğu ifade edilmiş olup ceza soruşturması kapsamında başvuru koruma tedbirleri bunların birer istisnasıdır. Bu bakımdan, kanunda açık hüküm olması halinde başvurulmalı ve uygulaması katı bir yoruma tabi tutulmalıdır. Diğer bir ifadeyle mutlaka kanunla açıkça imkan tanınan hallerde ve yetki verilen organlar tarafından uygulanmalıdır¹⁵³.

Genel olarak özetlemek gerekirse, koruma tedbirlerinin uygulanmasında bir kısım ölçüler aranmaktadır: Her şeyden önce bunlara her zaman değil, sadece gecikmesinde sakınca bulunması halinde ve başka surette delil elde edilmesinin imkânsız olması durumunda başvurulacaktır. Koruma tedbirlerine başvurulduğunda bu yola başvurmada en azından görünüşte haklılık bulunması ve bu tedbire başvurulması neticesinde elde edilecek yarar ile bu tedbirlerin kişi üzerinde etkileri bakımından orantılılık ilkesinin gözetilmesi gerekir. En önemlisi de başvuru usulü ve yetki bakımından temel hak ve özgürlükleri yakından ilgilendirmesi itibarıyla bu tedbirlere hâkim kararı ile başvurulması, istisnai bazı durumlarda Cumhuriyet savcısının talimatı ile uygulanması bile bunun da hâkim onayına sunulması zorunluluğu aranmaktadır.

Anayasa'nın 19. maddesi ve CMK'nın ilgili maddelerindeki düzenlemeler karşısında; bu yetkilerin, ceza muhakemesinde suç soruşturması öncesi aşamada cereyan eden idari inceleme aşamasındaki işlemler sırasında hâkim ve savcı olmayan idari görevlilerce kullanılması yerinde olmayacaktır. Bunun kabul edilmesi, anayasal koruma ve güvence altına alınan temel hak ve hürriyetlerin, hukuk devletinin olmazsa olmazı niteliğinde bulunan temel hak ve hürriyetlerin korunması ilkesinin zedelenmesine yol açacak ve bu durum Anayasa ve ceza yargılamasının temel ilkelerine aykırılık teşkil edecektir.

¹⁵³“Türk Ceza Adalet Sisteminin Etkinliğinin Geliştirilmesi” Avrupa Birliği-Avrupa Konseyi Ortak Projesi, Arama ve El Koyma Tedbirleri Modülü, s. 14

Kısaca, koruma tedbirleri bir hakkın sınırlandırması sonucunu doğurur ve bu bakımdan koruma tedbirlerinde kanunilik ilkesi geçerlidir. Dolayısıyla, koruma tedbirlerine ilişkin hükümleri kıyas yoluyla genişletmek mümkün değildir. Kanunla düzenlenmemiş bir konuda koruma tedbirlerine ilişkin yasal çerçevenin dışına çıkılıp kıyas yoluyla genişletme anlamına gelecek uygulamaya gidilmesi ve ön inceleme görevlisinin bunları uygulaması doğru olmayacaktır.

Öte yandan, AİHM'nin verdiği kararlar çerçevesinde değerlendirildiğinde, devletlerin kamu görevlilerine isnat edilen iddialar ile ilgili etkin soruşturma yürütme zorunluluğunu yerine getirme yükümlülüğü altında oldukları görülmektedir(Bozkır ve Diğerleri/Türkiye §56, 24589/04). AİHM'ne göre etkili soruşturma yapmak yükümlülüğü soruşturmanın tam ve etkin yapılmasını, kişilerin temel haklarını korumayı sağlamaya yönelik soruşturma ve yargılama yapılması zorunluluğunu gerektirir.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi sadece yalın bir soruşturmanın varlığını yeterli görmemekte, bu soruşturmanın belli nitelikleri haiz olmasını aramaktadır. Aksi halde etkili soruşturma yükümlülüğü yerine getirilmediğinden ihlal kararı verebilmektedir.

Bu kapsamda etkin soruşturma bakımından dikkat edilmesi gereken hususları şöylece özetlemek mümkündür:

İlk olarak, soruşturma yapmakla sorumlu olan kişilerin bağımsız ve tarafsız olması gerekmektedir. Bu bağımsızlık ve tarafsızlık, hem hukuken güvence altında olmayı; hem de uygulamada da bunun pratikte karşılığının olmasını gerektirir. 4483 sayılı Kanun'da öngörülen mevcut sistemin bu özellikleri karşıladığını ifade etmekten çekekten zordur.

İkincisi, suç faillerini ortaya çıkarmaya ve cezalandırmaya imkân veren, kamu görevlisinin suçlandığı olaya dair her türlü delili güvence altına alan yeterli ve etkili bir soruşturmanın varlığı aranmaktadır.

İdareye kusur atfedilebilir bir olayda buna sebebiyet veren ve sorumluluğu olduğu iddia edilen kamu görevlileri hakkında yapılacak cezai soruşturmasının 4483 sayılı Memur ve Diğer Kamu Görevlilerinin Yargılanması Hakkında Kanun uyarınca idari izne bağlı olması ve bu Kanun sebebiyle oluşan cezasızlıklar ya da gecikmeler AİHM tarafından ihlal gerekçesi sayılmaktadır¹⁵⁴. Özellikle kamu görevlilerinin neden olduğu iddia

¹⁵⁴Örnek kararlar için bkz., AYM'nin 17.09.2013 tarihli Bayram Oteli Kararı-başvuru no:2012/752, AİHM'in Hrant DİNK kararı (Dink/Türkiye, 2668/07, §81)

edilen taksirle ölüme neden olma olaylarında bu durum daha fazla karşımıza çıkmaktadır. Bu bakımdan, kamu görevlilerine isnat edilen ve yaşama hakkını ilgilendiren olaylar bakımından etkin soruşturmaya ciddi önem verilmeli; bu bağlamda, etkin soruşturma yürütmeye engel sayılabilecek durumlardan kaçınılmalıdır. Dolayısıyla, soruşturmaları gereksiz olarak uzatan prosedürlerden arındırılmış etkin bir soruşturma gerçekleştirilebilmesi için soruşturma öncesi “izin prosedürü” kaldırılmalıdır.

Kamu görevlilerine isnat edilen eylemler sebebiyle bir anlamda devletin de kusurlu olduğu, bir bakışa göre devletin de suç işlediği anlamına geldiği için¹⁵⁵ ilgili kamu görevlisi hakkında yapılacak soruşturma doğal olarak devletin istemeyeceği bir husus olarak karşımıza çıkmaktadır.

Üçüncüsü, soruşturma derhal başlatılmalı ve makul bir hızda yürütülmelidir. 4483 sayılı Kanun, ön incelemecilerin vasıfları, yetkileri, süreler ve itiraz usulü bakımından da bu nitelikleri karşılamamaktadır.

Anayasa Mahkemesinin 4483 sayılı Kanuna ilişkin kararları bulunmakta ise de belirtmek gerekir ki, bu kararlar bu sistemin doğruluğunu, yeterliliğini insan hakları yönünden değerlendirmekten ziyade kanuni düzenlemenin anayasa hükümlerine uygunluğunun denetlenmesinden ibaret olup bazı yönleri itibarıyla tartışmaya açıktır. Bu itibarla, Kanun’un olumsuzluklarının ifade edilmesine ve kaldırılmasını savunan düşüncelere katılmaya engel teşkil etmemelidir. Gerçekten, ön inceleme görevlileri idari hiyerarşi içinde yer almakta olup bunların üstlerinin emri ile hareket etmeleri sebebiyle etkiye açık olmaları kaçınılmazdır. Bir çok soruşturmada soruşturma izni veren üstlerin de bir sonraki aşamada kusur atfedilebilir duruma gelmeleri de ihtimal dahilinde olmasını göz önüne aldığımızda bu etkileme girişiminin olması doğaldır. Ayrıca genellikle hukuk eğitimi almadıkları için ceza soruşturması tecrübesine sahip olmayan kişiler olmaları yönüyle eleştirilmelerine¹⁵⁶ haklılık tanımak gerekir. Oysa ön inceleme konusu irdelendiğinde de görüleceği üzere ön inceleme görevlisine verilen yetkilerin çoğu hukuki teknik bilgiyi gerektiren hususlardır.

Hukuk devletinin en temel yapıtaşı ve omurgası olarak nitelenen kuvvetler ayrılığı ilkesi uyarınca yargı görevinin yürütmeden bağımsız olarak yerine getirilmesi gerekir. Yargı görevi, idareye bırakılamayacağından, yargı alanını daraltan ve idareyi güçlü kılan bu tür düzenlemeler kuvvetler ayrılığı ilkesi ile çatışmaktadır. AİHS’nin 6. maddesinde ele alınmış bulunan adil ve

¹⁵⁵ SOYASLAN, s. 490

¹⁵⁶ SOYASLAN, s. 491

tarafsız bir mahkeme önünde yargılama ilkesine de aykırılık teşkil ettiği için eleştirilmekte¹⁵⁷, aynı zamanda kanun önünde eşitlik ilkesi bakımından da sorunlu bulunmaktadır. Ayrıca belirtmek gerekir ki, bu güvence sisteminin bir zorunluluktan da kaynaklandığı hususlarına da katılmak mümkün değildir. Zira hukuk devleti ilkesine önem veren ve kuvvetler ayrılığı ilkesini demokrat bir olgunluk içinde özümsemiş olan uygar ülkelerde bu sistem terk edilmektedir.

Sonuç olarak, bu Kanun, Anayasa'nın 129. maddesine uygun olsa da, çağdaş evrensel hukuk anlayışına aykırıdır. Dolayısıyla, öncelikle bu Kanun'un anayasal dayanağı olan Anayasa'nın 129. maddesinin son fıkrası yürürlükten kaldırılmalı ve daha sonra bu Kanun'un uygulamasına son verilmeli, ön inceleme ve izin sisteminden vazgeçilmelidir.

KAYNAKÇA

AKKAN, Tahir Murat, 4483 sayılı Kanun'a Göre Memurların Yargılanmasında İdari Süreç, Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilimdalı, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara 2009

AKYILDIZ, Ali, Memur Yargılamasında İdari Süreç, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi (GÜHFD), C. 5, Sa. 1-2 (Haziran-Aralık 2001), s. 154-221, (http://webftp.gazi.edu.tr/hukuk/dergi/5_7.pdf, erişim 27.07.2015).

AKYILMAZ, Bahtiyar-SEZGİNER, Murat - KAYA, Cemil, Türk İdare Hukuku, b. 4, Seçkin Yayınevi, Ankara 2013

ALBAYRAK, Mustafa, Ceza Muhakemesi Kanunu-Öz Kitap, b. 7, Adalet yayınevi, Ankara 2012

ALTIPARMAK, Kerem, "Van Depreminin Hukuktaki Artçıları, Anayasa Mahkemesi'nin Bayram Oteli Kararı", TESEV Yayınları, <http://www.tesev.org.tr/assets/publications/file/15012014105617.pdf>, erişim 28.07.2015

ASLAN, Onur Ender: "Memurların Yargılanması Hakkındaki Yeni Yasa Üzerine Düşünceler", Amme İdaresi Dergisi, C. 33, Sa. 1, Mart 2000, s.59-77

¹⁵⁷SOYASLAN, s. 492

AVCI, Mustafa, “Memurlar ve Diğer Kamu Görevlilerinin Yargılanması Hakkında Kanun Üzerine Bir İnceleme”, AÜEHFD, C. XI, Sa.3-4, (2007), s. 273-294

BAŞEL, Ebubekir, “Memurlara Özgü Yargılama Sistemi ve Gerekliliği”, HUKAB Dergisi, Nisan-Haziran 2013, Sa. 5, <http://www.hukabdcağlayan.com>, Ramazan, “Memurlar ve Diğer Kamu Görevlilerinin Yargılanması İlişkin 4483 Sayılı Kanun Hakkında Bir Değerlendirme”, AÜEHFD, C. VII, Sa.1-2, (Haziran 2003), s. 105-128

ÇAKMAK, Seyfullah, “Yakalama Emri ve Zorla Getirme Kararının Hukuksal Açısından Değerlendirilmesi”, Adalet Dergisi, Yıl 98, Sa. 27, s. 168-195

ÇETİN Erol, Açıklamalı-İçtihatlı Ceza Hukukunda ve Özel Yasalarda Memur Memurlar ve Diğer Kamu Görevlilerinin Yargılanma Usulü ve Memur Suçları, Eda Matbaacılık, Ankara 2000

DEMİRBAŞ, Timur, Ceza Hukuku Genel Hükümler, b. 3, Seçkin Yayınevi, Ankara 2005

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, C.55-3, s. 55-79

GÖKCAN, Hasan Tahsin-ARTUÇ, Mustafa, Ceza ve Usul Hukukunda Kamu Görevlisi Kavramı ve Özel Soruşturma Usulleri, Seçkin Yayınevi, Ankara 2007

GÜNDAY, Metin, İdare Hukuku, b. 10, İmaj Yayınevi, Ankara 2013

İĞDELER, Serdar-SUNTAY, Yusuf, “Memurlar ve Diğer Kamu Görevlilerinin Yargılanması Hakkında Kanunun Uygulanması”, Türk İdare Dergisi, Sa. 426, 2000, s.1-35.

KARAVAIZOĞLU, Türker, 4483 Sayılı Kanun’un Öngördüğü Soruşturma Usulleri, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İSTANBUL 2010

KINALITAŞ, Vahit-ASLAN, Fethi, Memurlar ve Diğer Kamu Görevlilerinin Yargılanması Hukuku, Türkiye Kamu-Sen Yayınları, Ankara 2003

KUNTER, Nurullah - YENİSEY, Feridun - NUHOĞLU, Ayşe, Ceza Muhakemesi Hukuku, b. 14, Arıkan Yayınevi, İstanbul Mart 2006

MALKOÇ, İsmail, Açıklamalı-Gerekçeli Memur Yargılaması, Adil Basımevi, Ankara, 2000

MALKOÇ, İsmail, Açıklamalı-Gerekçeli Memur Yargılaması, Malkoç Kitabevi, Ankara 2006

MUMCU, Uğur: “Türk Hukukunda Memurların Yargılanması”, AÜHFD, C.23, S.1-4, 1971, s.133-182

LİVANELİOĞLU, Ömer Asım, “ Memurlar ve Diğer Kamu Görevlilerinin Yargılanması Hakkında Kanunun Eleştirisi”, Ankara Barosu Dergisi, Yıl 57, (2000) Sa: 2, s. 33-43

ÖZBEK, Veli Özer, Yeni Ceza Muhakemesi Kanununun Anlamı, b. 1, Seçkin Yayınevi, Ankara 2005

ÖZEK, Çetin, “Türk Hukukunda Memurların Muhakemesi”, ÜHFM, C.XXVI, S.1-4, 1960, s.34-85.

ÖZTÜRK Bahri, “Memurların, Özel Bir Yargılama Usulüne Tabi Olmasının Sakıncaları ve Anayasa Mahkemesi Kararları”, Ceza Hukuku ve Kriminoloji Dergisi, C.1, S.1, 1978, s.56-62

ÖZTÜRK Bahri, ERDEM, Mustafa Ruhan, Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku, b. 9, Seçkin Yayınevi, Ankara 2006

ÖZTÜRK, Bahri - ERDEM, Mustafa Ruhan - ÖZBEK, Veli Özer, Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku, Gözden Geçirilmiş b. 5, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2000

PINAR, İbrahim, 4483 sayılı Kanuna Göre Memur Suçlarında İdari ve Adli Soruşturma Usulleri, b. 2, Seçkin Yayınevi, Ankara 2003

SALİHOĞLU, Enver-DEMİRKOL, Selami, 4483 Sayılı Kanun ile Memurlar ve Diğer Kamu Görevlilerinin Yargılanması Öncesi Aşamaya İlişkin Usul ve İşlemler, b. 2, Beta Yayınları, İstanbul 2005

SELÇUK, Sami, Memur Yargılaması Hakkında, TÜSİAD Yayınları, İstanbul, Ocak 1997

SELÇUK, Sami; “Memurin Muhakematı Hakkında Kanunu Muvakkat’ın Değerlendirilmesi”, Prof. Nurullah Kunter’e Armağan, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Eğitim, Öğretim ve Yardımlaşma Vakfı Yayını,

No:716, İstanbul, 1998, s.299-326

SOYASLAN, Doğan, Ceza Muhakemesi Hukuku, b.4, Yetkin Yayınevi, Ankara 2010

ŞAHİN, Cumhur, Ceza Muhakemesi Hukuku, b. 5, Seçkin Yayınevi, Ankara 2014

TOSUN, Öztekin, Türk Suç Muhakemesi Hukuku Dersleri, Cilt I, İstanbul, 1984

TOZMAN, Önder, Türk Hukukunda Memurların Yargılanması, Dicle Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Diyarbakır 2001

Türk Ceza Adalet Sisteminin Etkinliğinin Geliştirilmesi Avrupa Birliği-Avrupa Konseyi Ortak Projesi, Arama ve El Koyma Tedbirleri Modülü, Hazırlayanlar; Juan Carlos Da SILVA (Koruma Tedbirlerinin Genel Özellikleri), Albrecht STANGE, (AİHM Kararlarında Ortaya Konulan Temel İlkeler), Doç. Dr. Ali Kemal YILDIZ (Arama ve El Koyma Tedbirleri)

YAŞAR, Osman, Uygulamalı ve Yorumlu Ceza Muhakemesi Kanunu, C.1, Madde 1–156, Seçkin Yayınevi, Ankara 2009

YURTCAN, Erdener, “Ülkemizde Memur Yargılaması Kuralları”, Yargı Reformu 2000 Sempozyumu, İzmir Barosu Yayını, İzmir 2000, s.371–384

YURTCAN, Erdener, Ceza Yargılaması Hukuku, b. 11, Vedat Kitapçılık, Ankara 2005

ZAFER, Hamide, “4483 Sayılı Memurlar ve Diğer Kamu Görevlilerinin Yargılanması Hakkında Kanunun Değerlendirilmesi”, İstanbul Barosu Dergisi, C. 74, Sa. 4, Aralık 2000, 981-1013

