

ÜNİVERSİTE «İLKSORUŞTURMA» SI VE MEMUR MUHAKEMESİ SİSTEMİMİZ

Prof. Dr. Nurullah KUNTER

1. Giriş

20.6.1973 tarihli 1750 sayılı Üniversiteler Kanununun (ÜK) 65. maddesine göre, Üniversite öğretim üye ve yardımcıları ile diğer memurlarının görevleri dolayısıyla veya görevlerini yaptıkları sırada işledikleri, bizim kısaca «görev suçu» diyeceğimiz suçlardan dolayı «ilksoruşturma», rektörün tayin edeceği uygun sayıda soruşturmacı tarafından yapılır. Bu «ilksoruşturma»yı, kamu davasında sorgu hâkiminin yaptığı ilksoruşturmadan ayırmak için «üniversite ilksoruşturması» diye adlandıracağız. Memurların görev suçlarından dolayı muhakemesini düzenliyen ve bizim kısaca «Memur Muhakemesi Kanunu» (MmMK) dediğimiz 1913 (1329) tarihli «Memurin Muhakematına dair Kanun-u Muvakkat» deki «tahkikat-ı iptidaiyye»nin bir çeşidi olan «üniversite soruşturması», 13.6.1946 tarihli 6334 sayılı Üniversiteler Kanununda da «ilksoruşturma» diye adlandırılmıştı (m. 49).

Rektörlerce soruşturmacı tayin edilen meslekdaşlarımızın çoğu hukukçu olmadıklarından, bu incelemenin onlara da yararlı olabileceğini umuyoruz.

2. İlksoruşturma terimi

İlksoruşturma, Ceza Muhakemesi Hukukunda dar ve geniş manada kullanılan teknik bir terimdir.

Muhakeme, önsoruşturma ve sonsoruşturma diye iki safhaya ayrılır. Sonsoruşturma, işin esasının mahkemece çözülmesi safhasıdır. Önsoruşturma ise, çözülecek uyuşmazlığın mahkeme önüne getirilip getirilemeyeceğini tayin için yapılan muhakeme safhasının adıdır. Önsoruşturma safhasının da, davanın açılmış olup olmamasına göre, «hazırlık soruşturması» ve «ilksoruşturma» adlı iki devresi vardır. Hatta bugünün Ceza Muhakemesi Hukuku, «muhakeme» nin dava açılması ile doğmasından önceki canlı varlığını ifade eden «hazırlık soruşturması»nı, onun şekillenip şekillenmemesine göre rüşeyme ve cenine benzettiğimiz «başlangıç soruşturması» ve «kısasoruşturma» diye ikiye ayırma ihtiyacını duymaktadır (1). İşte geniş manada ilksoruşturma, «hazırlık soruşturması» ile «sonsoruşturma» arasında yer alan muhakeme devresini ifade eder. Muhakeme henüz önsoruşturma safhasındadır. Kamu davası açılmıştır. Dava mahkeme önüne gitsin mi, gitmesin mi diye bir eleme yapmak, mahkemelerin işini azaltmak istenmiştir. Geniş manada ilksoruşturma işin mahkeme önüne götürülmesi veya götürülmemesi manasına gelen «sonsoruşturma açılması veya açılmaması» kararları ile sona erer. İlksoruşturma terimi bugün Türk hukukunda, muhakeme devresi olarak genellikle geniş manada kullanılmaktadır.

İlksoruşturmanın dar manası ise, geniş manadaki ilksoruşturmanın ilk kısmını ifade eder. Kamu davası talepname ile açıldığında sorgu hâkimi onu kabul ederse bir soruşturma yapacaktır. Eski tahkik sistemine adını veren «inquisition» da denilen bu soruşturma, dar manada ilksoruşturmadır. Ceza Muhakemesi Kanunumuz için örnek aldığımız Alman kanununda «Voruntersuchung» terimi ile ifade edilen de budur. Dar manadaki bu ilksoruşturmadan sonra, yapılanlardan sonuç çıkarıp sonsoruşturma açıl-sın veya açılmasın diye karar verme işine sıra gelecektir. Almanlar buna «Zwischenverfahren» demektedirler. Orada her iki işi farklı organlar yaptığı için ayırma bir ihtiyaç olmuştur. Bizde de sorgu hâkimi ve karar hâkimi ayrımı yapılmak istendi. Fakat bu ayırım gerçekleşmedi. Sonuç çıkarma işi de sorgu hâkimine verildi. Bu nedenle bizde ilksoruşturma terimini geniş manada kullanmak bir sakınca yaratmıyordu. Ancak, Alman kanununda ol-

(1) KUNTER: Ceza Muhakemesi Hukuku, yenileştirilmiş ve geliştirilmiş 6. bası, İstanbul, 1978, No. 406.

duğu gibi, bizimkinde de ilksoruşturmanın dar manada kullanıldığı vardır. Meselâ ilksoruşturma «sonunda» müdafinin dosyayı serbestçe inceliyebileceğini söyleyen 143. maddedeki «ilksoruşturma», sonuç çıkarma durumuna gelmeden önceki kısmı ifade etmektedir.

İlksoruşturmanın dar manada kullanılışına, memur muhakemesi sistemimizde de rastlamaktayız. Gerçekten, eski Fransız kanunu örnek alınarak düzenlenmiş olan «Usul-ü Muhakemat-ı Cezaiyye Kanun-u Muvakkatı» sistemine uygun olarak hazırlanan «Memurin Muhakematına dair Kanun-u Muvakkat» da «tahkikat-ı iptidaiyye» ve «tetkikat-ı idariyye» ayrımı yapmaktadır. Bu da Ceza Muhakemesi Kanunumuzun 1929 daki ilk şeklinde sorgu hâkiminin yaptığı «dar manada ilksoruşturma» ile karar hâkiminin yaptığı sonuç çıkarma bölümlerine tekabül etmektedir (2). Memur Muhakemesi Kanunu, iptidai tahkikatın Usul-ü Muhakemat-ı Cezaiyye Kanununa göre yapılacağını belirtmiştir (MmMK 2 ve 6). Tabii, bugün, bizim kısaca Ceza Muhakemesi Kanunu (CMK) dediğimiz Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu uygulanacaktır.

3. Rektörün hazırlık soruşturması

Rektörün hazırlık soruşturması yapacağı hakkında Üniversiteler Kanununda bir açıklık yoktur. Bunun nedeni Memur Muhakemesi Kanununda da olmamasıdır. O zamanki gelişmeye göre, hazırlık soruşturması mevcut olmadığından sadece bugün ilksoruşturma dediğimiz iptidai tahkikat düzenlenmişti. Ancak bugünün Ceza Muhakemesinde bir hazırlık soruşturması vardır ve rektörün ilksoruşturma açılmasını istemesi kamu davası açma niteliğinde olduğuna göre (No. 4), kanunda açıkça gösterilmemiş olsa da, Muhakeme Hukuku ilkeleri gereği her ihbar ve şikâyet üzerine dava açma mecburiyeti kabul edilemeyeceği için, rektörün hemen kamu davası açmağa mecbur olmayacağı ve kamu

(2) Usul-ü Muhakemat-ı Cezaiyye Kanununda dar manada ilksoruşturmaya «tahkikat-ı iptidaiyye» denildiğine ve Memurin Muhakematı Kanunundaki «tahkikat-ı iptidaiyye» de ilksoruşturmayı karşıladığına göre, «tetkikat-ı idariyye» bölümü için «ilksoruşturma» denilmesi (GÖZÜ-BÜYÜK (Ş.): *Türkiyenin İdare Yapısı*, Ankara, 1969 s. 229) isabetli değildir.

davasını açma gerekip gerekmediğini araştırmak için bir hazırlık soruşturması yapabileceğinde şüphe edilmemelidir (3). Bu nedendir ki rektör de, genel hükümlerde olduğu gibi, ancak kamu davasının açılmasını haklı göstermeğe yeten bir şüpheyeye varmışsa, savcı gibi, ilksoruşturma istiyecek ve bunun için soruşturmacıyı görevlendirecektir. Aksi takdirde ilksoruşturma için soruşturmacı görevlendirmeyecektir. Bu takdirde savcı gibi adı karar olmasa bile bir yazı ile koğuşturmaya yer görmediğini belirterek dosyayı kapatması uygun olur.

Rektörün ilksoruşturma yaptırmaya yani kamu davası açıp açmamağa karar vermesi için gerekiyorsa hazırlık soruşturmasını görevlendireceği bir öğretim üyesine yaptırması elbet mümkündür. Netekim İstanbul Üniversitesinde bunun çok uygulaması olmuştur. Ancak böyle bir hazırlık soruşturması her zaman gerekmiyebilir ve rektörler, ihbar veya şikâyeti açıkça asılsız bularak kamu davası açmağa yer olmadığına derhal karar verebilirler. Aynı nedenle soruşturmacı tayin ederek ilksoruşturmayı derhal başlatmaları da mümkündür.

Rektörün hazırlık soruşturması yapmasının sakıncaları yok değildir ve rektörün kamu davası açmama yetkisinin denetimsiz kaldığı söylenebilir. Ancak, yerli yersiz her ihbar üzerine rektörün kamu davası açmağa mecbur tutulmasının sakıncaları bundan çok daha fazladır. Kanunla, rektörün dava açmamasına karşı bir denetim yolu aramak akla gelebilirse de, en doğrusu, sadece Üniversiteler Kanunu bakımından değil, her çeşit memur bakımından «memur muhakemesi özel sistemi»nden vazgeçilmesi ve dava açma, ilksoruşturma yapma ve sonuç çıkarma görevlerinin genel kanuna göre yapılmasıdır (4).

(3) KEYMAN da (Memurin Muhakematı Kanunu, Ankara Hukuk Fakültesi Dergisi, 1962, s. 191) asgarî bir tahkikatı gerekli bulmaktadır. Hazırlık soruşturması Fransada kanunla ilk defa 1957 yılında düzenlendi. Ancak bu soruşturma daha önce de, her ihbar üzerine dava açmamak ihtiyacı ile, yapılıyor ve kanunda yeri olmamasına rağmen içtihatlar da bu uygulamayı destekliyordu.

(4) EREM: Ceza Usulü Hukuku, genişletilmiş 4. bası, Ankara, 1973, s. 636; KEYMAN: a.g. makale, s. 182; KUNTER: a.g. eser, No. 82; ONAR: İdare Hukukunun umumî esasları, İstanbul, 1952, s. 881; ÖZEK: Türk Hukukunda memurların muhakemesi, İstanbul Hukuk Fakültesi Mecmuası, XXVI, s. 80; TOSUN: Türk Suç Muhakemesi Hukuku Dersleri, c. I, İstanbul, 1976, s. 401.

4. Üniversite ilksoruşturmasının istenilmesi

Rektör bir hazırlık soruşturması yaptırmaya gerek görse de görmese de sonunda iki yoldan birini tutacak, ya koğuşturma yapmayacak ya da yapacak, bir diğer söyleyişle ya kamu davası açmayacak yahut açıp ilksoruşturma yaptıracaktır. Savcıdan farkı şudur ki davayı doğrudan doğruya iddianame ile mahkemede açmayacaktır.

Genel ceza muhakemesinde savcının kamu davasını açan ve ilksoruşturma yapmasını sorgu hâkiminden istiyen belgesine «ilksoruşturma talepname» veya kısaca «talepname» denilir. Şu halde rektörün bir öğretim üyesinden ilksoruşturma yapmasını istiyen yazısı da «talepname» niteliğindedir. Yegâne fark, sorgu hâkimliği makamında her zaman göreve hazır sorgu hâkimi bulunmasına karşılık rektörün her seferinde soruşturmacıyı tayine mecbur olmasıdır. Bunun içindir ki ilksoruşturma isteme yerine ilksoruşturma yapmak üzere soruşturmacı tayininden söz edilmektedir.

Rektör soruşturma istiyen yazısında talepnamede olduğu gibi sanığın kim olduğunu açıkça göstermelidir. Gerçekten, Ceza Muhakemesi Hukukunun esaslarına göre, ilksoruşturma sonundaki sonsoruşturma açılması veya açılmaması kararları (No. 15) sadece hakkında ilksoruşturma açılmış ve dolayısı ile sanık durumuna getirilmiş kişi hakkında verilebilir. Soruşturmacı, belli bir kişi hakkında yaptığı ilksoruşturma sırasında daha başka kişiler hakkında da suç şüphesi görürse, onlar hakkında kendiliğinden ilksoruşturma yapamaz ve durumu rektörlüğe bildirmek mecburiyetindedir.

Aynı nedenle rektör ilksoruşturma istiyen yazısında sanığa isnat olunan suçun neden ibaret olduğunu da gösterecektir (CMK 172). Bundan maksat, sanığın suç olduğu sanılan eylemin sınırlarının tereddüde meydan vermiyecek biçimde çizilerek gösterilmesi ve hangi suç tipine uyma imkânı görüldüğünün bildirilmesidir. Bunlardan birincisinin bağlayıcı değeri vardır. Çünkü sorgu hâkimi durumunda olan soruşturmacı, ilerde sonsoruşturmanın açılmasına veya açılmamasına karar verecek Danıştay veya Üniversite Yönetim Kurulu, nihayet sonsoruşturma açıldığında davaya bakacak olan mahkeme dava açılırken çizilmiş olan

sınırlar içinde kalmağa mecburdur. Meselâ A'nı ölümüne sebebiyetten dolayı hakkında ilksoruşturma açılan kişinin A'nın ölümüne sebebiyet vermediği, buna karşılık B'nin ölümüne sebep olduğu anlaşılrsa dahi, bu ikinci eyleminden dolayı yeni bir dava açılmadıkça o kişinin yargılanmasına ve mahkûm edilmesine kanunlarımız cevaz vermemektedir.

Yine aynı nedenle, soruşturmacı sanığın başka suçları da işlediğine dair şüpheler varsa durumu bunlar hakkında da dava açma durumunda olan makama bildirecektir.

Buna karşılık rektörün yaptığı hukukî tavsif, yani sanığın eyleminin şu veya bu suç tipine uyma imkânını gördüğünü bildirmesi bütün imkân hükümlerinde olduğu gibi bir şüphe hükmüdür ve yargılama makamını bağlayıcı değeri yoktur (No. 10).

5. Üniversite ilksoruşturmasının yapılamıyacağı haller

Rektör meselâ bir öğretim üyesinin görev suçu işlediğini herhangi bir yolla öğrendiğinde «ceza tayinini istilzam edecek hususlarda kâfi emareler teşkil edecek vakıalar mevcut olduğu» (CMK 148), bir diğer söyleyişle kamu davası açmak gerektiği kanısına varsa dahi, her zaman soruşturmacı tayin edip onu ilksoruşturma ile görevlendirecek değildir. Gerçekten kamu davası açma yetkisinin görev suçunda dahi rektöre verilmediği haller vardır. Bir iki örnek verelim :

a) Üniversiteler Kanununun 65. maddesinin son fıkrasına göre «Devletin ülke ve millet bütünlüğü, hür demokratik rejim, nitelikleri Anayasada yazılı Cumhuriyet aleyhine işlenen ve doğrudan doğruya Devlet güvenliği ile ilgili bulunan suçlar»da koğuşturmayı Cumhuriyet savcısı bizzat yapar ve sonucuna göre yetkili mahkemede kamu davası açar. İlâve edelim ki, Devlet Güvenliği Mahkemeleri Kanununun yürürlükte olduğu sırada da bu suçlardan dolayı yine üniversite ilksoruşturması yapılamazdı, zira dosyanın DGM yanındaki C. Savcılığına gönderilmesi gerekiyordu (5).

b) Ceza Muhakemesi (Usulü) Kanununun Ek 1. maddesine göre, «Anayasada yer alan temel hak ve hürriyetleri ideolojik

(5) Danıştay 2. D: 8/11/1974 (Danıştay Dergisi, 1975, s. 217).

amaçlarla, Devletin ülke ve milleti ile bölünmez bütünlüğünü veya dil, ırk, sınıf, din ve mezhep ayrılığına dayanılarak nitelikleri Anayasada belirtilen Cumhuriyeti ortadan kaldırmak maksadı ile işlenen» suçlarla bunlarla bağlantılı olan suçların veya bu maddenin 2. bendinde sayılan suçların koğuşturma ve soruşturmalarında 3005 sayılı kanun, 1. maddenin A bendindeki yer ve 4. maddedeki zaman kaydına bakılmaksızın uygulanır. Ek 1 de gösterilen suçlar için, ÜK 65/son'dakilerden farklı olarak «doğrudan doğruya Devlet güvenliği ile ilgili olmak» şartının aranmadığına dikkat edilmelidir. Bu suçlarda ilksoruşturma yapılmıyacağı ve askerî mahkemelerin yetkisinin saklı olduğu maddede açıklanmıştır.

3005 sayılı kanununun uygulanmasından maksat, çabuk sonuç almaktadır. Bu suçları işleyenler memursa, MmMk, Üniversite mensubu ise ÜK uygulanamaz. Her ne kadar 3005 sayılı kanunun 1. maddesinin 3. fıkrası hususî muhakeme usulüne tâbi suçlarda bu kanunun uygulanamayacağını belirtmişse de, bu hükmün meşhut olmasa da bu kanuna göre özel kanun gereği soruşturulacak suçları hedef almadığı açıktır. Askerî mahkemelerin yetkisinin saklı tutulmasının da bir anlamı olmalıdır. Kaldı ki Ek 1 de ilksoruşturma yapılmıyacağı da açıklanmıştır. MmMK ve ÜK gereğince yapılan da ilksoruşturma olduğundan, onun da yapılamaması gerekir. Daha teminatlı olan «sorgu hâkimi ilksoruşturması»ndan vazgeçildiğine göre, memur muhakemesi sistemindeki ilksoruşturmadan vaz geçememek için sebep yoktur (No. 16).

c) 1930 yılında kabul edilmiş olan 1609 sayılı kanuna göre irtikâp, rüşvet alıp verme, zimmet, kaçakçılık, resmî müzayede ve münakasalara ve alım satımlara fesat karıştırma ile Devlet hariciyesine ait gizli evrakı veya şifreleri ifşa etmek veya ifşasına sebebiyet vermek suçlarından dolayı Memur Muhakemesi Kanunu uygulanmayacaktır. Memur muhakemesi sisteminin bir uygulaması olarak ortaya çıktığı için Üniversiteler Kanunundaki ilksoruşturma hükümlerinin de bu suçlarda uygulanmayacağını söylemek mümkündür. Ancak 1946 tarihli Üniversiteler Kanununun 49. maddesinde «Memurin Muhakematı Kanununun gerektirdiği ilksoruşturma» denildiği halde 1750 sayılı kanunda sadece «ilksoruşturma» denilmiş olmasından Üniversiteler Kanununun kendine özgü bir koğuşturma ve soruşturma sistemi getirdiği, Me-

mur Muhakemesi Kanununun istisnalarının burada uygulanamayacağı da ileri sürülebilir. Biz, genel hükümlere göre koğuşturma ve soruşturmaya taraftar olduğumuzdan (No. 3) bu sonuca varan birinci görüşten yanayız.

ç) Aynı nedenle, Ceza Muhakemesi Kanununun 154. maddesine giren adli görevin kötüye kullanılması, yapılmaması veya geciktirilmesi suçlarında da Üniversite ilksoruşturması yapılamıyacaktır. Gerçi vali, kaymakam ve bucak müdürü ile zabıta âmirleri bu madde dışında bırakılmıştır. Ancak bu açık istisnayı üniversite öğretim üye ve yardımcılarını ile diğer memurlarını içine alacak şekilde genişletmeye imkân göremiyoruz.

d) Yine aynı nedenle, 25.7.1951 tarihli 5816 sayılı kanuna göre, Atatürk aleyhinde işlenen suçlarda da savcılık re'sen koğuşturma yapacağından, Üniversite ilksoruşturması yapılamıyacaktır (6).

6. Üniversite ilksoruşturmasının niteliği

Savcının kamu davası açarken yaptığı istek üzerine sorgu hâkiminin yaptığı ilksoruşturmanın, eskiden «kaza» dediğimiz, bugün uyuşmazlıkları çözen, bir diğer söyleyişle İskender'in kılıcı gibi yarıdığı için «yargı» denilen «kesin ve yerine getirilebilen karar» ı yapma manasına «yargılama» adını verdiğimiz Devlet görevi (fonksiyonu) niteliğinde olduğunda bizce tereddüt edilemez (7). Dava açılmasıyla ortaya çözülmesi gereken bir uyuşmazlık çıkmıştır ve bu uyuşmazlığın bir «yargı» ile yarılması, yani çözülmesi gerekmektedir. Bu çözme veya yargılama işini sadece mahkemenin sonkararını vermesi manasına almadığımız ve mahkemenin daha önce yaptıklarını da yargılama saydığımız gibi, iş mahkemeye gelmeden önce fakat dava açıldıktan sonra aynı amaçla ve mahkemenin yerine geçerek yapılanları da yargılama saymamız gerekir. Unutulmamalıdır ki yargılamanın iyisi de kötüsü de, ciddisi de gayriciddisi de, tamı da tam olmıyanı da olabilir. Anayasamız yargılama manasına kullandığı yargı terimi ile 5. maddede «bağımsız», 114. maddede «ciddi ve tam», 133. mad-

(6) Danıştay 2. D: 8/11/1974 (Danıştay Dergisi, 1975, s. 216).

(7) KUNTER: a.g.e., No. 447; ÖZEK: karar tahlili, İstanbul Hukuk Fakültesi Mecmuası, XXXIII, 1-2, s. 25; TOSUN: a.g.e., s. 200 ve 400.

dede «iyi» yargılamayı gözönünde tuttuğunu gerekçesinde belirtmiştir. Bundan çıkan sonuç şudur: Bir görevin yargılama niteliğinde olması için o görevi yapanın bağımsız hâkim olması gerekmez. Hâkimler Kanununun 79. maddesi 1966 da iptal edilinceye kadar 7. dereceye yükselmemiş hâkimlerin teminatı yoktu, yani bağımsız değillerdi. Ama bunların mahkeme kürsüsüne çıkıp yaptıkları işin yargılama olmadığı da elbet söylenemezdi. Demek ki bir görevin nitelik bakımından yargılama olması başka şey, Anayasanın filanca veya falanca maddesi bakımından yargılama sayılması yine başka şeydir (8).

Sorgu hâkiminin gördüğü işin yargılama niteliğinde olduğu kabul edilince, aynı işi gören soruşturmacının yaptığıının da aynı nitelikte olduğunu kabul etmek bir mantık zorunluğudur. Yargılama niteliğinin tayininde, yapılanaya değil de yapana bakmak bizi hataya düşürebilir. Hâkimin her yaptığı yargılama olmadığı gibi, hâkimden başkalarının da yargılama yapmaları imkânsız değildir.

Memur muhakemesi konusundaki 1871 tarihli Nizamnamenin ve 1913 tarihli Kanunun kabulü zamanında, 1808 tarihli Fransız Ceza Muhakemesi Kanunu örnek alınarak meydana getirilmiş 1879 tarihli Usul-ü Muhakemat-ı Cezaiyye Kanununda olduğu gibi, «muhakeme»nin sadece bugünkü muhakemenin «sorsoruşturma safhası»ndan ibaret olduğu sanıldığı için, «müstantik»in yaptığı işin yargılama sayılmaması bir dereceye kadar mümkündür. Fakat bugün, memur muhakemesi sistemimizi ve bu arada Üniversiteler Kanununun 65. maddesinin sistemini «genel ceza muhakemesi hukukumuz» esaslarına uygun bir biçimde anlamak zorundayız.

Memur muhakemesi Kanunundaki «tahkikat-ı iptidaiyye»nin bugünkü «ilksoruşturma» karşılığı olduğunu kabul etmekle beraber, «yargılama» niteliğini tanımayanlar da vardır. Bunların başında Anayasa Mahkememiz gelmektedir. «Yargı (yapma) yetkisi bağımsız mahkemelerce kullanılır» diyen 7. maddeye dayanan Anayasa Mahkemesine göre, ancak «mahkeme»nin yaptığı iş yargı yapmaktır, yani yargılamadır (9). Anayasaya uygun-

(8) KUNTER: a.g.e., No. 69 ve 81. II.

(9) Anayasa Mahkemesi: 11/10/1965 (RG 29/3/1966).

luğu denetlemekle görevli olduğu için Anayasa Mahkemesinin bu içtihadı, kendi açısından isabetli olabilir, fakat tekrar edelim ki yapılan işin Anayasaca yargılama sayılması ile niteliği bakımından yargılama olması farklı şeylerdir. Sorgu hâkimlerinin ilksoruşturmasının dahi yargılama niteliğini tanımayan bu içtihadın konumuz bakımından bir önemi yoktur. Önemli olan soruşturmacının sorgu hâkimi gibi soruşturma yapması ve genel hükümlerin bu soruşturmada uygulanması gerektiğidir ve Memur Muhakemesi Kanununun yaptığı atıf (MmMK 2 ve 6) ve Üniversiteler Kanununun açıklığı (ÜK 65) karşısında bunda zaten tereddüde mahal yoktur.

7. Soruşturmacının yetkileri ve ödevleri

Gördüğü iş yani «görev»i «ilksoruşturma» olan soruşturmacının, çeşitli muhakeme ilişkilerinde aktif veya pasif süje oluşuna göre «yetki»leri ve «ödev»leri vardır (10). Bunlar da, buradaki ilksoruşturma genel muhakeme hukukuna göre yapılacağından, kaide olarak, sorgu hâkiminin yetkileri ve ödevleridir.

Ödevler arasında özellikle yargılama görevini hem yapma hem de gereği gibi yapma mecburiyetini ve istisnaî hallerde yargılama yapmama mecburiyetini hatırlatırız.

Soruşturmacının yetkileri ise, kaide olarak, sorgu hâkiminin bütün yetkileridir. Ancak bu kaidenin istisnaları da yok değildir:

a) Bir kere, buradaki ilksoruşturma dar manada kullanıldığından (No. 2), geniş manadaki ilksoruşturmanın «sonuç çıkarma bölümü»ne ilişkin yetkiler soruşturmacıya tanınmamıştır. Bu demektir ki soruşturmacı sonsoruşturma açılması veya açılmaması kararı veremez. Üniversiteler Kanununun 65. maddesi, Memur Muhakemesi Kanununun tesiri altında kalarak sadece bu iki kardan söz etmekte ise de, Ceza Muhakemesi Hukukumuzun bu-

(10) «Ödev» terimini, borç, mecburiyet, külfet, boyuneğme gibi çeşitlerinin üstünde genel bir terim olarak, «devoir» karşılığı kullanıyoruz. Bunun karşısında, özgürlük, hak, yetki (= selâhiyet), ihtiyar gibi çeşitleri olan ve «pouvoir» karşılığında kullandığımız «erk» vardır. Ancak Muhakeme Hukukundaki erkler, kaide olarak, yetki çeşidinde olduğundan, burada daha alışılmış olan yetki terimini kullanmağı tercih ettik. Tafsilât için, KUNTER: a.g.e., No. 136 ve 137.

günkü gelişme seviyesini gözönünde tutarak «sorusuşturmanın durması» ve «davanın düşmesi» kararlarını da ancak sonuç çıkarma makamının yani Danıştayın veya Üniversite Yönetim Kurulunun (No. 14) verebileceği düşüncesindeyiz. Zira bunlardan birincisi daha önce sorsuşturmanın açılmasına karar vermediği gerektirir. Düşme kararı ise, uyuşmazlığı dolayısı ile de olsa çözen ve beraat kararı gibi «yargı» otoritesine sahip bir karar olduğundan, bence, bunu da ilksorsuşturmada son kararı vermekle yetkili olan makam vermelidir.

b) Sorgu hâkimine dar manada ilksorsuşturmada tanınan bazı yetkilerin sorsuşturmacıya tanınmadığı vardır. Anayasa bazı işlemlerin ancak hâkim kararı ile yapılabileceğini belirtmiştir. Bundan çıkan sonuç şudur ki, hâkim olmadığı için sorsuşturmacı bu işlemleri yapamayacaktır. Meselâ sorsuşturmacı tutma (tevkif, tutuklama) kararı veremez. Anayasa Mahkemesi Memur Muhakemesi Kanununun 16. maddesini bu nedenle iptal etmiştir (11). Anayasa Mahkemesi hâkim kararı gerektiren diğer işlemleri de sorsuşturmacıların yapamayacağını belirtmiştir. Üniversiteler Kanunu ise bu konuya açıklık getirmiştir. Sorsuşturmacı tutma, arama, elkoyma (zapt) gibi bir hâkimin yapması gereken bir işleme ihtiyaç duyduğunda, asliye ceza hâkimliğine başvuracaktır (ÜK 65/6).

Bu istisnalar dışında kalan işlemleri sorsuşturmacı yapabilecektir. Meselâ bilirkişi incelemesi yaptırabilecek (No. 12), bilirkişiye bir ücret tayin edebilecek, tanıkları yeminle dinliyebilecek, durma sebepleri varsa durma kararı da verebilecektir. Keza, özellikle, «görev itibariyle yetkisizlik kararı» da verebilecektir. Önemli olan bu nokta üzerinde ayrıca duracağız (No. 9).

8. Üniversite ilksorsuşturulması isteğinin kabulü sorunu

Yargılama makamlarının kendilerine sunulan uyuşmazlıkların esasına girmeden önce, kabul edilemeyecek işlerle boşu boşuna uğraşmamak, enerji ve zamandan tasarruf etmek için, kabul edilebilirlik sorununu çözmeleri Muhakeme Hukukunun temel ilkelerindedir. Bu nedenledir ki genel ceza muhakemesinde sorgu

(11) Anayasa Mahkemesi: 20/9/1963 (RG: 19/10/1963).

hâkimi, önce, savcının talepnamesinin kabule şayan olup olmadığını kararlaştırır. Kabule şayan görmezse «talepnamenin reddi», görürse «ilksoruşturmanın açılması» kararını verir.

Muhakeme Hukukunun bu temel ilkesine sorgu hâkimi yetkileriyle hareket eden soruşturmacının da uyması ve bu nitelikte kararlar vermesi gerektiği şüphesizdir.

Bu konuda ilk akla gelen, Üniversite ilksoruşturmasının yapılamaması halidir (No. 5). Bu hallerde rektörün zaten soruşturmacı tayin etmemesi gerekirdi. Fakat bir yanılma sonucu ilksoruşturma yapılması istenmiş ve bir soruşturmacı bununla görevlendirilmişse, talepnamenin sorgu hâkimince reddinde olduğu gibi, soruşturmacının da «görev itibariyle yetkisiz» (No. 9) olduğunu belirten bir karar vermesi gerekecektir. Başta verilen bu karar, adı farklı da olsa, talepnamenin reddi niteliğinde olacaktır. Böyle bir karar vermesi için dosyanın meselâ Danıştaya gönderilmesi elbet gerekmez. Çünkü dosya, yapılmış olan ilksoruşturma sonunda «sonsoruşturma açılması veya açılmaması için» bir karar vermek üzere Danıştaya gönderilir (ÜK 65/4). Burada, değil yapılmış, henüz başlanmış bir ilksoruşturma yoktur.

Üniversite ilksoruşturması isteğinin reddedilmemesi, daha doğrusu o nitelikte bir karar verilmemesi ilksoruşturmanın kabulü manasına geleceği için, soruşturmacının açıkça «kabul ettim» veya «ilksoruşturmanın açılmasına karar verdim» demesi şart değildir.

9. «Görev itibariyle yetki» sorunu (12)

Üniversite ilksoruşturması yapılmasına kanunun cevaz vermediği hallerde rektörün yanlışlıkla ilksoruşturma için soruştur-

(12) Yargılama makamlarını işgal edenlerin aktif süje olarak haiz oldukları yetki «yargılama yetkisi» (compétence juridictionnelle) dir. Bunun da millet, madde, yer, şahıs ve görev olmak üzere beş bakımdan beş çeşidi vardır. İlk dört bakım dışında kalanları kapsıyan «görev itibariyle yetki»nin de alt-bölemleri vardır. Türk Muhakeme Hukukunda görev bakımından yetkiye de, genellikle, madde ve şahıs itibariyle yetkilerde olduğu gibi «vazife» veya türkçe olarak «görev» denildiği için, meselâ «görev itibariyle yetkisizlik kararı» yerine «görevsizlik kararı denilmektedir. Tafsilat için KUNTER: a.g.e., No. 211-219.

macı tayin etmesi, onun da farkına varmıyarak, ilksoruşturmaya başlamış olması imkânsız değildir. Netekim savcılarının da en geniş manası ile ve bu arada görev bakımından «yetkisiz» yargılama makamlarında dava açtıkları, onların da bunu farketmeden yargılamaya başladıkları hatta sona erdirdikleri görülmektedir. Mahkemelerce verilen sonkararların bozulması sebepleri arasında «mahkemenin yetkisiz» olmasının açıklanmasının nedeni de budur. Hukuk bu durumları şöyle düzenlemiştir:

a) Anayasa Mahkemesinin de belirttiği gibi, davanın yanlış açılmış olması yok sayılmasını gerektirmez (13). Yanlış davanın açıldığı makam, yanlış anlayıncaya kadar, yetkili makam imişçesine hareket etmeğe ve yargılama yapmağa mecburdur.

b) Yer itibariyle yetkideki bazı istisnalar dışında, yargılama makamları, yetkisizliklerini anlar anlamaz bunu bir kararla tesbit edeceklerdir. Demek ki, millet, madde, şahıs ve görev bakımlarından biriyle yetkisiz olduğunu gören bir hâkim derhal yetkisizlik kararı vermelidir. Bu nedenle, Üniversiteler Kanununa göre ilksoruşturma yapılamıyacağını anlaması halinde soruşturmacının da derhal «görev itibariyle yetkisizlik» kararı vermesi gerekmektedir. Soruşturmacı bunu çok defa sanığın böyle bir iddia da bulunması ile anlayacaktır. Ama, kendiliğinden anlaması da imkânsız değildir. Soruşturmacı da görmemiş, sonsoruşturmanın açılması veya açılmaması gerektiği yolundaki mütalaasını da ihtiva eden fezlekeyi (No. 13) meselâ Danıştaya göndermişse, Danıştayın da Üniversitece ilksoruşturma yapılamıyacağını anlaması halinde görev itibariyle yetkisizlik kararı vermesi icap eder (No. 14).

Sanığın görev itibariyle yetkisizlik iddiasını haklı bulmayıp soruşturamcının yetkililik kararı vermesi de elbet mümkündür.

Üniversite ilksoruşturmasında «görev itibariyle yetkisizlik kararı» nı sadece sonuç çıkarma makamının verebilmesi için hiç bir hukukî sebep yoktur. Zira, 65. madde açıktır. Sonuç çıkarma makamına dosya sadece sonsoruşturmanın açılmasına veya açılmamasına karar vermesi için gönderilecektir. Biz yorum yolu ile, bu kararlara, dolayısı ile de olsa uyumsuzluğu yaran «düşme»

(13) Anayasa Mahkemesi: 11/10/1965 (RG 29/3/1966).

kararını ekliyoruz. Görev itibariyle yetkisizlik kararı, dar manada ilksoruşturmadan sonra verilmesi mecburî bir karar olmadığı, ilksoruşturma yapılırken de verilebilen ve bu soruşturmanın hiç yapılamıyacağını değil, başka makam tarafından yapılması gerektiğini belirten bir karar olduğu için, cezaî uyumsuzluğu dolayısı ile de çözmez. Bu nedenle soruşturmacının, meselâ keşif yapmaya olduğu gibi buna da karar verme yetkisi vardır (No. 7).

Görev itibariyle yetkisizlik kararı, «bir yol seçildikten sonra diğere gidilemez» ilkesine de aykırı değildir. Zira bu ilkenin temelinde «seçim özgürlüğü» yatar. Oysa kanun, rektöre iki yoldan birini seçme yetkisini vermiş değildir. Rektör hukukî tavsifine göre ya o yola ya bu yola gitmek mecburiyetindedir. Eğer gitmemesi gerekirken Üniversite ilksoruşturması yoluna gitmişse, seçtiğinden değil, hatası yüzünden gitmiştir.

Soruşturmacının görev itibariyle yetkisizlik kararını veremeyeceği tezini savunmak için «sonuç çıkarma makamı belki sanık lehinde bir karar verecekti» de denilemez. Zira meselâ 65. maddenin son fıkrasının uygulanması gerektiğini ve dolayısı ile görev itibariyle yetkisizliğini gören soruşturmacının, sorgu hâkimi gibi, derhal işten elini çekmesi kanun icabıdır. Artık onun, yetkili imiş gibi fezleke düzenleyip dosyayı meselâ Danıştaya göndermesi kanunsuz olur. Kaldı ki hiç bir yargılama makamı «Ben bile bile hatalı karar vereyim, belki hatamın farkına varılmaz, bundan da sanık faydalanır» diyemez.

Soruşturmacının görev itibariyle yetkisizlik kararı veremeyeceği tezinin lehinde olarak «bu kararın ancak sanık lehine bir karar verilemeyecek hallerde verilebileceği» de söylenemez. Zira, sanık lehinde bir karar verilebilecek duruma gelinmişse verilemeyecek olan karar sadece durma ve düşme kararıdır (CMK 253/6). Görev itibariyle yetkisizlik kararı bunlarla karıştırılmamalıdır. Görev itibariyle yetkisiz olduğunu gören hâkim derhal işten elini çekmek zorunda olduğuna göre lehte de olsa bir karar vermesi düşünülemez.

10. Soruşturmacının yapacağı «hukukî tavsif»

Bazı kararların verilmesi, eylemin şu veya bu suç tipine girmesine dayanacaktır. Ceza Muhakemesi Hukukunda «hukukî

tavsif» denilen işlem, bir olayın veya eylemin filan veya falan suç tipine girdiği veya hiç birine girmediği yolunda bir hukukî değer hükmü vermektir. Soruşturmacı da, sorgu hâkimi gibi, hatta her hâkim gibi, kararının gerekçesinde eğer eylemin şu veya bu suç olmasına dayanacaksa, niçin öyle tavsif ettiğini göstermek mecburiyetindedir.

Yargılama makamını işgal eden hâkimlerin, tarafların mütalaa mahiyetindeki hükümleri ile, kısaca mütalaaları ile bağlı tutulamıyacakları, «iddia tarafı veya müdafaa tarafı böyle tavsif ediyor, o halde ben yetkiliyim veya yetkisizim» diyemeyecekleri açıktır. Kararına esas olacak tavsifi hâkimin kendisinin yapması gerekir. Bu nedenle soruşturmacı da, savcı durumundaki rektörün kamu davası açarken yaptığı tavsife dayanamayacağı gibi sanığın yapacağı tavsife de dayanamaz, kendisi bir tavsif yapacaktır.

Hâkimlerin yaptıkları tavsif ya kesinlik ya geçicidir. Kesinlik «sanığın eylemi falan suç tipine girmektedir» yahut «hiç bir suç tipine girmemektedir» denilmesinde olduğu gibi, hukukî değerlendirme sorununun «çözülmesi» demektir. Buna karşılık, hâkimlerin geçici olan, yani ilerde yerini kesin tavsife bırakacak bir tavsif yapmaları da gerekebilir. Kesin tavsiflerde bellilik hükmü verildiği halde geçici tavsifler şüphe hükümleridir. Şüphenin kuvvetine göre «imkân» veya «ihtimal» den söz edilir. «Mükmün» sıfatı, aksinin imkânsız olmadığını gösterir. «Muhtemel» ise, aksinin imkânsız olmadığını daha kuvvetli olarak ifade eder. Şüphe mümkünde daha fazla, muhtemelde daha azdır. Fakat ikisi de şüpheyi ifade eder. Bazı kararlarda, meselâ soruşturmanın açılması kararında, ilerde mahkemenin şu veya bu suç diye tavsifinin muhtemel görülmesi aranır. Ama kaide, imkân ile yetinilmesi yolundadır. Meselâ yetkisizlik gerekçesi olarak belli bir suç olarak tavsifin mümkün olması yetmektedir.

Hâkim meselâ madde veya görev itibariyle yetki sorunu ile karşılaştığında, geçici bir tavsif yapmak zorundadır, zira bu sorun çeşitli tavsiflere göre çeşitli biçimde çözülebilecektir. Geçici bir tavsif yapılması, «tavsif sorunu»nun çözülmesi anlamına gelmez, zira şüphe yenilmiş değildir ve «tavsif sorunu» yine ortadadır, çözüm ileriye bırakılmıştır.

11. Soruşturmacı kararlarında gerekçe

Hâkimlerin kararlarının gerekçeli olması memleketimizde o kadar önemli sayılmıştır ki, bizce hiç de isabetli olmıyarak, Anayasada bile yer almıştır. Gerçi Anayasada «mahkeme» terimi kullanılmıştır (m. 135) ama, bunun sebebi Anayasanın mahkeme ve hâkimlik ayrımını yapmamış olmasıdır. 135. maddenin meselâ sorğu hâkimliklerinin kararlarında da uygulanacağında şüphe yoktur. Kaldı ki Ceza Muhakemesi Kanunumuz açıktır. 31. maddeye göre «bütün hâkimlik ve mahkemelerin her türlü kararları muhalefet şerhleri dahil gerekçeli olarak yazılır». Yaptığı yargılama sayılmasa da, sorğu hâkimi yetki ve ödevlerine sahip soruşturmacı da, onun gibi, gerekçe göstermek mecburiyetindedir.

Gerekçe, kararın sonuç kısmının mantıkî dayanağıdır. Gerek maddî gerek hukukî sorun, gerekçe adı verilen vasıtaya dayanılarak çözülür. Hukukî sorunun çözülmesinde sadece hukuk normlarına başvurulduğunun sanılması hatalıdır. Meselâ bir suçun unsurlarının sayılması, eylemin o suç tipine neden girdiğini göstermeğe yetmez. Bu unsurların o olayda mevcut olduğunun anlaşılması için olayla karşılaştırılması da gerekir. Maddî de denilen isbat sorununun çözülmesinde vasıtanın sadece delil olduğunun sanılması da doğru değildir. Delillerin değerlendirilmesinde kullanılan «tecrübe kaideleri» de gerekçede gösterilmelidir. «Tecrübe kaideleri», tabiat kanunları, matematik ve mantık kuralları gibi genel mahiyette, mücerret ve tahmine dayanan hükümlerdir (14).

Gerekçenin neleri ihtiva edeceği, nasıl yazılacağı verilecek karara göre farklı olacaktır. Eğer kanun göstermemişse, bunu kararı veren hâkim ihtiyaca göre tayin edecektir. Soruşturmacının vereceği kararların gerekçelerinde de aynı nedenle farklar görülebilecektir' Meselâ bilirkişi tayini için verilecek kararla görev itibariyle yetkisizlik kararının gerekçesi elbet aynı olmıyacaktır. Bazı kararlar suçun vasfına dayanacağı için, gerekçe gösterilirken soruşturmacının hukukî tavsif yapması da gerekebilmektedir (No. 10).

12. Bilirkişiye başvurulması

Görevleri uyuşmazlıkları yarıp atacak «yargı»yı yapmak olan yargılama makamları, uyuşmazlığın maddî yönünü delillere

dayanarak çözerken gerek delilin muhtevasını öğrenmek, gerek delilleri değerlendirmek için tecrübe kaidelerine başvuracaklardır (No. 10). Bunlarsa çok defa bilimsel ve teknik bilgileri gerektirir. Hâkimlerin muhtaç oldukları teknik ve bilimsel bilgileri uzmanlardan sorup öğrenmeleri «bilirkişi incelemesi» yaptırmakla sağlanır. Uyuşmazlığın hukukî yönünü çözerken, hukukçu olan hâkimin bilirkişiye başvurması kaide olarak gerekmez. Meğer ki eski veya yabancı hukuk söz konusu olsun.

Bilirkişi mütalaası, istişarî nitelikte olduğundan hâkimi bağlamazsa da, bilirkişinin hâkimi yanıltmaması için tarafsız olması şarttır. Bunun içindir ki, kanunun tayin ettikleri hariç, bilirkişiyi hâkim, tarafsızlığına ve bilgisine güvendiği uzmanlar arasından seçip tayin eder.

Bilirkişi önsoruşturmada ve bu arada üniversite ilksoruşturmasında mütalaasını kaide olarak yazı ile bildirir.

Bilirkişiye başvurma ihtiyacını duyan soruşturmacının bu hususta bir karar vermesi ve tarafsızlığına güvendiği bir uzmanı bilirkişi tayin etmesi gerekir. Bu kararda bilirkişiye sorulan soru, bir diğer söyleyişle onun çözmesi istenilen sorun açıkça belirtilmelidir. Bilirkişi de raporunda bu sorunu çözmeli, yani soruna bir çözüm getirmeli, şüpheyi yenmelidir.

Ceza Muhakemesi Kanunumuz taraflara da bilirkişi seçmek yetkisini vermiş, onların da teknik istişareden faydalanmalarını kabul etmiş, hatta onlara da bilirkişi adını vermiştir. Bunları taraflar sonsoruşturma safhasında doğrudan doğruya davet ettirebilir veya birlikte getirebilirler. İlksoruşturmayı da içine alan önsoruşturma safhasında ise, bilirkişi iştiraki ile yapılan keşif ve muayeneye lüzum görüldüğünde, tarafların kendi seçtikleri bilirkişileri bu keşif ve muayeneye davet ettirebilmeleri veya birlikte getirebilmeleri kabul edilmiştir (CMK 188).

13. Fezleke

Sonsoruşturmanın açılıp açılmaması hakkında karar verilebilecek duruma gelindiğinde artık yapacak soruşturma işlemi kalmamış, üniversite ilksoruşturmasının sonuna gelinmiş demektir. Biz, düşme kararını da sonuç çıkarma makamının vermesi tezini savunduğumuzdan (No. 14), bu kararın verilmesi gerek-

tiğini gören soruşturmacının da artık yapacağı başka soruşturma işlemi kalmadığını düşünüyoruz. Bu durumlarda soruşturmacının yapacağı bir iş vardır: Dosyayı fezleke ile birlikte ilksoruşturmada sonuç çıkarmakla yetkili kılınmış makama, rektörlük vasıtası ile, göndermek.

Fezleke konusunda Üniversiteler Kanununda açık hüküm yoktur. Ancak, üniversite ilksoruşturması memur muhakemesi sisteminin bir uygulaması olduğundan, burada da, orada olduğu gibi, bir «fezleke» düzenlenmektedir. Memur Muhakemesi Kanununun 2. maddesine göre «tahkikatı icra eden zat.. tahkikatı vakianın hülasasını ve netayicini havi fezlekesini» yazıp imzalıyacaktır. Bu nedenle rektörce ilksoruşturma yapmakla görevlendirilmiş olan soruşturmacının da bir fezleke düzenlemesi ve burada yapılmış olan soruşturmayı özetlemesi ve sonuç olarak hangi karara varılması gerektiği hakkındaki mütalaasını bildirmesi icap etmektedir.

14. Üniversite ilksoruşturmasından «sonuç çıkarma»

Dar manada ilksoruşturma olan üniversite ilksoruşturması bitince dosya karar makamına gelecek ve geniş manada ilksoruşturmanın «sonuç çıkarma» adını verdiğimiz bölümüne geçilecektir (No. 2).

Üniversite ilksoruşturmasında sonuç çıkarma makamları öğretim üyeleri ile yardımcıları hakkında Danıştayın ikinci Dairesi, diğer personel hakkında Üniversite Yönetim Kuruludur.

Sonuç çıkarmadan maksat, ilksoruşturmanın amacını gerçekleştirmek, bir diğer söyleyişle, 65. maddenin de açıkladığı üzere, sonsoruşturmanın açılıp açılmıyacağını tayin etmektir. (No. 15). Şu halde sonuç çıkarma makamının asıl vereceği karar, sonsoruşturmanın ya açılması yahut açılmaması kararıdır.

Sonuç çıkarma makamının, yapılmış olan ilksoruşturmayı meselâ tanığın yeminsiz dinlenmesinde olduğu gibi kanuna aykırı veya falanca tanığın dinlenmemesinde olduğu gibi eksik bulunması ve kararını verebilmesi için kanuna uygun hale getirtmesi veya tamamlatması gerekebilir. Bu hallerde eski tabirle maslahatın icabı olan kararları verebileceğinde şüphe edilmemelidir. Nettekim uygulama bu yoldadır.

Sonuç çıkarmakla yetkili kılınmış olan bu makamlar, fazla olarak, yukarda belirttiğimiz gibi (No. 7), sonsoruşturmanın durması ve davanın düşmesi kararlarını da verebileceklerdir.

Bu makamlar, daha önce dar manada ilksoruşturma sırasında verilebilecek olduğu halde verilmemiş olan kararları da, böyle bir karar verme gereğinin farkına vardıklarında elbet verebileceklerdir. Meselâ ilksoruşturma üniversitece yapılamıyorsa «görev itibariyle yetkisizlik kararı» (No. 9) verebileceklerinde, hatta vermek mecburiyetinde olacaklarında şüphe yoktur (15). Yine meselâ şikâyete bağlı bir suç söz konusu olduğu halde dosyada şikâyet yoksa ve şikâyet süresi henüz geçmemişse «muhakemenin durması kararı» verilebilecektir.

15. Sonsoruşturmanın açılması veya açılmaması kararları

Üniversite ilksoruşturmasından çıkacak asıl sonuç, sonsoruşturmanın açılıp açılmaması konusunda verilecek olan kararlardır (No. 14).

Bu iki kararın Memur Muhakemesi Kanunundaki adı, eski kanunda olduğu gibi, «lüzum-u muhakeme» ve «men'i muhakeme»dir. Bunun da sebebi, o zamanlar muhakeme denilince bugünkü muhakemenin sadece sonsoruşturma safhasının anlaşılma-

(14) KUNTER: a.g.e., No. 333.

(15) Danıştay, sonuç çıkarma makamı olarak karar verdiği zaman, bu hallerde açıkça görev itibariyle yetkisizlik veya görevsizlik kararı verdiğinden söz etmemekte ve meselâ «sanık hakkında Memurin Muhakematı Kanunu hükümlerine göre karar verilmesine yer olmadığına ve genel hükümlere göre koğuşturma yapılması için dosyanın yetkili C. Savcılığına gönderilmesi gerekeceğine» (8/11/74 Danıştay Dergisi 1975 s. 216) veya «Devlet Güvenlik Mahkemesinin görevine girdiği kanısına varıldığından, sanıkların üstüne atılan suçtan dolayı bir karar verilmesi için dosyanın Devlet Güvenlik Mahkemesine gönderilmesi gerekeceğine» (8/11/74 Danıştay Dergisi, 1975, s. 217) demektedir. Danıştay itiraz üzerine baktığı işlerde ise, evvelce verilmiş olan kararı, bazan vazifesizlik cihetinden olduğunu açıklıyarak, bozmakta, sonra, bazan genel hükümlere göre işin yapılması gerekeceği için Memurin Muhakematı Kanununa göre karar ittihazına mahal olmadığını belirtmekte (27/2/73 Danıştay Dergisi, 1974, s. 12; 2/9/73 Danıştay Dergisi, 1973, s. 133) bazan da dosyanın gönderileceği yeri (meselâ sıkıyönetim Komutanlığı: 4/12/72 Danıştay Dergisi, 1973, s. 135) açıklamaktadır.

sıdır (No. 2). Onun için Memur Muhakemesi Kanununa göre verilmesi gereken bu kararların adı türkçeleştirilirken «sonsoruşturmanın açılması» ve «sonsoruşturmanın açılmaması» demek gerekir (16). Kelime kelime tercüme edilerek, Sayıştay Kanununun 96. maddesinde olduğu gibi «yargılamanın men'i veya lüzumu» denilmesi çok hatalıdır. Bir kere buradaki muhakeme bugünkü Ceza Muhakemesi Hukukumuzda «sonsoruşturma» karşılığıdır. Sonra, yargılama yargı ile uyuşmazlığı yarıp atma, yargı yapma manasına gelir ve sadece mahkemelerin değil, hâkimlik de dahil, bütün yargılama makamlarının faaliyetini ifde eder (No. 6). 1946 tarihli Üniversiteler Kanununda da «yargılamanın gerekliliğine veya gereksizliğine» karar verilmesinden söz edilmekte idi ve aynı nedenlerle hatalı idi. 1750 sayılı bugünkü kanun yapılırken uyarmamızla bu hata düzeltilmiştir.

Sonsoruşturmanın açılması veya açılmaması kararı verilirken, geniş manada ilksoruşturmanın sınırlarının talepname ile çizilmiş olduğu, ancak hakkında ilksoruşturma yapılmış olan sanık ve onun belirlenmiş eylemi hakkında karar verileceği ve Ceza Muhakemesi Kanununda gösterilmiş olan hususları ihtiva edeceği gözden kaçırılmamalıdır ((17).

A. Sonsoruşturmanın açılması kararı. «Sanığın cezayı gerektiren bir suç işlediği zannını verecek kâfi sebepler varsa» (CMK 196), yani sanığa yapılan isnat yetersiz delillere dayanmayan, zayıf olmıyan bir isnat ise, en doğrusu, İtalyan Ceza Muhakemesi Kanununun ifadesiyle (CPPI 374), «sanığı sonsoruşturmaya sevk için aleyhinde yeter delil varsa», sonsoruşturmanın açılması kararı verilir. Ancak mahkemenin verebildiği mahkûmiyet kararında bellilik arandığı halde burada ihtimal hükmü yetmektedir. Onun için burada delil yetersizliği mahkû-

(16) «Muhakemenin men'i» terimine, bugün dahi, 197. maddenin başlığında «son tahkikatın açılmasına mahal olmadığı kararı» terimi kullanılmasına ve karşıtı olan karara 200. madde başlığında «son tahkikatın açılması kararı» denilmesine rağmen, 200. madde metninde rastlamamız, sistemsizlikten başka bir şey değildir. Buradaki uyarımız (Kunter: **Ceza Muhakemesi Kanununun değiştirilmesi tasarısı hakkında düşünceler.** İstanbul Hukuk Fakültesi yayını, İstanbul, 1972, s. 30) başarılı olamadı.

(17) İstanbul Üniversitesi Yönetim Kurulunun bir kararında bu hususların gözden kaçırıldığından şikâyet edilmiştir (ERDOĞDU: **İstanbul Üniversitesi Yönetim Kurulunun ilgi çekici bir kararı.** İdare Dergisi, 1961, sayı 268 s. 22.

miyet bakımından değil, sorsoruşturmaya gönderme bakımındandır.

Sorsoruşturmanın açılması kararında bir suçlama, bir itham yoktur. Fransızlar İngiliz jürisini kopye ederlerken, tahkik sisteminin alışkanlığı ile ve İngiliz sistemini iyi bilmeme yüzünden, onların büyük jüri dediklerine «itham jürisi» adını vermişlerdir. Bir çoklarının bugün dahi sorsoruşturma kararını ithamname sanması hatası burdan gelmektedir. İtham etmek, iddia makamının işidir. Sorsoruşturma açma kararını ise iddia makamı değil, yargılama makamı vermektedir. Bu karar işin mahkeme önüne gidip gitmiyeceğini tayin bakımından yapılan tamamen geçici bir işlemdir. Bugünkü sistem içinde, bir yargılama makamının kararını itham niteliğinde kabule imkân yoktur (18).

B. Sorsoruşturmanın açılmaması kararı: Sorsoruşturmanın açılmasının gerekmediği hallerde verilen bu karar maddî veya hukukî sebeplere dayanabilir. Maddî sebep, maddî de denilen isbat meselesi bakımındandır. Kanunumuza göre sanığın cezayı mucip bir suç işlediği zannını verecek kâfi sebepler görülmemesi demektir. Hukukî sebep çeşitlidir. Düşme ve durma sebepleri «düşme» ve «durma» adlı başka kararlara yol açtığından buraya girmezler. Buna karşılık meselâ sanığın eyleminin hiç bir suç tipine girmediği veya girse de sanığın cezalandırılabilirliğini kaldıran bir sebep bulunduğu görülünce, sorsoruşturmanın açılmaması kararı verilecektir (19).

(18) KUNTER: a.g.e., No. 456.

(19) Danıştayın bu hallerde, önce verilmiş olan «men'i muhakeme» kararını bozarak «karar ittihazına mahal olmadığına» karar verdiği görülmektedir (meselâ 2. D: 30/4/62 MUHTAR ÇAĞLAYAN'ın Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu'ndan naklen, 2. bası, 1968, c. 2, s. 602). İtiraz merciinin itirazı haklı bulursa eski kararı ortadan kaldırması ve yerine asıl yetkili makam gibi bir karar vermesi gerekir (CMK. 302). Burada men'i muhakeme kararı metinde gösterilen sebeplerle hatalı değildir ki bczulabilsin. Diğer taraftan asıl merciin vereceği karar «karar ittihazına mahal olmadığı kararı» değildir ki itiraz merci böyle karar versin. Memurin Muhakematı Kanununa göre karar ittihazına mahal olmadığı kararı, olsa olsa, «idarî yargılama yetkisizdir, bu işe adlî veya askerî yargılama makamları bakacaktır» manasına kullanılabilir, yani görev itibariyle yetkisizlik kararı verilmesi hallerinde söz konusu olabilir. Memurin Muhakematı Kanununa giren bir suç isnat edilmişse ve hiç bir suç tavsifi de mümkün değilse, artık adlî veya askerî yargılama makamları bu işe bakmayacaklarına göre,

16. Üniversite ilksoruşturması yapılması gerektiği halde yapılmamış olması

Üniversiteler Kanununun 65. maddesinin veya daha genel olarak Memur Muhakemesi Kanununun uygulanması gerektiği halde, savcının iddianame ile dava açtığına veya sorgu hâkiminin ilksoruşturma yaparak sonsoruşturmanın açılması kararı verip işi mahkemeye gönderdiğine rastlamak elbet mümkündür. Bunun bir hukuka aykırılık olduğunda şüphe yoktur. Memur muhakemesi sistemini düzenliyen normların hiçe sayılıp uygulanmaz hale getirilmelerine meydan vermemek için, bu aykırılığın Muhakeme Hukuku bakımından bir müeyyidesi olması gerekeceği de şüphesizdir. Fakat hangi çeşit müeyyide söz konusu olmalıdır? Yokluk mu? Butlan mı? Kabul edilmezlik mi? Kanunlarımızda bir açıklık olmadığı gibi, uygulama da her zaman doyurucu değildir.

Bizce bu müeyyide «kabul edilmezlik» olmalıdır. Gerçekten, bu müeyyide, bilindiği gibi, aykırı işlemin sadece kabul edilmesi sonucunu doğurur (20). İşlem bir kere kabul edildi mi, artık onun aykırılığından söz edilemez. Bu demektir ki aykırılığı gören ve görmesi gereken mahkeme, işin başında yani duruşma açılır açılmaz, daha iyisi duruşma hazırlığı devresinde «davanın kabule şayan olmadığı kararı» vermelidir (21). Uygulamada buna çok defa vazifesizlik kararı denilmektedir. Ancak işin başında dahi bu kararın verilemeyeceği bir hal de vardır. O da, iş memur muhakemesi sistemine giriyorsa, fakat yetkili kurul «bu kanuna girmiyor» diye daha önce bir karar vermişse, tekrar ona göndermek sonucunu doğuracak bir karar vermenin manası yoktur ve mahkeme kabul edilmezlik kararı veremeyip davaya bakmalıdır (22). Mahkeme işin başında kabul edilmezlik kararı vermiyerek davaya bakmaya başlamışsa, sonsoruşturmaya geçmiş bir işi ilksoruşturmaya geri göndermek sonucunu doğuran ve ırmağı tersine akıtmağa çalışmak gibi esaslara ters düşen bir karar ver-

muhakemenin men'ine, daha doğrusu sonsoruşturmanın açılmamasına karar verilmelidir ve verilmişse bozulmamalıdır.

(20) KUNTER: a.g.e. No. 290.

(21) KUNTER: a.g.e. No. 463.

(22) CG: 10.1.72 (Resmî Kararlar Dergisi 1972, s. 7); 12.3.73 (Resmî Kararlar Dergisi 1973, s. 90); 2.4.73 (Resmî Kararlar Dergisi 1973, s. 93).

memeli ve davaya bakmağa devam eylemelidir. Mahkemenin verdiği «sonkarar» da bu yüzden bozulmamalıdır.

Bu çözüm, genel olarak memur muhakemesi sisteminin, özel olarak üniversite ilksoruşturmasının bir «teminat» olmasına ters düşmemektedir. Gerçekten, bu teminat oluş, suçlu memurların kayırılması manasına gelemeyeceğine ve sonsoruşturmanın açılması veya açılmaması kararları genel normlara dayanılarak verileceğine göre, ilksoruşturmanın teminat teşkil etmesinden başka bir şey değildir. Memur olmıyanlar hakkında genel normlara göre ilksoruşturma yapılmıyabilen haller vardır. İşte memur muhakemesi sisteminin teminatı, bu hallerde de ilksoruşturma yapılması ve memurların ciddî olmıyan isnatlarla sanık olarak alenî duruşmalara çıkmalarının önlenmesidir. Bu teminat, iddianame ile açılan davaların mahkemelerce işin başında kabul edilmemelerini haklı gösterir. O kadar. Hele dava kabul edilerek duruşma yapılmış ve sonunda sanık mahkûm olmuş veya beraat etmişse artık «Memur Muhakemesi veya Üniversiteler Kanunlarına göre ilksoruşturma yapılmadı, teminata zarar verildi» diye sonkarar bozulmamalıdır (23). Çünkü bu kanunlara göre yapılacak ilksoruşturmanın amacı da, genel kanuna göre yapılanda olduğu gibi, sonsoruşturmaya geçilip geçilmiyeceğini tayin etmek, mahkeme önüne gidemeyecek kadar zayıf isnatlarla mahkemeleri meşgul etmemek, önceden bir ayıklama yapmaktır. Sonsoruşturma açılması için mahkûmiyeti gerektirecek kadar kuvvetli deliller aranmadığına, «sanığın bir suç işlediği zannı verecek kâfi sebepler görülmesi» yettiğine göre (CMK 196), duruşma sonunda mahkûm olmuş bir kişi hakkında, hâlâ, «acaba suç işlediği zannını verecek kâfi sebepler var mı?, isnat mahkeme önüne gidecek kadar kuvvetli mi?» diye ilksoruşturma yapmanın manasızlığı açıktır. Yapılsa da sırf formalite olarak yapılacak, hiç bir delil toplama gereği duyulmıyacak, hatta Ceza Muhakemesi Kanununun 185. maddesinde hazırlık soruşturmasındaki sorgu kasolduğundan,

(23) Meselâ CG: 1.11.65 (ÇAĞLAYAN: Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu, Ankara, 2. bası, 1966, c. I, s. 98); 15.5.67 (Resmî Kararlar Dergisi 1968, s. 5). Aksine kararlar da yok değildir. Meselâ CG: 18.3.68 (Ankara Barosu Dergisi 1968, s. 556), 12.3.73 (İlmî ve Kazaî İctihatlar Dergisi 1973, s. 1977). Hele mahkûmiyet kararı doğru diye tasdik edildikten sonra, karar düzeltmesi yolu ile ve sırf Üniversiteler Kanununa göre ilksoruşturma yapılmadı diye bozmaya (4. CD: 29.3.77, 2331-1971) ne demeli?

sanığın yeniden sorguya çekilmesini bile gerektirmeyecek bir ilksoruşturma sonunda yine sonsoruşturma açılmıyacak mı? Açılacaksa ne değişecek? Hele duruşma sonunda sanık beraat etmişse, beraat da doğru ise, ilksoruşturma yapılsın diye bozmak, davaları boşu boşuna uzatmaktan başka ne sonuç doğuracaktır? Bizce bu hallerde ilksoruşturmanın yapılmamış veya kabul edilmemesi gereken iddianameye dayanılarak duruşma yapılmış olması hatası sonkarara tesirsizdir ve sonkarar bozulmamalıdır (24).
