

HUKUK DEVLETİ İLKESİ İŞIĞINDA KAMU GÖREVLİLERİNİN YARGILANMASI*

Sevgi Bektur**

GİRİŞ

Türk Ceza Muhakemesi, cumhuriyet savcısının herhangi bir yolla suçun işlendiği izlenimini edinmesi ile hemen işin gerçeğini araştırmaya başlamasını mecbur kılmaktadır. Adli makamlar, herhangi bir nedenle soruşturma yapmaktan kaçınmazlar. Savcı ve emrindeki adli kolluk, şüphelinin lehine ve aleyhine olan delilleri toplamak ve bunları korumakla yükümlüdür¹. Kovuşturma mecburiyeti ilkesi gereği yapılan soruşturma neticesinde elde edilen bu deliller kamu davasının açılması için yeterli suç şüphesi oluşturuyorsa savcı iddianameyi hazırlar. Elde edilen delillerin kamu davası açılması için yeterli olmadığı kanaatinde ise kovuşturmaya yer olmadığı kararı verir². Ancak Türk hukuk düzeninde kamu görevlilerinin görevleriyle ilgili işledikleri iddia edilen suçlardan dolayı ceza soruşturması yapılabilmesinin idari merciin iznine bağlı olduğunu öngören izin sistemi kabul edilmektedir. Belirli meslek grupları için özel kanunlarla getirilmiş bir izin prosedürü öngörülmemiş ve fiil, suçun niteliği bakımından cumhuriyet savcılarının doğrudan soruşturma yapmasını gerektirmiyorsa³ kamu görevlilerinin görevleri ile ilgili işlediği suçlardan dolayı 4483 sayılı Kanun uygulanır. 4483 sayılı Kanun'un 2. Maddesinin 5. Fıkrası gereği, kamu görevlilerinin işkence ve aşırı güç kullanımına ilişkin suçlarda cumhuriyet savcıları doğrudan soruşturma yürütmelidir. Kanunun açık hükmüne rağmen cumhuriyet savcılarının özellikle kolluk görevlileri hakkında işkence ve aşırı güç kullanımına yönelik suç haberi alması üzerine izin sürecini başlatması AİHM tarafından pek çok ihlal kararına

* Bu makale hakem incelemesinden geçmiştir.

** Arş. Gör., Özyeğin Üniversitesi Hukuk Fakültesi İdare Hukuku Anabilim Dalı.

¹ Hamide Zafer, Nur Centel, **Ceza Muhakemesi Hukuku**, Beta Basım Yayın, 2018, İstanbul, s.110.

² Nurullah Kunter, Feridun Yenisey, **Ceza Muhakemesi Hukuku**, Beta Yayınevi, 2000, İstanbul, s.345.

³ Ceza Muhakemesi Kanununun 161. Maddesinin 5. fıkrası gereği cumhuriyet savcıları, adli görevlerini kötüye kullanan veya ihmâl eden kamu görevlileri ile kolluk görevlileri hakkında doğrudan soruşturma yürütmesi gerektiğini düzenlemektedir.

konu edilmiştir. Çalışmamızda 4483 sayılı Kanun’unda düzenlenen ayrık durum incelenmekle birlikte 4483 sayılı Kanunun istisnasını teşkil eden özel kanundaki haller çalışma kapsamımıza dâhil edilmemiştir⁴. Keza istisnanın istisnası olarak genel kurala dönen bu düzenlemelerin uygulanmasında da gösterilen direnç ve kanuni düzenlemelerin belirsizliği ayrı bir çalışmanın konusu olabilir.

Bu halde cumhuriyet savcısı, suç haberini öğrenmesi ile suçun soruşturulmasına başlayacaktır. Ancak suçun “izin” kapsamında olduğunun anlaşılması halinde durma kararı vererek özel bir kanunla düzenlenmişse o kanuna göre aksi halde 4483 sayılı Kanun’a göre izin alınma usulünü başlatmalıdır. İzin verilmesi şartının gerçekleşmemesi halinde durma kararı kaldırılarak düşme kararı yahut koşul gerçekleşirse soruşturmanın devamına karar verilmesi gerekmektedir⁵. İlgili özel kanunlar; hakim ve savcılar⁶, avukatlar⁷, yüksek öğretim kurumları personeli⁸, noterler⁹, Türk Silahlı Kuvvetleri mensupları¹⁰, MİT mensupları veya belirli bir görevi ifa etmek için kamu görevlileri arasından Cumhurbaşkanı tarafından görevlendirilenler¹¹, Bankacılık Düzenleme ve Denetleme Kurulu Başkan ve üyeleri ile kurum personeli¹² için özel kanunlarda izin sistemi öngörülmüştür. İlgili haller çalışmamız kapsamında yer almamakla birlikte; avukatlar, hâkim ve savcılar ile yükseköğretim kurumu personelleri için izne ilişkin verilen idari kararların yargısal denetimine, itiraz hakkı başlığı altında değinilecektir.

Suç şüphesi altında olan herkesin yargı organları tarafından soruşturulması

⁴ Suçun niteliğine göre 4483 sayılı Kanun’un istisnasını oluşturan haller özel kanunlarda düzenlenmiştir. Ayrıntılı bilgi için bkz. İsmet Giritli, Pertev Bilgen, Tayfun Akgüner, Kahraman Berk, **İdare Hukuku**, DR Yayınları, 2011, İstanbul, s.769

⁵ Yener Ünver, Hakan Hakeri, **Ceza Muhakemesi Hukuku**, Adalet Yayınevi, 2018, İstanbul, s.99

⁶ HSK m.82: “Hakim ve savcılarının görevden doğan veya görev sırasında işlenen suçları, sıfat ve görevleri gereğine uymayan tutum ve davranışları nedeniyle, haklarında inceleme ve soruşturma yapılması Adalet Bakanlığının iznine bağlıdır. Adalet Bakanı inceleme ve soruşturmayı, adalet müfettişleri veya hakkında soruşturma yapılacak olandan daha kıdemli hakim veya savcı eliyle yaptırabilir.”

⁷ AvK m.58/1: “Avukatların avukatlık veya Türkiye Barolar Birliği ya da baroların organlarındaki görevlerinden doğan veya görev sırasında işledikleri suçlardan dolayı haklarında soruşturma, Adalet Bakanlığının vereceği izin üzerine, suçun işlendiği yer Cumhuriyet savcısı tarafından yapılır...”

⁸ Yükseköğretim Kanunu m.58/7: “Yükseköğretim üst kuruluşları başkan ve üyeleri ile yükseköğretim kurumları yöneticilerinin, kadrolu ve sözleşmeli öğretim elemanlarının ve bu kuruluş ve kurumların 657 sayılı Devlet Memurları Kanununa tabi memurlarının görevleri dolayısıyla ya da görevlerini yaptıkları sırada işledikleri ileri sürülen suçlar hakkında yetkili makamlarca inceleme başlatılabilir...”

⁹ NK m.153: “Noterlerin, görevden doğan veya görev sırasında işledikleri suçlarından dolayı kovuşturma yapılabilmesi Adalet Bakanlığının iznine bağlıdır.”

¹⁰ As CK m.48/B: “Askeri kazaya tabi olupta Türk Ceza Kanunu mucibince takibi Adliye Vekilinin iznine bağlı suçlar hakkında izin, Milli Müdafaa Vekili tarafından verilir.”

¹¹ MİT Kanunu m.26: “MİT mensuplarının veya belirli bir görevi ifa üzere kamu görevlileri arasından Cumhurbaşkanı tarafından görevlendirilenlerin; görevlerini yerine getirirken, görevin niteliğinden doğan veya görevin ifası sırasında işledikleri iddia olunan suçlardan dolayı ya da 5271 sayılı Kanunun 250 nci maddesinin birinci fıkrasına göre kurulan ağır ceza mahkemelerinin görev alanına giren suçları işledikleri iddiasıyla haklarında soruşturma yapılması Cumhurbaşkanının iznine bağlıdır.”

¹² Bankacılık K. m.104: “Kurul Başkan ve üyeleri ile Kurum personelinin görevleriyle bağlantılı olarak işledikleri iddia edilen suçlara ilişkin soruşturmalar, Kurul Başkan ve üyeleri için ilişkili Bakanın, Kurum personeli için ise Başkanın izin vermesi kaydıyla genel hükümlere göre yapılır...”

ve kovuşturulması gerekliliğine¹³ istisna teşkil eden 4483 sayılı kanun, dayanağını Anayasa 129’ dan alır. Buna göre “Memurlar ve diğer kamu görevlileri hakkında işledikleri iddia edilen suçlardan ötürü ceza kovuşturması açılması, kanunla belirlenen istisnalar dışında, kanunun gösterdiği idari merciin iznine bağlıdır.” Anayasadan dayanağını alan izin sürecinin, idari tasarruflar ile kamu görevlilerinin, soruşturma konusu yapılabilecek fiilleri nedeniyle hesap vermemelerinin önüne geçen bir araç olarak kullanılabilme tehlikesi ve çelişkisi¹⁴, hukuk devletinin¹⁵ varlığının sorgulanmasına neden olmuştur. İdarenin varlık nedeni olan kamu hizmetlerini yerine getirebilmek için birey ile ilişki kurduğu “sureti” kamu görevlileridir. Kamu görevlilerinin bu görevlerini ifa ederken bireyin hakkını ihlal etmesi bir olgu iken idarenin usulüne uygun çıkarılmış yasaya dayanarak yaptığı idari işlemler ile hukuka aykırı sonuçlara varılması ise hukuksal bir problemdir. İşte bu problem, bütünsel hukuk devletine aykırılık olarak kavramlaştırılabilir. Devlet iktidarının sınırlanması düşüncesinin kökleri antik çağa uzanır. Ancak hukuk devletinin çağdaş anlayışı, bu sınırlamanın kendi başına bir amaç olarak değil, özgürlük yararına gerçekleşmesini mümkün kılacak ilke ve kurumların formüle edilmiş olmasını gerektirir. Biçimsel ve maddi yönleri içeren bu düzen “bütünsel hukuk devleti” olarak adlandırılır. Buna göre hukuk devleti, yalnız biçimsel güvencelerle sınırlı tutulmamaktadır. Bu erki içerik açısından da sınırlayan değerlerin merkezinde insan hakları bulunmaktadır¹⁶. Yargı yetkisiyle etkin bir görünüm kazanan hukuk devleti anlayışına “yasaya ve Anayasaya uygunluk” ilkesi yanında “ulusal üstü hukuka bağlılık” ilkesinin eklenmesi ve bu bağlamda normlar hiyerarşisinin kurulması temel hak ve özgürlüklerin korunmasında önemli bir adım olmuştur. Anayasa’ da tanınmış temel ilkelerden idare hukuku bakımından en önemlisi şüphesiz işte bu hukuk devletidir. Bu bağlamda, yargılama yetkisini kabul ettiğimiz AİHM içtihatları ve tarafı olduğumuz AİHS’

¹³ Anayasa 36/2: “Hiçbir mahkeme, görev ve yetkisi içindeki davaya bakmaktan kaçınamaz.”

¹⁴ Çelişki olarak nitelendirmemizin sebebi; hukuk kurallarını koyan devletin yine bu kurallara uymamak için yeni düzenlemeler ihdas etmesinde yatmaktadır. Egemenlik yetkisine sahip olan devlet, toplumsal düzenin sağlanması ve devamı için vazgeçilmez olan hukuk kuralları ile hem bireyler arası ilişkileri, hem bireylerin devletle olan ilişkilerini, hem de devlet yönetimine egemen olan ilkeleri düzenler. Toplumsal örgütlenmenin ulaştığı en ileri düzen olan hukuk devleti ilkesi var olan kurallara idare edilenlerin yanı sıra devletin tüm faaliyetlerinde hukuk kurallarına bağlı olmasını gerektirir. (Tolga Şirin, “ ‘Hukukun Üstünlüğü’ (Rule of Law) ve ‘Hukuk Devleti’ (Rechtsstaat) Aralarında Fark Var mı?”, **Prof.Dr.Tunçer Karamustafaoglu’ na Armağan**, Adalet Yayınevi, 2010, s.696) İzin sistemi ile devletin egemenlik yetkisini koruduğu gerekçesi (Giritli, Bilgen,Akgüner,Berk, s.767) hukuk devleti ile bağdaşmaz.

¹⁵ Türk Anayasa sistemine ilk defa 1961 Anayasası ile giren hukuk devleti ilkesi, 1982 Anayasası’nda cumhuriyetin nitelikleri arasında Anayasa 2’ de sayılmış, Anayasa 5 Devletin amaç ve görevleri arasında “hukuk devleti ve adalet ilkeleriyle bağdaşmayacak” engelleri kaldırmaya çalışmak olduğunu ifade etmiştir. AY 129/1 gereği Memurlar ve diğer kamu görevlileri de anayasa ve yasalara uygun faaliyette bulunmakla yükümlüdür.(Bülent Tanör, Necmi Yüzbaşıoğlu, **1982 Anayasasına Göre Türk Anayasa Hukuku**, Beta Yayınları, 2016, s.110) Anayasa’ da yer almakla birlikte hukuk devleti ilkesi, Anayasa Mahkemesince hukukun genel ilkelerine ulaşıırken kullandığı ölçü norm olmuş, kimi zaman Mahkeme’ nin yargısal aktivizminin meşruiyet aracı haline gelmiştir.

¹⁶ Mithat Sancar, “**Devlet Akli**” **Kıskacında Hukuk Devleti**, İletişim Yayınları, 2008, s.34-35

in 4483 sayılı Kanun'a ilişkin kararlarının incelenmesi önem arz etmektedir.

İşte bu kapsamda, 4483 sayılı kanun ile düzenlenen izin sürecinin hukuk devleti bağlamında incelenmesi gereği duyulmaktadır. İzin süreci, kamu görevlisinin suç teşkil eden görevsel davranışları nedeniyle hesap verebilirliğini sağlamalı; sorumluları ve olayı aydınlatacak yeterlilikte gerçekleşmelidir. Aksi halde cezasızlık sorunu doğacaktır. 4483 sayılı Kanun ile öngörülen izin süreci, AİHM içtihatları ile oluşturulan etkili soruşturma yükümlülüğü bakımından ve verilen idari kararın denetimi AİHS ile düzenlenmiş olan etkili başvuru hakkı bakımından Kamu Görevlisinin Yargılanma(ma)sının Hukuk Devleti İlkesine Aykırılıklar başlığı altında incelenecektir. Bu bakış açısı, 4483 sayılı Kanun ve uygulamalarının pek çok kez AİHM tarafından ihlal kararlarına konu olması bakımından da ayrıca önem taşımaktadır. Kanun' unda öngörülen öninceleme aşamasının hangi usullerle gerçekleştirileceği, ön inceleme aşaması sonunda verilen kararın denetim usulünün nasıl olacağı gibi durumların Kanun'da düzenlenmemiş olması içtihadın incelenmesi gerekliliğini doğurmaktadır. Benzer konulara ilişkin farklı kararlar olsa da çalışmamızda oluşan içtihat bulunmaya çalışılmıştır. Türk idare yargıcı her ne kadar genellikle dar pozitivist perspektifle hareket etse de yasal boşlukların bulunduğu alanlarda "hukukun genel prensipleri teorisi" ni hukuka uygunluk bloku¹⁷ kapsamında değerlendirerek koruyucu kararlar verebilmektedir. Bu hukuka uygunluk bloku içerisinde, yasal düzenlemelerin yanı sıra Anayasa'daki temel haklar, AİHS'deki insan hakları, hukukun genel prensipleri, anayasa yargıcı tarafından belirlenen prensipler ölçü norm olarak hukuka uygunluk blokunda yer almaktadır¹⁸. Bu bağlamda kanunda öngörülen yetkili idari merciin "ihbar veya şikâyeti işleme koymama kararı", "izin verme" yahut "izin vermeme" kararlarının idari yargıç tarafından denetiminde oluşturulan "hukuka uygunluk ölçütleri" incelenen kararlar ışığında ortaya konulmaya çalışılacaktır.

Son bölümde ise Kamu Görevlisinin Yargılanmasının Hukuk Devleti İlkesi ile Uyumu başlığı altında, kamu görevlisinin yargılanma sisteminin hukuk devleti ilkesi ile uyumlaştırılması üzerinde durulacak olup; karşılaştırmalı hukukta, Atlantik' in ve Manş Denizi' nin iki yakasından¹⁹ ; İngiltere ve Fransa'dan farklı

¹⁷ Anayasanın bağlayıcılığı ve üstünlüğü ilkesi (Anayasa madde 11) 'nden dayanağını alan kuralın Anayasa' ya uygunluğunun denetiminde uygulanan bu ölçü normlar, Anayasa yargıcı tarafından yapıldığında "anayasallık bloku" olarak adlandırılır. Bunlar pozitif anayasa metninin yanı sıra, hukukun genel ilkelerinden, insan haklarına ilişkin uluslararası bildiri ve sözleşmelerden oluşur. (Tanör, Yüzbaşıoğlu s.502) GÖZLER, Türkiye'de anayasallık denetiminde ölçü norm olarak ancak Anayasanın maddeleri ve başlangıcının kullanılabileceğini, bunların dışında uluslararası hukuk normları ve hukukun genel ilkeleri ölçü norm olarak kullanılamayacağını belirterek Anayasal denetimde ölçü normun "anayasa" olduğu karşı görüşündedir. (Kemal Gözler, "Türk Anayasa Yargısında Anayasallık Bloğu Kavramına İhtiyaç Var mıdır?", **Ankara Üniversitesi SBF Dergisi**, 55-3, http://www.politics.ankara.edu.tr/dergi/pdf/55/3/5_kemal_gozler.pdf)

¹⁸ Celal Erkut, **Hukuka Uygunluk Bloku**, İnsan Hakları Yayınları, 1996, s.84

¹⁹ Şirin, s.680 ; Karşılaştırmalı Hukukta, "hukuk devleti" ve "hukukun üstünlüğü" kavramları çokça incelenmekte ve farkları tarihsel etkileşimi ile birlikte ortaya konulmaya çalışılmaktadır. Hak ve özgürlükler lehine iktidarın sınırlandırılması amacı çerçevesinde bakıldığında kavramlar arasında bir farktan bahsetmek zor-

tarihsel süreçlerle aynı sonuca ulaştıkları ortaya konulacaktır. Buna göre kamu görevlilerinin yargılanma sistemlerine ilişkin Fransa'nın tarihsel gidişatı ortaya konularak kamu görevlilerinin yargılanma sisteminde yargısal güvence sistemine geçildiği ortaya konulacaktır. 4483 Sayılı Kanunun kapsamı kişi bakımından ve konu bakımından sınırlamalara tabii tutulmuş fakat bu sınırlamaların belirsizliği sistemin varlık amacından ayrı hukuka aykırılıklar silsilesine götürmüştür. İzin sisteminin meşru²⁰ amacı, kamu görevlisinin gördüğü hizmet yönünden sık sık ceza soruşturmasına konu edilebileceği ve bununda kamu hizmetinin sürekliliği ilkesine aykırılıklar oluşturacağıdır. Kamu görevlilerini iş yapamaz hale getirmenin yanı sıra hizmetin yürütülüşü üzerinde bir takım haksız şüphelere yol açabileceğidir²¹. Çalışmamızda bu sebebin, hukuk devletindeki geçerliliği tartışılacaktır.

I. Kamu Görevlisinin Yargılanma(ma)sının Hukuk Devleti İlkesine Aykırılıkları

A. Etkili Soruşturma Yükümlülüğü Açısından İzin Süreci

İdarenin hukuka uygun işlemesi, hukuk devletinin gereğidir. İdarenin, kamu görevlilerinden oluşan bir teşkilat yapısı olduğu unutulmamalıdır. Etkin ve bağımsız bir soruşturma, soruşturmanın sonucunun gerektirmesi halinde kamu görevlisinin yaptığı işlem ve eylemlerden dolayı sorumluluğu üstlenmesinde büyük önem taşımaktadır²². Türk hukukunda sorumluluk; hukuk sorumluluğu ve ceza sorumluluğudur. Etkili soruşturma yükümlülüğünün ne tür bir soruşturmayı gerektirdiği, olayın şartlarına göre özellik arz etmektedir²³. Fakat soruşturmanın türü ne olursa olsun etkili bir soruşturmanın gereği, kamu görevlisinin yaptığı eylemlerden sorumlu hissetmesinin gereğidir. Aksi bir durum kamu görevlilerinin cezasızlığı sorununu gündeme getirmektedir²⁴. AİHM' e başvurularak 4483 sayılı Kanun' un uygulandığı ve etkin bir soruşturmanın yapılmadığı iddiası taşıyan pek

dur. Ortak bölenlerinin, "iktidarı sınırlamak" olduğu dikkate alınmalıdır. (Şirin, s.696)

²⁰ Hukuk devletinde meşruluk sorunu için bkz. Sancar, s.86

²¹ Anayasa Mahkemesi Kararı, 14.11.1967, E. 1967/14, 1967/36

²² "...Mahkeme, devlet açısından, sağlık uzmanlarının sorumluluğu altında bulunan bir kişinin ölüm nedeninin tespit edilmesine imkân veren, etkin ve bağımsız bir yargı sistemi oluşturma ve gerektiği takdirde, söz konusu uzmanların kendi işlemlerinin sorumluluğunu üstlenmelerini sağlama gerekliliğini kapsayan, Sözleşme' nin 2. Maddesinde yer alan pozitif yükümlülüğe özel bir önem atfetmektedir." (Aydoğdu/ Türkiye, 30.08.2016, Başvuru No.20228/06, para.79)

²³ Kamu görevlilerinin yaşam hakkını düzenleyen AİHS m. 2 ve işkence yasağını düzenleyen AİHS m.3 kapsamında gerçekleşen ve suç teşkil eden fiillerinin cezai soruşturma gerektirdiği ve 4483 sayılı Kanun' a gidilemeyeceği konusunda AİHM' in görüşü açıktır. (Ayrıntılı bilgi "Savcılığın Delil Tespiti" başlığı altında incelenmektedir.)

²⁴ Karahan/Türkiye kararında, AİHM, devletin gözetimi altındayken Sözleşme' nin 3. Maddesine aykırı davranıldığına iddia edildiği durumlarda sorumluların belirlenmesi ve cezalandırılmasına yönelik etkin bir soruşturmanın yürütülmesi gerekliliğinden bahseder. Eğer soruşturma bu şekilde gerçekleştirilmezse "temel önemine rağmen aşağılayıcı veya insanlık dışı muamele ya da cezaların ve işkencenin genel ve kanuni olarak yasaklanması, uygulamada etkili olmayacaktır ve cezai sorumluluktan büyük oranda muaf tutulan Devlet görevlilerinin, gözetimlerinde olan kişilerin haklarına bazı durumlarda saygı duymamaları mümkün olacaktır." (Karahan/Türkiye, 25.03.2014, Başvuru No.11117/07, para.42)

çok davada, Türk Hükümeti, Anayasa madde 40 gereği, temel hak ve özgürlükleri kamu görevlileri tarafından ihlal edilen herkesin bunun telafisini isteyebileceğini vurgulayarak başvuranın tam yargı davasına başvurmadığından cihetle iç hukuk yollarının tüketilmediği itirazında bulunmaktadır. Ancak AİHM, tam yargı davasının kamu görevlisinin bireysel sorumluluğunu tespit etmekte ve şikâyet edilen durumu düzeltebilecek nitelikte olmadığından bahisle söz konusu itirazı reddetmektedir.²⁵

Kasten meydana gelen ölüm yahut vücut bütünlüğünün ihlali olaylarında, Devletin cezai soruşturma yürütme yükümlülüğü mutlaktır. Bu hallerde kamu görevlilerinin idari olarak soruşturulması ve soruşturma sonucunda yalnız tazminat ödenmesi yaşam hakkı ihlalini gidererek mağdur sıfatını ortadan kaldırmaktadır.²⁶ Ancak yaşam hakkının ihlaline ihmalen sebebiyet verilmesi halinde, devletin etkili bir yargısal sistem kurma yönündeki pozitif yükümlülüğü mutlaka her olayda ceza davası şeklinde kendini göstermez²⁷. Ancak AİHM, kamu görevlilerince gerçekleştirilen ihmal fiillerine ayrıca önem vermektedir. İhmalen meydana gelen ölüm olaylarında kamu görevlilerinin hatası, “olası sonuçların farkında olmalarına rağmen söz konusu makamların kendilerine verilen yetkileri göz ardı ederek tehlikeli bir faaliyet nedeniyle oluşan riskleri bertaraf etmek için gerekli ve yeterli önlemleri almadığı” şeklinde ise ceza soruşturmasını gerekli kılar²⁸. “Tehlikeli faaliyetler nedeniyle ortaya çıkan olaylara yönelik devletin

²⁵ Aydoğdu/Türkiye kararında AİHM, başvuranların sağlık hizmetindeki yapısal eksikliklere ilişkin olarak, cezai ve/veya disiplin soruşturmasının, tam yargı davasından daha üstün bir menfaat sunduğunu belirtmiştir. (Aydoğdu/Türkiye, para.63) Kaldı ki bu iki soruşturmanın keşifim nok-tasının söz konusu idari soruşturma olduğu anlaşılmaktadır. (para.78) ; “Diğer taraftan, başvuru-ranın şikâyeti yalnızca iddia ettiği yasa dışı polis aramasını değil, aynı zamanda bu uygulamadan şikâyetçi olabilmek için etkili bir iç hukuk yolu olmamasını da içermektedir. Oysa Hükümet tara-ından ileri sürülen iç hukuk yolları, bu sorun için etkili bir çare niteliği taşımamaktadır.” (Işıl-dak/Türkiye, 31.09.2008, Başvuru No.12863/02)

²⁶ Oğur/Türkiye kararında Hükümet, cumhuriyet savcısına suç haberini vermesine rağmen 4483 sayılı Kanunun işletilerek ceza soruşturmasına izin vermeme kararının kesinleşmesinin tek başına iç hukuk yollarını tüketmeye yetmediği itirazında bulunmuştur. Mahkeme, tam yargı davasının, hukuka aykırı fiillerden sorumlu olan kamu görevlilerinin kim olduklarının tespitinin söz konusu davanın ön şartı olmadığını, devletin tam sorumluluğuna dayalı bir hukuk yolu olduğunu belirtmiştir. Ayrıca devletlerin ölümle sonuçlanan olaylarda, sorumluları tespit ederek cezalandırma yükümlülüğü vardır. Bu yükümlülük yalnız tazminat ile giderilemez. “Aksi takdirde, *şayet devletin tam sorumluluğuna dayanan bir fiil, 2. Veya 13. Maddeler kapsamındaki şikâyetler için tüketilmesi gereken bir iç hukuk yolu olarak kaydedilecek olursa, devletin ölümle sonuçlanan saldırının suçlularını arama yükümlülüğü ortadan kalkabilir.*” (Oğur/Türkiye, 20.05.1999, Başvuru No: 21594/93, para.66) **(21594/93)**

²⁷ AİHM kararında idari soruşturmanın, yapısal sorunların tespit edilerek eksikliklerin idarece giderileceğine imkân sağlayan nitelikte olduğunu ifade etmiştir. Sağlık sistemindeki yapısal sorunlar toplumun büyük kısmını etkilemekle birlikte yine engelle tarafından nedenlerinin bilinmeyeceğini dikkate alarak, söz konusu kamu hizmetinden sorumlu olan Sağlık Bakanlığının himayesinde yürütülecek idari soruşturmanın sorunların çözümünde önemli olacağını vurgulamıştır. Ancak idari soruşturma organlarının bağımsız olmaları ve topladıkları kanıtların adalete güven telkin edecek şekilde olması beklenmektedir. “Mahkeme, mevcut davada yürütülen idari/disiplin soruşturmasının, bir hastanın hastane tarafından tıbbi tedavi hizmetinin sağlanmamasına yol açan yapısal bir engelle karşılaşması ve bu durumun hastanın hayatının tehlikeye girmesine sebep olması halinde, makamların derhal ve kendi imkânları dâhilinde, resmi, bağımsız, tarafsız ve etkin bir soruşturma başlatmaları gerektiği yönündeki içtihat ile ilk bakışta uyumlu olduğunu tespit etmektedir.” (Aydoğdu/Türkiye, para.80)

²⁸ Mahkemenin yaşama hakkının veya maddi bütünlüğün ihlaline üçüncü kişilerin kasıtlı olmayan eylemleri

kapsamlı ve etkin bir ceza soruşturması yürütmesi yükümlülüğüne ilişkin ilkeler, afet olayları nedeniyle yapılan başvurulara da uygulanabilecektir.”²⁹

AIHM, 4483 sayılı Kanun’ a dayanılarak yapılan ön inceleme soruşturmasını incelediği ve kamu görevlilerinin tıbbi ihmalkârlık, konut hakkını ihlal gibi eylemleri konu aldığı kararlarında yürütülecek soruşturmanın etkili olması bakımından soruşturmayı yapacak ulusal makamın bir yargı yeri olmak zorunda olmadığını ifade etmektedir. Mahkeme, Aydoğdu/Türkiye kararında³⁰ 4483 sayılı Kanun bağlamında etkili soruşturmayı gerçekleştirecek ulusal makamın mutlaka adli bir kurum olması gerektiğini ortaya koymaktadır³¹. Önemli olan makamın yetkileri ve sunduğu güvencelerdir.³² Etkili bir soruşturmanın gereklerini yerine getirmeden gerçekleştirilen bir soruşturmaya dayanılarak verilen ön inceleme raporu, idari merciin ceza yargılamasının önüne geçmesine neden olduğundan ön inceleme aşaması, soruşturmanın etkililiği bakımından önem taşımaktadır. Bu yönüyle ön incelemede elde edilen delillerin etkililiği, söz konusu delillerin elde edilmesindeki önemi nedeniyle ön incelemenin süratli olarak gerçekleştirilmesi başlık altında incelenecektir. Ayrıca ön inceleme raporuna dayanarak karar verecek yetkili idari merciin tarafsızlığı ve vereceği kararlarda uygulaması gereken usuller bir diğer önemli konudur. Söz konusu başlıklar, AIHM’ in etkili bir başvuru için aradığı kriterler ile uyumaktadır.

Etkili soruşturma yükümlülüğü, uzun bir süre AIHM tarafından etkili başvuru hakkı başlığı altında düzenlenen AIHS madde 13 bakımından incelenmiş-

sebebiyet vermiş ise, Mahkeme, etkili bir yargısal sistem oluşturma şeklindeki pozitif yükümlülüğünün, her olayda mutlaka ceza davası açılmasını gerektirmediği ve mağdurlara medeni hukuk veya idare hukuku yollarının açık olmasının yeterli olabileceğine yönelik içtihadı varsa da (Osman Doğru, Atilla Nalbant, **İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi Açıklama ve Önemli Kararlar**, 2. Cilt, Pozitif Matbaa, 2013, Ankara, s.566) mahkeme, kamu görevlilerinin tedbir alma yükümlülüğünü ihlal ettikleri olaylarda Devletin cezai soruşturma yapması kanaatindedir. (Osman Doğru, Atilla Nalbant, **İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi Açıklama ve Önemli Kararlar**, 1. Cilt, Şen Matbaa, 2012, Ankara, s.22)

²⁹ Anayasa Mahkemesi Kararı, Serpil Kerimoğlu ve Diğerleri Başvurusu, 17.9.2013, Başvuru Numarası: 2012/752

³⁰ Aydoğdu/Türkiye kararı başvuranların bebeklerinin ölümü dolayısıyla devlet hastanesinde çalışan doktorlara yönelik şikâyetleri üzerine 4483 sayılı Kanun uyarınca görevlendirilen başmüfettişin yürüttüğü soruşturmayı konu almaktadır. Mahkeme, sağlık uzmanlarının kendi işlemlerinin sorumluluğunu üstlenmelerini sağlamayı kapsayan Sözleşmenin 2. Maddesine özel önem vermektedir.

³¹ AIHM kararında idari soruşturmanın, yapısal sorunların tespit edilerek eksikliklerin idarece giderileceğine imkân sağlayan nitelikte olduğunu ifade etmiştir. Sağlık sistemindeki yapısal sorunlar toplumun büyük kısmını etkilemekle birlikte yine toplum tarafından nedenlerinin bilinemeyeceğini dikkate alarak, söz konusu kamu hizmetinden sorumlu olan Sağlık Bakanlığının himayesinde yürütülecek idari soruşturmanın sorunların çözümünde önemli olacağını vurgulamıştır. Ancak idari soruşturma organlarının bağımsız olmaları ve topladıkları kanıtların adalete güven telkin edecek şekilde olması beklenmektedir. “Mahkeme, mevcut davada yürütülen idari/disiplin soruşturmasının, bir hastanın hastane tarafından tıbbi tedavi hizmetinin sağlanmamasına yol açan yapısal bir engelle karşılaşması ve bu durumun hastanın hayatının tehlikeye girmesine sebep olması halinde, makamların derhal ve kendi imkânları dâhilinde, resmi, bağımsız, tarafsız ve etkin bir soruşturma başlatmaları gerektiği yönündeki içtihat ile ilk bakışta uyumlu olduğunu tespit etmektedir.”

³² Doğru, Nalbant, 1. Cilt, s.22

tir³³. Ancak günümüzde Mahkeme, etkili soruşturma yükümlülüğünü örnekleri ile inceleyeceğimiz üzere mülkiyet hakkı, konut ve aile hayatına saygı hakkı, yaşam hakkı, kötü muamele ve işkence görmeme hakkı gibi pek çok hakkın ihlali durumunda ilgili sözleşme hükümlerinin usul yükümlülüğü başlığı altında değerlendirmektedir. Ancak AİHM, etkili bir ceza soruşturması yapılmamasının kaçınılmaz olarak hakkı ihlal edilmiş olan mağdurun zararlarının giderilme olanağını da ortadan kaldıracığı durumlarda etkili soruşturma yapmanın yanı sıra 13. Madde bakımından da ihlal saptayabilmektedir³⁴. Mahkemeye göre, söz konusu pozitif nitelikteki usul yükümlülüğü, ilgili maddi yükümlülükten ayrı ve bağımsızdır. Hakkın maddi yönüyle ilgili eylemlerle söz konusu edilse de o haktan ayrı ve bağımsız bir ihlal oluşturabilir. Dikkat edilmelidir ki AİHM ilgili hakların maddi yönden ihlal edildiği kararı vermese bile devletin soruşturma yükümlülüğünü gerçekleştirmemesi bakımından maddenin ihlal edildiği kararını verebilmektedir³⁵. Etkili bir soruşturma yapma yükümlülüğü, hakkı koruyan iç hukuk hükümlerinin etkili bir şekilde uygulanmasını sağlamaktır. Önemli olan yetkililerin sorumluları açığa çıkararak eylemlerinden sorumlu kılmaya yönelik her türlü çabasıdır. Bu çabaya rağmen sonuç elde edilememiş olmasından devlet sorumlu tutulamayacağından; etkili soruşturma yükümlülüğü bir sonuç yükümlülüğü değil, vasıta yükümlülüğüdür³⁶. Sorumluluğun boyutu, şikâyetin niteliğine göre değişir. İç hukuk yolu teoride ve uygulamada etkin olmalı, en önemlisi iç hukuk yolunun etkin olması kamu görevlilerinin fiilleri veya eksik uygulamaları sebebiyle engellenmemelidir³⁷. Bunun sebebi, kamu görevlilerince işlenen pek çok suçun nasıl ve kim tarafından gerçekleştiğinin, çoğunlukla yalnız ilgili kamu görevlileri ve kurumları tarafından bilinmesi gerçeğidir. Sorumluların bulunması ve cezalandırılmasının sağlanabilmesi için devlete, tam ve etkili soruşturma yürütme yükümlülüğü yüklenmiştir³⁸. Etkili soruşturmanın yokluğu, söz konusu ih-

³³ Doğru, Nalbant, 2. Cilt, s.566; Gözaltında kaybetme olayını konu alan İpek/Türkiye davasında AİHM, sözleşmenin 2,3,5 ve etkili soruşturma yürütülmediğinden bahisle 13. maddenin ihlal edildiğine karar vermiştir. (İpek/Türkiye, 17.02.2004, Başvuru No. 25760/94)

³⁴ Sibel İnceoğlu, ve diğer yazarlar, **İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Anayasa**, Beta Yayınları, 2013, s. 451-452

³⁵ Karahan/Türkiye kararında, Mahkeme elde olan delillerin AİHS madde 3' ün ihlal edildiğini söylemek noktasında yeterli olmadığını ancak savunulabilir bir idda olmasına rağmen Devletin etkili bir soruşturma yürütmemesi nedeniyle AİHS madde 3' ün usul yükümlülüğünü ihlal ettiğine hükmetmiştir. (Karahan/Türkiye)

³⁶ Doğru, Nalbant, 1. Cilt, s.21-22

³⁷ İpek/Türkiye, para.198

³⁸ “Böyle bir soruşturma aracılığı ile aslında hem yaşam hakkını koruyan ulusal yasaların etkili bir şekilde uygulanması hem devlet görevlilerinin veya organlarının dahlinin bulunduğu durumlarda, sorumlulukları altında meydana gelen ölümlerin hesabını vermeleri güvence altına alınmaktadır (*Anguelova-Bulgaristan*, başvuru no: 38361/97). Bu tip davalarda çoğunlukla neredeyse yalnızca ilgili devlet görevlilerinin ve organlarının, ölüm olayının gerçek koşulları hakkında bilgi sahibi olmalarından dolayı, cezai kovuşturmalar, disiplin davaları ve mağdurlara ve ailelerine telafi imkânı sağlayan davalar gibi uygun iç hukuk sürecinin başlatılması, tamamen bağımsız ve tarafsız bir şekilde gerekli resmi soruşturmanın tamamlanmasına bağlıdır.” (Yürekli/Türkiye, 17.07.2008, Başvuru no. 48913/99)

lallerden sorumlu tutulmayan kamu görevlilerinin cezasızlığını gündeme getirir ki bir hukuk devletinde kabul edilebilir bir durum değildir.

AİHM, önemli hak ihlalleri bakımından etkili soruşturma yükümlülüğünün kriterlerini içtihat yolu ile oluşturmuştur. Mahkeme, hakkın gerçekleştirilmesi için Devletten beklenen usulü yükümlülükleri genel olarak beş başlık altında incelemektedir. Bunlar, soruşturmanın re'sen başlatılması, soruşturma organlarının bağımsızlığı, kanıtların toplanması, soruşturmanın makul bir özen ve hızla yapılması ve soruşturma ve sonuçlarının açıklığıdır. Bu ölçütler; AİHM tarafından, 4483 sayılı Kanun'a dayanarak ceza soruşturmasının açılıp açılmayacağına ilişkin idarenin kararını gerektiren ve söz konusu kararın dayanağını oluşturacak olan idari soruşturma bakımından değerlendirilecektir.

Soruşturmayı başlatacak olan bağımsız yetkili idari merciin, soruşturmayı re'sen başlatması aranmaktadır. Bir soruşturmanın en önemli yönlerinden biri, suç haberini öğrenir öğrenmez harekete geçerek delillerin kaybolmasının önüne geçmek ve çok geçmeden tanıkların ifadesine başvurmadır. Soruşturma organları, ölenin yakınlarının resmi bir suç duyurusu yapmalarını beklemek zorunda olmaksızın delilleri toplayarak işlem başlatmaya yetkili olmalıdır³⁹. Son olarak ise Mahkeme, etkin bir soruşturmanın pratikte de hesap verilebilirliğin sağlanması ile mümkün olduğunu kabul etmektedir. Buna göre soruşturmanın ve sonuçlarının belirli sınırlamalar olmakla birlikte kamuya açık olarak yapılmasının önemini vurgulamaktadır. Ancak herhalde mağdur yakınlarının meşru menfaatlerini korumak için soruşturma sürecine mümkün olduğunca katılımları sağlanmalıdır. Etkin soruşturma için bu katılım; yetkili idari merciin, soruşturma sürecine ilişkin verdiği kararlardan yakınları haberdar etmesi, soruşturma dosyası yakınlara göstermesi, yakınların dinlenen tanıklara soru sorma imkânı tanınması gibi yollarla mümkün olabilecektir⁴⁰. Bu halde etkili soruşturma yükümlülüğünü içtihat yolu ile geliştiren AİHM ölçütleri, 4483 sayılı Kanun'un konu edildiği AİHM kararları bağlamında göz önüne alınarak türk pozitif hukukundaki izin prosedürü incelenecektir.

1. Delil Tespitinin Etkililiği

a. Savcılığın Delil Tespiti

Fiilin fail tarafından işlendiği veya işlenmediğini ispat etmek için hukuk düzenince kabul edilen vasıtalara delil denir⁴¹. Etkili bir soruşturmanın gereği,

³⁹ Doğru, Nalbant, 1. Cilt, s.23

⁴⁰ age, s.28-29 ; "AİHM, polis ve jandarma görevlileri hakkında yürütülen soruşturmalara Başvuran Fırat Dink'in yakın akrabalarının dâhil edilmediğini dikkate almaktadır. Başvuranın yakın akrabalarının, yalnızca dosya üzerinden inceleme yapan başvuru organlarına itirazda bulunabilmiş olmaları, mağdurların meşru menfaatlerinin korunması hususunda söz konusu soruşturmalardaki eksiklikleri gideremez." (Dink/ Türkiye, Başvuru no. 2668/07, 6102/08, 30079/08, 7072/09 ve 7124/09, k.t. 14.09.2010, para.89)

⁴¹ Bahri Öztürk, Durmuş Tezcan , vd, **Nazari ve Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku**, Seçkin Yayınları,

delillerin sorumluların belirlenerek cezalandırılmalarına yol açabilecek nitelikte olmasıdır⁴². Bu nedenle delil toplama yetkisine sahip olan kurumların belirlenerek yetkilerinin saptanması önem arz etmektedir.

Ceza muhakemesi hukukunda, cumhuriyet savcısı, ihbar veya başka bir suretle bir suçun işlendiği izlenimini öğrenir öğrenmez; kamu davası açmaya yer olup olmadığına karar vermek üzere hemen işin gerçeğini araştırmaya başlayan (Ceza Muhakemesi Kanunu⁴³ m.160/1) ve şüphelinin lehine ve aleyhine olan delilleri toplayarak muhafaza altına almakla yükümlü olan (m.160/2) ve yürütme erki içinde değil, yargının içinde yer alan kişidir⁴⁴. Ancak savcının yetkileri izin prosedürü ile sınırlandırılmıştır. 4483 sayılı Kanun' un 4. maddenin 1. fıkrası gereği, cumhuriyet başsavcıları⁴⁵, kamu görevlilerinin 4483 Sayılı kanun kapsamında olan suçun haberini aldıklarında ivedilikle toplanması gerekli ve kaybolma ihtimali bulunan delilleri tespitten başka hiçbir işlem yapmayarak ve şüphelinin ifadesine başvurmaksızın evrakın bir örneğini ilgili makama gönderip soruşturma izni istemesi gerekir. Söz konusu hükme göre, savcının yetkileri "kaybolma ihtimali bulunan delilleri" tespit ile sınırlandırılmıştır. Ayrıca eşyanın tabiatı gereği 4483 Sayılı Kanun' un işletilebilir olup olmadığı⁴⁶ savcı tarafından değerlendirilecektir.

İzin prosedürü, 4483 sayılı Kanunda yapılan 2 Ocak 2003 tarihli değişikliğe kadar kamu görevlilerinin görevlerini yerine getirirken işledikleri her türlü suçta uygulanmakta iken o tarihten itibaren Kanununun 2. Maddesine göre, kamu görevlilerince işkence (Eski Ceza Kanunu' nun 243. Maddesi ve Yeni Ceza Kanununun 94. Ve 95. Maddeleri) ve aşırı güç kullanımına (Eski Ceza Kanunu' nun 245. Maddesi ve Yeni Ceza Kanununun 256. Maddesi) yönelik olarak savcı 4483 sayılı Kanunu uygulamaksızın doğrudan adli soruşturma açabilmektedir⁴⁷. Bu halde, savcılar soruşturma aşamasında söz konusu fiillere ilişkin olarak delilleri toplamakta bizzat yetkilidir. Kanunun açık hükmüne rağmen cumhuriyet savcıları, söz

2016, s.298

⁴² "Yetkililer, görgü tanıklarının ifadeleri de dahil olmak üzere, olayla ilgili kanıtlara ulaşmak için gerekli adımları atmalıdır. Soruşturmanın ölüm nedenini ve sorumlu kişiyi belirleme yeteneğini zedeleyen herhangi bir eksiklik bu standarda uyulmaması riskini ortaya çıkaracaktır." (İpek/Türkiye, para.170)

⁴³ 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu, R.G:17.12.2004, sayı:25673

⁴⁴ Öztürk, Tezcan, vd, s.220

⁴⁵ Cumhuriyet başsavcıları ifadesini, o yargı çevresinde bulunan savcılar olarak anlamak gereklidir. Başsavcı bu görevleri bizzat gerçekleştirebilir yahut diğer savcıları görevlendirebilir. (Gülşah Kurt, **Cezasızlık Sorunu: Soruşturma Süreci**, Hakikat Adalet Hafıza Merkezi, 2014, İstanbul, s. 42-45, s.52)

⁴⁶ Suçun, kanunun kişi bakımından ve konu bakımından kapsamına dâhil olup olmadığına ilişkin bir değerlendirmedir. Sınırlanmış izin sistemi yaklaşımı başlığı altında bu ayrımın üzerinde durulmuştur.

⁴⁷ 4483 sayılı Kanun' un yürürlüğe girdiği 2 Aralık 1999' dan değişikliğin yürürlüğe girdiği 2 Ocak 2003 tarihi arasında söz konusu olaylara ilişkin izin prosedürü yürürlükte idi. AİHM, Mecail Özel/Türkiye kararında polis tarafından kötü muameleye uğradığı iddiasını konu olan ve 2000-2001 yıllarında gerçekleşen soruşturmanın, AİHM' in pek çok kez izin süreci ile ilgili dile getirdiği tereddütleri gidermediğini ortaya koymaktadır. (Mecail Özel/Türkiye, 14.04.2009, Başvuru No. 16816/03)

konusu suçlara ilişkin olarak aldıkları suç haberinin akabinde yetkili idari merciyle izin talebini iletmektedir⁴⁸. AİHM' in bu durumu eleştirdiği pek çok kararı vardır⁴⁹. Karahan/Türkiye kararı, polisler tarafından evinin camlarının kırıldığını ve darp edildiğini iddia eden başvuranın davasını konu almaktadır. AİHM, savcılığın şikâyet üzerine ceza soruşturmasının açılmasına izin verilmesi amacıyla soruşturma dosyasını Kaymakamlığa göndermesini eleştirmektedir. Mahkeme, ilgili değişiklik ile kamu görevlilerince uygulanan şiddet ve kötü muameleler için adli soruşturmanın tamamen cumhuriyet savcısının yetkisinde olduğunu ortaya koymuştur. “Mahkeme, 4483 sayılı Kanuna getirilen değişikliğin kabul edilmesinin, başvuruların kötü muamelelere maruz kaldıklarını iddia etmelerine ilişkin esas olayların değerlendirmesinin engellendiği kanaatindedir.” Mahkeme, Sözleşme’ nin 3. Maddesi olan işkence yasağının esastan ihlal edildiğine yönelik mevcut olan delillerle yeterince yetkili olmadığına karar vermekle birlikte usul yönünden Sözleşme’ nin 3. Maddesinin ihlal edildiği sonucuna varmıştır.

b. İdari Soruşturmada Delil Tespiti

Soruşturmanın etkililiği, soruşturmanın eksiksiz yapılmasına bağlıdır. Soruşturmanın eksiksiz yapılması; soruşturmaya yetkili kişilerin meydana gelen olayları tespit için ciddi girişimlerde bulunmalı ve soruşturmayı sonlandırmak adına gelişigüzel yahut asılsız tespitlere dayanmamasıdır⁵⁰. Yetkili merciler, olayı çevreleyen koşulları belirledikten sonra sorumluların tespit edilmesini ve cezalandırılmasını sağlayacak nitelikte bir soruşturma yürütmelidir. Söz konusu olaylara ilişkin delillerin elde edilmesini temin maksadıyla, tanıkların ifadesi-

⁴⁸ “Ankara 6. Ağır Ceza Mahkemesi, Ethem Sarısülük’ün ölümüne ilişkin sanık polis memuru A.Ş. hakkındaki davanın, “yargılama izni alınmadan açıldığı” gerekçesiyle “yargılamanın durmasına” ve “gereğinin yerine getirilmesi için dosyanın Ankara Cumhuriyet Başsavcılığına gönderilmesine” karar verdi”. (“Ethem Sarısülük için yargılama izni istenecek”, 18.07.2013, <http://www.hurriyet.com.tr/gundem/ethem-sarisuluk-icin-yargilama-izni-istenecek-23748322> ; “Ankara 7. Ağır Ceza Mahkemesi, Ankara direnişinde Ethem Sarısülük’ü silahla vurarak öldüren polis Ahmet Şahbaz’ın yargılanmasının durdurulması kararına yapılan itirazı kabul etti. Mahkeme, polis Şahbaz’a yöneltilen suçlamanın, “4483 sayılı Memurlar ve Diğer Kamu Görevlilerinin Yargılanması Hakkında Kanun kapsamının dışında kaldığı” gerekçesiyle bu kararı aldı.” (“Cinayet Görev Suçu Değildir”, 19.07.2013, <http://bianet.org/bianet/insan-haklari/148605-cinayet-gorev-sucu-degildir>)

⁴⁹ 1 Mayıs 2008 tarihinde, Taksim’ de gerçekleştirilmek istenen anma eylemi nedeniyle uğranılan polis şiddetine yönelik olarak Savcılığın izin talebini eleştiren AİHM kararı için bkz. Süleyman Çelebi/Türkiye, 24.05.2016, Başvuru No:37273/10; Sendikanın eylem çağrısına uyarak Ankara’ daki eyleme katılmak amacıyla İstanbul’ dan yola çıkan otobüsün Ankara girişinde güvenlik güçlerince durdurulması ve eylemcilerin kötü muameleye maruz kaldıkları iddiasına ilişkin olarak Savcılığın izin talebini eleştiren AİHM kararı için bkz. Eğitim ve Bilim Emekçileri Sendikası ve Diğerleri/Türkiye, 5.07.2016, Başvuru No:20347/07

⁵⁰ Bouyid/Belçika, 28.09.2015, Başvuru No: 23380/09

nin alınması, keşif yapılması⁵¹, teknik inceleme yaptırılması⁵², ihtilafı konuları açıklayıcı bilirkişi raporu alınması⁵³ gibi ellerindeki makul tedbirleri almış olması gerekir. “Makul ivedilik ve özen gerekliliği bu bağlamda mündemiçtir. Dava konusu olayların tespit edilmesi yahut sorumluların teşhis edilmesi kapasitesini zayıflatan soruşturmadaki her türlü eksiklik, bu soruşturmanın öngörülen etkililik düzeyine ulaşmaması tehlikesini doğurur.”⁵⁴

AİHM, adli tıp bilirkişi raporlarının önemine vurgu yaparak Türk Hukuk sisteminin bilirkişi rejimini düzenlemesi gerektiğini ifade etmektedir. Devletin, öngörülen adli tıp rejiminin asgari esaslarına uyması gerektiğine ilişkin görüşlerine yer verdiği Türkiye/ Aydoğdu kararında; bilirkişi raporlarının yeterli, gerekçeli hazırlanması zorunluluğunun hukuk devleti ilkesinin gereği olduğunu ifade etmiştir. Mahkeme, Avrupa Adaletin Etkinliği Komisyonu (CEPEJ) tarafından yayımlanan “Avrupa Konseyi üyesi devletlerin adli prosedürleri çerçevesinde bir mahkeme tarafından atanan bilirkişilerin rolü hakkında yönlendirici esaslara” dikkat çekmektedir. Üye devletler, bilirkişilerin söz konusu asgari esaslara

⁵¹ İpek/Türkiye kararında mahkeme, güvenlik güçleri tarafından bir köye gerçekleştirilen operasyonla, güvenlik güçlerince evinin yakıldığı ve yapılan gözaltı ile oğullarının kaybedildiği konusunu incelemiştir. AİHM, soruşturmanın ölüm nedenini ve sorumluyu kişiyi belirleme yeteneğini zedeleyen herhangi bir eksikliğin soruşturmanın etkililiğini zedeleyeceğini ifade etmektedir. Başvuran, köye gelen asker kıyafetli ve askeri teçhizatları olan kişilerin evlerini yaktıklarını ve oğullarını gözaltına aldıklarını ifade etmektedir. Başvuranın detaylı ve ciddi iddialarına rağmen 4483 sayılı Kanuna dayanılarak görevlendirilen soruşturmacı, güvenlik güçleri üyelerinin ifadelerini almaya yönelik bir girişimde bulunmadığı gibi köye dahi gitmemiştir. Mahkeme soruşturmadaki bu eksikliğin tek başına soruşturmanın etkili olmadığını gösterdiği kanısındadır (İpek/Türkiye)

⁵² Oğur/Türkiye kararı, maden bölgesinde güvenlik görevlisi olarak çalışan maktulün, güvenlik güçleri tarafından uyarılmadan vurulup öldürülmesini konu edinmektedir. Ön inceleme raporunda, ölümün kim tarafından gerçekleştirildiği ve nasıl meydana geldiği bilinmediğinden ceza soruşturmasının açılmaması gerektiği yer almaktadır. Olayda, ölümün kesin nedeninin silah yarası olduğundan bahisle otopsi gerçekleştirilmemiştir. Ancak Mahkeme, otopsi yapılmış olsaydı, ateş eden kişinin yaklaşık olarak bulunduğu yerin ve vurulma anında maktul ile vuran arasındaki mesafenin ulaşılabileceğini ortaya koymuştur. Ayrıca balistik bir inceleme gerçekleştirilmemiştir. Olay yerinde bulunan boş kovanların ne zaman kullanıldıkları ortaya çıkarılabildi. Mahkeme, hükümetin olayın gerçekleştiği esnada silahlı kuvvetlerine ilgili bölgeden teröristlerce ateş açıldığını ifade etse de güvenlik güçleri mensuplarının ifadeleri dışında bunu belirleyecek bir delilin bulunmadığının altını çizmektedir. Olayın tanıklarının çoğu öldürücü atışın güvenlik güçlerinde yapıldığını ifade etmelerine ve operasyonda yer alan güvenlik güçlerinin hepsinin kimlikleri bilinmesine rağmen idari soruşturma sırasında hiçbiri sorgulanmamıştır. Sonuç olarak ölüm olayını gerçekleştiren kişinin kimliğinin belirlenmesi için hiçbir ciddi girişim soruşturma sürecinde gerçekleştirilmemiş; idari soruşturma boyunca dava dosyası maktulün yakınlarının da ulaşılabılır olmamıştır. Mahkeme, başvuranın yalnız oğlunu kaybetmekle kalmayıp, idari soruşturmanın eksik bir şekilde yürütülmesi ile de çaresiz bırakıldığı gerekçesiyle AİHS m.2’ den ihlal kararı vermiştir. (Oğur/Türkiye)

⁵³ Bilirkişi raporunun, başvuranın iddialarına tatmin edici hiçbir cevap vermemesi hakkında AİHM’ in eleştirileri Tülay Yıldız/Türkiye kararında yer bulmuştur. Başvuranın annesi Devlet hastanesi’ nde gördüğü tedavi sırasında hayatını kaybetmiştir. Başvuran, annesinin hastanede hijyen olmaması gibi ihmalkarlıklar dolaylı hayatını kaybettiğini iddia etmektedir. Adli Tıp Kurumu raporunda, bilirkişiler başvuranın annesinin neden enfeksiyona yakalandığı sorusu üzerinde durmamış, sağlık çalışanlarının, tıbbi prosedüre uygun tedavi uyguladığını ifade etmekle yetinmiştir. Mahkeme, Sözleşme’ nin 2. Maddesinin usul yönünden ihlal edildiğine karar vermiştir. (Tülay Yıldız/Türkiye, 11.12.2018, Başvuru No.61772/12)

⁵⁴ Yürekli/Türkiye, 17.07.2008, Başvuru no. 48913/99

uygun olup olmadığını denetlemelidir⁵⁵. Bu noktadan hareketli, “Adli tıp kurumu, kanunen münhasır yetkili olmamasına rağmen, özellikle Danıştay’ın söz konusu kurumun müdahalesine ayrıcalık tanınması ve dolayısıyla, hâkimlerin neredeyse sistematik olarak bu kuruma başvurmaları nedeniyle, en azından adli uygulamada münhasır yetkilidir.”⁵⁶

AİHM, bilirkişi raporunun yeterliliği ve bilirkişi heyetinin oluşumunu eleştirmektedir. AİHS madde 2 kapsamında yürütülecek resmi soruşturmanın niteliği ne olursa olsun bahsi geçen ölüm olayının aydınlatılması için dayanılan adli bilirkişi raporunun içeriği, ön inceleme raporunu destekleyici olmalıdır. İlgili davada mahkeme, soruşturmacının dayandığı bilirkişi raporlarına yönelik görüşlerini nakletmiştir. Mahkeme, her ne kadar tıbbi bilgilerinden hareket ederek bilirkişi raporlarının bilimsel yönden doğru olup olmadığı varsayımında bulunmakla görevli değilse de ilk bilirkişi raporunda ihtilaflı konulara ilişkin konuları aydınlatmaya çalışmamalarını ortaya koymuştur. Mahkeme, ancak detaylı olarak gerekçelendirilmiş ve somut olayda ileri sürülen iddialara bilimsel olarak cevap getiren raporların, adalete hizmet edeceğini ifade etmiştir. Söz konusu bilirkişi raporu, tedaviyi üstlenen doktorları her türlü sorumluluktan kurtarabilecek tıbbi nedenler sunacağından daha ikna edici sonuçlar içermesi gerektiği ifade edilmiştir. Mahkeme, raporun bilimsel yeterlilikte olmadığını ortaya koyduktan sonra çocuk ölümünü konu alan olayda heyetin içerisinde tek çocuk doktorunun bulunmamasını ve ön inceleme raporunda bu konuya değinilmemesini eleştirmektedir. Aydınlatılması beklenen bilimsel soruna ilişkin olarak bilirkişinin yeterli olması ve adli bilirkişilerin göstermesi gereken bağımsızlık ve tarafsızlık soruşturmanın etkili olmasının kapsamındadır. Bu halde izin vermeye yetkili makamın, olayın ihtilaflı noktalarını bertaraf eden sağlık raporlarına dayanarak verdiği kararın AİHS madde 2’ de yer alan usuli yükümlülük ile çelişmektedir. Ulusal makamlar, olaya ilişkin eksiksiz raporların düzenlenmesine yönelik delillerin elde edilmesi ve klinik bulguların objektif incelemesini sağlamak için tedbirler almalıdır⁵⁷. Bilirkişi raporlarının ihtilaflı konuyu çözmek için yeterli olmadığı ve soruşturmaya izin verilmeme kararının bu raporlara dayandığından beisle mahkeme sözleşmenin 2. maddesinin usul yönünden ihlal edildiğine karar vermiştir.

2. İzin Vermeye Yetkili Mercinin Tarafsızlığı

Ceza davasının açılıp açılmayacağına ilişkin izin verme/vermeme kararının dayanağını oluşturacak ön inceleme raporu, izin vermeye yetkili merci tarafından bizzat yapılabileceği gibi görevlendireceği soruşturmacı tarafından da gerçekleştirilebilir. Suç isnadına yönelik delillerin toplanması söz konusu yetkili

⁵⁵ Aydoğdu/Türkiye, para.121

⁵⁶ Aydoğdu/Türkiye, para.45

⁵⁷ Aydoğdu/Türkiye, para.16

tarafından gerçekleştirilecektir. Soruşturmanın etkin işleyebilmesi için olaylara karışanlardan bağımsız olarak yürütülmelidir. Aksi halde soruşturmacının elde ettiği delilleri değerlendirmesi hukuka uygun olmaktan uzaklaşacaktır.⁵⁸ AİHM, kararlarında tarafsızlığı taraf tutmama veya önyargı yokluğu şeklinde tanımlamaktadır.⁵⁹ “Bir soruşturmanın etkili olması için, onu yürütmekle görevli kişi ve kurumlar soruşturmanın hedefi olanlardan bağımsız olmalıdırlar. Bu, sadece herhangi bir hiyerarşik veya kurumsal bağın olmaması değil aynı zamanda fiilen bağımsızlık demektir”⁶⁰

AİHM, 4483 sayılı Kanun’ un öngördüğü izin sisteminde, soruşturmayı yapacak ve soruşturma raporuna göre karar verecek yetkili idari mercilerin, tarafsızlık ilkesine uygun olmadığından bahisle etkin bir soruşturmanın yürütülmediğine ilişkin kararlar vermektedir⁶¹. Soruşturmacının, soruşturma konusu kamu görevlileri ile aynı hiyerarşiye tabii meslekdaş olmalarını⁶², soruşturmaya dahil olma ihmali olan kişilerin izin vermeye yetkili mercii olarak öngörülmesini⁶³, so-

⁵⁸ Güleç/Türkiye kararında, soruşturmacılar soruşturacakları kişilerin hiyerarşik olarak üstü olan jandarmalardır. Ayrıca soruşturma raporunda soruşturucuların, başvuranın söz konusu suçlamaları ideolojik nedenlerle yaptığına ilişkin geçen ifadeleri, AİHM Komisyonu tarafından suçlamaların ciddi olarak soruşturulmasına yönelik olarak nesnel bir tavırdan ve kararlıktan uzak olduğu şeklinde değerlendirilmiştir. (Güleç/Türkiye, 27.07.1998, Başvuru No. 54/1997/838/1044)

⁵⁹ Oleksandr Volkov/Ukrayna, 27.05.2013, Başvuru no. 21722/11

⁶⁰ Bouyid/Türkiye kararı, para 118.

⁶¹ “Kamu görevlilerine yönelik suçlamaların sadece ve hepsi yürütme erkine mensup olan diğer memurlarla incelenmesi olgusu, diğerlerinden bağımsız olarak tek başına dahi sürecin etkili bir soruşturma olmadığına kanıttır” (Dink/Türkiye, para 88)

⁶² İpek/Türkiye kararında gözetilme askerlerce kaybedilmesi iddiasına ilişkin olarak yürütülen soruşturmada izin vermeye yetkili mercii olan İdari Kurulların ve soruşturucunun bağımsız olmadığına ortaya koymaktadır. Kurulun hiyerarşi olarak valiye bağlı kamu görevlilerinden oluşması eleştirilmektedir. Ayrıca idari soruşturmacının, soruşturmanın konusu olan güvenlik güçlerinin bir üyesi olması nedeniyle tarafsızlık ilkesine aykırılık tespit edilmiştir. “Bu hususta Yarbay Alpi’ nin güvenlik güçlerinin sunmuş olduğu bilgilere itimat etmekte istekli ve hazır olması” mahkeme tarafından etkin bir soruşturmanın yürütülmediğinin göstergesidir. (İpek/Türkiye, para.179) ; Mecail Özel/Türkiye davası, bir protesto sırasında, oradan geçmekte olan başvuranın gösteriyi dağıtmakla yükümlü polisler tarafından dövülerek gözetilme alınma konusunu incelemektedir. Savcılık konuya ilişkin olarak kötü muameleden dolayı ceza davası açmak için Valilikten izin talebinde bulunmuştur. Soruşturmacı olarak Terörle Mücadele Şube Müdürü Ş.B atanmıştır. AİHM, uygulanan izin prosedüründe soruşturmayı yürüten idari organların, yönetime karşı bağımsız olmadıklarına yönelik olarak defalarca ihlal kararı verdiklerini yinelemiştir. “Valilik, soruşturmaları yapılacak polis memurları ile aynı hiyerarşiye tabii bir polis komiserini soruşturmacı olarak atamıştır.” Soruşturmacının ilgili polisler için ceza soruşturmasına gerek olmadığına ilişkin görüşüne uygun olarak Valilik izin talebini reddetmiştir. Mahkeme, valiliğin söz konusu müdahalesinin, olayın hangi koşullarda gerçekleştiğinin tespitine engel olduğunu ortaya koyarak AİHS madde 3’ ün usul yönünden ihlal edildiğine kararı vermiştir. (Mecail Özel/Türkiye) ; İşıldak/Türkiye kararında, başvuran aynı zamanda konut olarak kullandığı işyerine iki polislin izinleri olmaksızın bir suç haberi aldıklarını ifade ederek yatak odasına kadar girdiklerini ifade etmektedir. Başvuran, olaydaki polis memuru hakkında şikâyetçi olmuş, savcılık izin talebinde bulunmuştur. Kaymakamlık bu talep üzerine bir polis memurunu soruşturmacı tayin etmiştir. AİHM, soruşturmacı olarak şikâyet olunan polis memurları ile aynı hiyerarşiye tabii bir polis komiserinin tayin edilmesini, söz konusu soruşturmacının raporuna dayanarak Kaymakamın izin talebini reddetmesini soruşturmanın bağımsız olmamasından dolayı eleştirmektedir. Mahkeme, özel ve aile hayatına saygı hakkının ihlaline yönelik olarak etkili ve bağımsız bir soruşturma yürütülmediğinden bahisle AİHS m.8 ve AİHS m.13’ den ihlal kararı vermiştir. (İşıldak/Türkiye, 31.09.2008, Başvuru No.12863/02)

⁶³ Eğitim ve Bilim Emekçileri Sendikası ve Diğerleri/Türkiye kararında, mahkeme, idari soruşturmanın, biz-

ruşturmacının soruşturacağı kişilerin hiyerarşik olarak altı olmasını⁶⁴ tarafsızlık ilkesine aykırılıktan dolayı etkili soruşturma yürütülmediğine hükmetmiştir.

Soruşturma izni vermeye yetkili idari mercii, bir kurul değil Kanun' da öngörüldüğü üzere tek kişidir. Öngörülen kişiler, yürütme erkine mensup kamu görevlileridir. Bu durum tek başına tarafsızlık ilkesine gölge düşürmektedir. Öte yandan 4483 sayılı Kanun' un Ön incelemeyi düzenleyen 5. Maddesinin 3. Fıkrasına göre soruşturmacılar; izin vermeye yetkili mercii'nin bizzat kendisi olabileceği gibi onun görevlendireceği bir veya birkaç denetim elemanı veya hakkında inceleme yapılanın üstü konumundaki memur ve kamu görevlileri olabilir. Soruşturmacının, izin vermeye yetkili mercii'nin bulunduğu kamu kurum veya kuruluşunun içerisinde belirlenmesi esastır. İşin özelliğine göre bu merci, anılan incelemenin başka bir kamu kurum veya kuruluşunun elemanlarıyla yaptırılmasını da ilgili kuruluştan isteyebilir. Bu halde, soruşturulan ile aynı meslek grubuna sahip olan kamu görevlisinin atanması, Kanun'a göre mümkünse de tarafsızlık ilkesine uygun düşmeyeceğinden denetim elemanları ile yapılması daha uygun olacaktır.

3. Ön inceleme Süresi

Yetkililer, suç haberini alır almaz soruşturmayı başlatmak için harekete geçer⁶⁵. Etkili soruşturmanın gerekliliklerinden biri; soruşturmanın derhal başlatılması ve hızla bitirilmesidir⁶⁶. Kanun' un 7. maddesi yetkili mercii'nin izin verme veya vermeme kararının verilme süresini düzenlemiştir. Bu süre, ön inceleme

zat ceza soruşturmasına dâhil olma ihtimali olan Ankara Valiliğine, Ankara Jandarma Komutanlığına ve Ankara Emniyet Müdürlüğüne bırakılmasının soruşturmanın bağımsız gerçekleştirilmesini imkânsız kıla-
cağı ifade edilmektedir. (Eğitim ve Bilim Emekçileri Sendikası ve Diğerleri/Türkiye, para.91)

⁶⁴ Oğur/Türkiye kararında, Mahkeme, bağımsız bir soruşturmanın yürütülmesi konusunda ciddi kuşklara sahiptir. Soruşturmacı, soruşturmasını yaptığı güvenlik güçlerinin bir alt halkasını oluşturan jandarma yarbayıdır. İzin vermeye yetkili mercii ise, başkanlığını güvenlik güçlerinin idari amiri olan valinin yaptığı ilçenin kıdemli memurlarından oluşur. Mahkeme, üyelerin valiye itiraz etme olasılıklarının düşük olduğunu bir yüce ifade edildiğini göz önüne almaktadır. Aksi bir durumda üyeler, imzalamaya istekli bir diğer üye ile yerlerini değiştirirler. (Oğur/Türkiye, para.92)

⁶⁵ AİHM, kamu görevlilerinin karıştığı yaşam hakkını ihlal davalarında, etkin bir soruşturmanın gereği olarak yetkililerin, resmi bir şikâyet bekleme-siz doğrudan harekete geçmeli olduklarını vurgulamaktadır. (İpek/Türkiye, para.169) Aynı davada yetkililerin, şikâyet üzerine derhal suç isnat dilen kamu görevlilerinin ifadesini almak yerine, güvenlik güçlerinin ilgili tarihlerde bölgeye operasyon düzenlemediğini ifade etmeleri mahkeme tarafından "çarpıcı" bulunmuştur. (para.205)

⁶⁶ "Bazı özel soruşturmalarda ilerlemeyi önleyen zorluklarla ve engellerle karşılaşabileceği kabul edilmelidir. Ancak kaybolma veya silahlı kuvvet kullanımı gibi olaylar hakkında açılan soruşturmalarda atılacak hızlı adımlar hukukun üstünlüğünün korunması ve yasadışı eylemlere göz yumulmasının engellenmesi gibi konularda kamuoyunun devlet otoritelerine olan güveninin sağlanması açısından büyük öneme sahiptir. Gözaltında bir kaybolma söz konusu ise soruşturmadaki aciliyet daha da önem kazanmaktadır." (İpek/Türkiye, para.171) ; "Tıbbi tedavilerin uygulanması sırasında meydana gelen olaylar ve işlenen muhtemel hatalar konusunda bilgi sahibi olunması, ilgili kuruluşların ve sağlık personelinin potansiyel eksiklikleri gidermeleri ve benzer hataların meydana gelmesini önlemeleri açısından büyük önem arz etmektedir. Dolayısıyla, bu tür davaların ivedilikle incelenmesi, tüm sağlık hizmetlerinden faydalanan kişilerin güvenliği için önem teşkil etmektedir." (Tülay Yıldız/Türkiye, para.51)

süresini de gösterir. Buna göre; yetkili merci, başvurunun öğrenilmesinden itibaren ön inceleme dâhil en geç otuz gün içinde soruşturma izni kararı verir. Bu süre, zorunlu hallerde on beş günü geçmemek üzere bir defa uzatılabilir. Kanun sürenin başlamasını, başvurunun öğrenilmesi olarak belirlemektedir. Anayasa Mahkemesi gördüğü bireysel başvuruda; Danıştay 1. Dairesi' nin yerleşmiş içtihadının, başvurunun öğrenilmesinden itibaren değil, ön inceleme emrinden itibaren sürenin işleyeceğini kabul ettiğini ifade etmiştir. Buna göre başvuranın, idari merciin izin verme kararını süresinde vermediği itirazını Danıştay' ın açıkça incelemeksizin ret kararı vermesi konusunda, açık içtihadı uygun olmasından ötürü zımni bir reddin olduğunu, bunun da gerekçeli karar hakkının ihlali olmadığını hükme bağlamıştır⁶⁷.

AIHM, yetkililer tarafından ivedilikle soruşturma başlatılmasının; kamunun kanunilik ilkesine olan güvenini korumaya, suça iştirak edildiği veya hukuka aykırı eylemlere göz yumulduğu yönündeki izlenimin oluşmasını önlemeye hizmet ettiğini ortaya koymaktadır⁶⁸. Kanun' un 7. Maddesinin 2. fıkrası, yetkili idari merciin izne ilişkin karar verme sürelerine uyulması zorunluluğunu ifade etse de 4483 sayılı Kanun, ön incelemenin süresinde bitirilmemesi ve yetkili idari merciin kararını vermemesi halinde bir yaptırım öngörmemiştir. Danıştay verdiği kararlarda, ön incelemenin konusunun kapsamlı olması ve sürenin aşılmasına neden olacak hallerin zorunlu olması nedenleriyle yetkili merciin karar vermesi için öngörülen sürenin aşılabileceği, sürenin her ön incelemede mutlak uyulması gerekmemesi nedeniyle ön incelemenin sonunda verilen kararın geçerliliğini etkilemeyeceğini ifade etmiştir⁶⁹. İtiraz mercii, sürenin aşılmasına neden olan hallerin zorunlu olup olmadığını incelemelidir. Aksi halde delillerin sıhhati şüpheye düşecektir. Yasa tasarısının ilk şeklinde bu süre içerisinde karar verilmemesi halinde, soruşturma izninin verilmiş sayılacağı düzenlenmişti. Ancak bu daha sonra tasarıdan çıkartılmış ancak madde gerekçesinde konuya ilişkin açıklama kalmıştır.

Karar vermeye yetkili idari merciyi karar vermeye zorlayacak ve ön incelemenin süratle bitirilerek delillerin toplanmasını sağlayacak bir mekanizmanın

⁶⁷ Anayasa Mahkemesi Kararı, Afıtap Salman Başvurusu, Başvuru Numarası: 2013/2105, Karar Tarihi: 11/11/2015

⁶⁸ Dink/Türkiye, para. 79

⁶⁹ “4483 sayılı Kanunun 7 nci maddesindeki, yetkili mercinin en geç kırk beş gün içerisinde ilgili memur veya diğer kamu görevlisi hakkında soruşturma izni verilmesi veya verilmemesi konusunda bir karar vermek zorunda olduğu yolundaki hükmün, ön inceleme konusu eylemin niteliği, kapsamı, özelliği dikkate alınmadan her ön incelemede mutlak uyulması gereken bir süreyi ifade ettiğinin kabulünün mümkün bulunmadığı, zira, ön inceleme konusu eylemin teknik özellikler içermesi, niteliği, kapsamı, eylemin aydınlatılması için gerek görülen bilirkişi incelemesinde geçecek süre gibi zorunlu sebeplerle bu sürenin aşılabileceği, bu durumların varlığı halinde kırk beş günlük sürenin aşılmasının, ön incelemenin sıhhatini etkilemeyeceği açıktır.” (Danıştay 1. D., 10.12.2015 E. 2015/1448 K. 2015/1722); Danıştay 1. D., 1.2.2017, E. 2016/1760 K. 2017/99

4483 sayılı Kanunla öngörülmemiş olması AİHM içtihatlarına aykırılık oluşturmaktadır.

4. İzin Verirken Aranılan Ölçütler

4483 Sayılı Kanunun 6. maddesinin 2. fıkrasına göre, izin vermeye yetkili merci, izin kararını ön inceleme raporunun akabinde kararın gerekçesini ortaya koyarak vermelidir. Ön inceleme raporu, izin kararının dayanağını oluşturmaktadır. Suç isnadına konu olan olgular, raporda somutlaşır. Ön inceleme raporunun işlevi, maddi gerçeği bulmak değil, suç isnadının ciddi olup olmadığı konusunda iyi kötü bir kanaat oluşturmaktır⁷⁰. İzin mercii, maslahata uygunluk ilkesine göre işlem yapar, yani belli kaygılardan hareketle kamu görevlisinin yargılanmasının sonuçlarının yargılanmamasından daha evla olduğu sonucuna varılması ile işlem yaparsa bunun hukuk devleti ilkesi ile bağdaşır bir tarafı yoktur. İzin vermeye yetkili mercinin bu izni verirken dava açma zorunluluğu ilkesini ölçüt alması ve suçun oluşmuş olabileceğinin kanaatine vardığı durumda izin vermesi gerekir⁷¹.

Ön inceleme sonucu toplanan kanıtların bir kanaat oluşturması bakımından idarenin takdirinin ölçütleri 4483 Sayılı Kanun’ da ortaya konulmamıştır. Söz konusu ölçütler yargı kararlarında aranmalıdır. Buna göre öncelikle etkili bir soruşturmanın sonucu olarak düzenlenmiş ön inceleme raporları karara dayanak oluşturmalıdır. Soruşturma raporunun eksik bilirkişi incelemelerine dayanması, ihtilafı konulara değinilmemesi, suç atfedilen kamu görevlilerinin dinlenmemiş olması gibi bulgular mevcutsa idare eksik bilirkişi raporuna dayanarak karar vermemelidir⁷².

AİHM, etkili bir soruşturmanın mümkün olabilmesi için şikâyetçinin; soruşturma esnasında elde edilen raporlar, kayıtlar, ifadeler gibi tüm bilgi ve belgeleri inceleyebilmesi gerekliliğinin üzerinde durmaktadır.⁷³ 4483 sayılı Kanunun uygulandığı pek çok soruşturmada bu eksikliği ortaya koymuştur. Mahkeme, başvuranın idari soruşturmaya katılma imkânı bulamadığı, dosya hakkında bilgilendirilmediği ve bu gerekliliğe ilişkin hukuki hiçbir düzenlemenin olmadığını tespit etmiştir⁷⁴. İpek/Türkiye kararında, başvuran, çocuklarının askerler tarafından götürülmesi nedeniyle yetkililerden bilgi almak için çok çaba göstermesine rağmen hiçbir açıklama yapılmamış; soruşturma sonucu hakkında tarafına bilgi

⁷⁰ Ali Akyıldız, “Memur Yargılamasında Hukuki Süreç”, *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Haziran-Aralık 2001, Cilt:5, Sayı:1-2, s.183

⁷¹ Sami Selçuk, s.106

⁷² “Hiçbir makam, eksik bilirkişi incelemeleri nedeniyle, uygun ve somut olayda ileri sürülen sorunlara bilimsel açıdan dayanan bir yanıt getirme ve durumun bilincinde olarak, doktorların olası sorumluluğunu değerlendirme durumunda olmamıştır.” (Aydoğdu/Türkiye, para.15)

⁷³ Bouyid/Belçika, para.71

⁷⁴ “...mağdurların soruşturmaya etkin şekilde katılımını sağlaması gereken bu tür soruşturmaların,... Sözleşme’nin 2. maddesine uygun nitelikte ve davalı devlete bu alandaki görevlerini kolaylaştıracak imkânlar sunacak bir tedbir teşkil edebileceği kanaatine varmaktadır.” (Aydoğdu/Türkiye, para.35)

verilmemiştir. Oysa bir kimsenin yakınları, kamu görevlilerinin sorumluluğunda kişinin kaybolduğunu söylüyorsa akrabalarının soruşturma prosedürüne etkin katılımı ile etkili bir soruşturma yürütülmelidir.⁷⁵

B. Etkili Başvuru Hakkı Açısından İtiraz Süreci

AİHS’ te etkili başvuru hakkı 13. maddede düzenlenmektedir. Buna göre, “Bu sözleşmede tanınan hak ve özgürlükleri ihlal edilen herkes, ihlal fiili resmi görev yapan kişiler tarafından bu sıfatlarına dayanılarak yapılmış olsa da ulusal bir makama etkili başvuru yapabilme hakkına sahiptir.” Bu hakkın amacı, sözleşmede yer alan hak ve özgürlüklerin ihlali halinde iç hukukta başvurulabilecek yetkili makamın oluşturulmasının güvenceye alınmasıdır. Mahkeme, 13. Madde ihlali için sözleşmenin diğer maddelerinde ihlal kararına varmayı aramayı etkili başvuru hakkının özerk bir hak olma yönünü güçlendirme eğilimindedir. İhlal iddiasının savunulabilir düzeyde olması, o hak ihlal edilmemiş dahi olsa etkili başvuru yolunun işlerliği için yeterlidir. “İhlal fiili resmi görev yapan kişiler tarafından bu sıfatlarına dayanılarak yapılmış olsa da” ifadesi, kamu görevlilerinin sözleşmeye aykırı davranışları nedeniyle ayrıcalık tanınmayacağı yönündedir. Bu hak, devletin ulusal bir makama (yargısal yahut idari) başvuru olanağını hukuken tanınmasını zorunlu kılar. Ancak yalnız şeklen değil, ilgili makamın ihlal iddiasının özünü ele alabilecek yetkinlikle olması; hak ihlalini karara bağlayabilmeli ve bunun için uygun bir giderim sunabilmesi halinde etkililiğinden söz edilir.⁷⁶ Kişi, AİHS’ te tanınan hak ve özgürlüklerinin ihlal edildiği iddiasıyla bir çözüm merciine başvurarak bir karar elde edemiyor ise insan hakları etkili bir şekilde korunmuyordur. Ancak pek tabii etkili başvuru yolu, hukuk yolunun mutlaka kişi lehine karar vermesi demek değildir. Önemli olan etkili bir başvuru yolunun olmasıdır.⁷⁷

Etkili bir hukuk yolu için başvurulacak makamın, hak ihlalinin önemi ve sonuçları yargısal denetimi zorunlu kılmıyorsa, bir yargı yeri olması mahkemeye aranmamaktadır. Önemli olan makamın şikâyetle konu eylemi gerçekleştirdiği iddia edilen kişi ve kurumlardan bağımsız olması ve dikkatli bir inceleme gerçekleştirmesidir. Dikkatli bir inceleme, yetkili makamın ihtilafın her alanını çözebilme yetkisinin olması ile mümkündür⁷⁸. Ön inceleme sonucunda verilen kararlar, ilgili hakkındaki adli soruşturma veya kovuşturmada telafi edilemeye-

⁷⁵ İpek/Türkiye kararında, başvuran, çocuklarının askerler tarafından götürülmesi nedeniyle yetkililerden bilgi almak için çok çaba göstermesine rağmen hiçbir açıklama yapılmamış; soruşturma sonucu hakkında tarafına bilgi verilmemiştir. Oysa bir kimsenin yakınları, kamu görevlilerinin sorumluluğunda kişinin kaybolduğunu söylüyorsa akrabalarının soruşturma prosedürüne etkin katılımı ile etkili bir soruşturma yürütülmelidir.(İpek/Türkiye, para.198)

⁷⁶ İnceoğlu, vd, s.439-446

⁷⁷ Doğru, Nalbant, 2. Cilt, s.559-560

⁷⁸ age, s. 561-562

cek türde hukuki sonuçlar doğurabileceğinden⁷⁹ bu kararların denetiminin etkili gerçekleştirilememesi hukuk devletine aykırılık oluşturacaktır.

4483 sayılı Kanun' a göre yetkili idari merciin verdiği kararlar; ihbar veya şikâyeti işleme koymama, izin verme ve izin vermeme kararlarıdır. Söz konusu kararların denetimi etkili başvuru hakkı açısından incelenecektir.

1. İhbar veya Şikâyeti İşleme Koymama Kararının Denetimi

4483 Sayılı Kanun, ihbar veya şikâyeti işleme koymama kararının iki halde verilebileceğini öngörmektedir. Buna göre, cumhuriyet başsavcılıkları ile izin vermeye yetkili merciler, ihbar ve şikâyetler hakkında daha önce sonuçlandırılmış bir ön inceleme olması halinde müracaatı işleme koymazlar. Meğerki ilk ön incelemenin neticesini etkileyecek yeni belge sunulmamış olsun. Bir diğer durum ise somut bir olay belirtmeyen⁸⁰ dilekçeler işleme konulmazlar. Eğer ihbar ve şikâyetler, somut ve daha önce sonuçlandırılmamışsa yetkili idari merci, ön inceleme kararı vererek izin verme yahut izin vermeme kararı vermek zorundadır. Aksi halde, itiraz merci işleme koymama kararını kaldırarak dosyayı yetkili idari merciye göndermektedir. Dilekçenin işleme koyulmama kararı, itiraz hakkının kullanılabilmesi için itiraz süresi ve yeri de bildirilerek ihbar ya da şikâyette bulunana bildirilir.⁸¹

Yetkili idari merciin, işleme koymama kararı verebileceği kanunla düzenlenmekle birlikte buna karşı itiraz yolu 20.08.2016 tarihli 6745 sayılı Kanun değişikliğine kadar öngörülmemiştir. Danıştayın aksi yönde kararları olmakla birlikte, kanunda işleme koymama kararlarına karşı itiraz edilebileceğine dair bir

⁷⁹ Anayasa Mahkemesi Kararı, Afıtap Salman Başvurusu, para.20

⁸⁰ “İşleme koymama kararı, personel hakkında ileri sürülen suç iddiasının, suçun unsurları, vasfı, gerçekliği gibi hususlar bakımından ceza hukuku kapsamında bir soruşturmayı gerektirmediği açık olan durumlarda, idarenin zaman ve kaynak israfını önlemek için alınan kararlardır.” (Danıştay 8. D., 19.4.2018, E. 2016/14298 K. 2018/2286)

⁸¹ “Olayda, şikâyet dilekçesinde yakıncının belli, yakıncı konusu eylemin somut kişi ve olay belirtildiği anlaşıldığından, 4483 sayılı Kanunun yukarıda belirtilen hükümleri uyarınca; yetkili merci tarafından ön inceleme emri verilmesi, bu emre dayalı olarak ön inceleme raporu düzenlenmesi ve yetkili merci tarafından söz konusu ön inceleme raporu da göz önünde bulundurulmak suretiyle soruşturma izni verilmesine veya verilmemesine ilişkin bir kararın tesis edilmesi, verilecek kararın türüne göre gerekli yazılı bildirimlerin yapılması, tesis edilen karara karşı itirazda bulunulması durumunda yazılı bildirimlere ilişkin günlük ve imzalı bildirim alındıları ile itiraz dilekçelerinin de eklenerek dosyanın Dairemize gönderilmesi gerekli görüldüğünden, itirazın kabulü ile İçişleri Bakanı tarafından şikâyetin işleme konulmamasına ilişkin olarak verilen 6.5.2004 gün ve B050MAH0071003/İNS: 04.27.2 sayılı kararın kaldırılmasına, dosyanın İçişleri Bakanlığına, kararın bir örneğinin şikâyetçiye gönderilmesine 17.9.2004 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.” (Danıştay Kararı, 1. D., 17.9.2004, E. 2004/152 K. 2004/178) ; “Dosyada bulunan bilgi ve belgelerden şikâyetin, anılan Kanunun 4 üncü maddesi kapsamında ön inceleme yaptırılmasını gerektirecek nitelikte olduğu anlaşıldığından, 4483 sayılı Kanunun yukarıda belirtilen hükümleri uyarınca yetkili merci tarafından ön inceleme emri verilmesi, bu emre dayalı olarak ön inceleme raporu düzenlenmesi, isnat edilen eylemlerle illiyet bağı bulunanların ismen ve görev unvanlarıyla belirlenmesi, yetkili merci tarafından söz konusu ön inceleme raporu da göz önünde bulundurulmak suretiyle soruşturma izni verilmesine veya verilmemesine ilişkin bir kararın tesis edilmesi, verilecek kararın türüne göre on günlük itiraz süresini ve itiraza bakmakla görevli yeri de belirten gerekli bildirimler” yapılmalıdır.

düzenleme yer almamasının, hukukun genel prensipleriyle bağdaşmadığı ve bu durumun hukuki bir boşluk yarattığı yolundaki değerlendirmelerden hareketle kişinin yasaya uygun verildiğine inandığı dilekçenin reddinin, soruşturma izni verilmemesi kararı ile aynı sonuçlar doğuracağından; 4483 sayılı Kanun’ da öngörülen itiraz sürecinin dilekçeyi işleme koymama kararına karşı da işletilebileceğine yönelik kararlar vermektedir. 6745 sayılı Kanunla yapılan değişiklikten sonra işleme koymama kararı için 4483 sayılı Kanunun 9. Maddesinde belirtilen itiraz yolu öngörülmüştür. “Böylece daha önce 4483 sayılı Kanun kapsamında ileri sürülen suçlarla ilgili olarak bir ön inceleme başlatılmadan önce idarece yapılan bir araştırmaya dayalı olarak verilen işleme koymama kararlarına karşı idari yargıda iptal davası açma yoluna gidilebilirken 6745 sayılı kanunla yapılan değişiklikten sonra bu kararlara karşı sadece 4483 sayılı Kanunun 9’uncu maddesinde belirtilen itiraz yolu kullanılabilir olacak olup, iptal davası açılması yasal olarak mümkün bulunmamaktadır.”⁸²

20.08.2016 değişikliğine kadar işleme koymama kararlarına karşı içtihatla kabul edilen itiraz yoluna cumhuriyet başsavcılıklarınca ve şikâyetçiler tarafından gidilebildiği kabul edilmekte idi⁸³. Değişiklik ile birlikte “izin vermeye yetkili merciler tarafından verilen işleme koymama kararına karşı da şikâyetçi” ibaresi eklenmesi nedeniyle Danıştay lafzi yorum yaparak cumhuriyet savcılarının işleme koymama kararına itiraz hakkının olmadığını kabul etmektedir. Söz konusu gerekçeye dayanarak; itiraz mercii, cumhuriyet başsavcılıklarınca yapılan itirazları incelemeksizin reddetmektedir⁸⁴. Silahların eşitliği ilkesine aykırı bir düzenleme olduğu düşünülse de Danıştay, cumhuriyet başsavcılıklarınca yetkili idari mercii için dosyanın gönderilmesinden sonra, yetkili idari merciiin “işleme konmama kararı” vermemesi gerekliliğine hükmetmiştir⁸⁵.

⁸² Danıştay, ilgili kararlarında 2547 sayılı Kanun’da 4483 sayılı Kanun’dan ayrı olarak akademisyenler için öngörülen izin prosedüründe de 2.12.2016 tarihli değişikliğin 4483 sayılı Kanun’daki işleme koymama kararı ile aynı sonucu doğursa da itiraz usulüne ilişkin açık hüküm olmadığından kıyasen 4483’ ün uygulanacağını öngörmüştür. Bu bahisle işleme koymama kararlarının idari yargıda iptal davasına konu yapılamayacağını hükmetmiştir. (Danıştay 8. D., E. 2015/14304 K. 2018/1372 T. 14.3.2018; Danıştay 8. D., E. 2016/14298 K. 2018/2286 T. 19.4.2018)

⁸³ Danıştay 2. D, 27.04. 2000, E.2000/1442, K.2000/2318; Danıştay 2. D, E.2000/1399, K. 2000/2234; Danıştay konuya ilişkin olarak idari makamlarca işleme koymama kararı verilmesine karşı Cumhuriyet Başsavcısının veya şikâyetçinin itiraz edebileceğini ortaya koymuştur. (Danıştay 1. D, 06.04.2006, E. 2006/218, K. 2006/389)

⁸⁴ Danıştay 1. Daire, 29.9.2016, E. 2016/671, K. 2016/1287; Danıştay 1. D, 22.11.2016, E.2016/2150, K.2016/1765)

⁸⁵ “Cumhuriyet başsavcılarında yapılan şikâyet ve ihbarların değerlendirilmesi sonucunda işleme konulmaması gerektiren nitelikte olanları hakkında yine bu makamlarca şikâyetin işleme konulmaması kararı verilebilmesi yetkisi tanıdığına göre, Cumhuriyet başsavcılarında intikal eden şikâyet ve ihbarlar üzerine yapılan inceleme ve soruşturma sonucunda şikâyetin somut olduğu, kişi ve olay belirtildiği, iddiaların ciddi bulgu ve belgelere dayandığı görülerek işleme konulmama kararı verilmeyip dosyanın ön inceleme yapılarak soruşturma izni verilip verilmemesi yönünden yetkili mercie intikal ettirilmesinden sonra, yetkili merciiin aynı dosya içeriğine göre şikâyetin işleme konulmamasına karar vermemesi, bir ön inceleme yaptırarak, ciddi bulgu ve belgelere dayanan, kişi ve somut olay belirtilen şikâyet hakkında soruşturma izni verilmesi ya da verilmemesi yönünde bir karar tesis etmesi gerekmektedir.” (Danıştay Kararı, 1. D., E. 2006/244 K.

Cumhuriyet savcısı tarafından verilen işleme konmama kararına karşı itiraz usulü öngörülmemiş olsa da Başsavcılıklar nezdinde mali ve cezai sorumluluğu olduğu kabul edilmelidir⁸⁶. Kanımızca cumhuriyet savcılarının verdiği işleme konmama kararları da 4483 sayılı Kanun'dan kaynaklanmakta olduğundan, bu kararlara karşı aynı kanunda öngörülen itiraz usulüne gidilebilmesi gerekmektedir.

İhbar veya şikâyeti işleme koymama kararı ile cumhuriyet savcılarının izin talepleri ile dosyayı idareye göndermelerinin akabinde, idarenin izin vermeme si dolayısıyla savcılığın verdiği incelemeye yer olmadığı kararları birbirlerinden farklıdır. AİHM, pek çok kararında idari makamların izin vermeme kararlarının idari mahkeme tarafından onaylanmasından sonra savcılığın kovuşturmayaya yer olmadığı kararı vermesini eleştirmektedir. Savcılığın idari mahkeme kararı sonrası kararı idari mahkemenin nihai kararını onaylamakla yetinilen resmi bir işlemdir. Teknik olarak kovuşturmayaya yer olmadığı kararı değildir. Kovuşturmayaya yer olmadığı kararına karşı öngörülen itiraz yolu, idari karar nedeniyle işlevsizdir. Yargıtay Ceza Dairesi' de AİHM ile uyumlu olarak soruşturmayaya izin verme kararı nedeniyle suç işlendiği yönünde yapılan ihbar ve şikâyetler için savcılık işlem yapamayacağından "incelemeye yer olmadığı" kararı verebilecek ise de CMK m.172 anlamında kovuşturmayaya yer olmadığı kararı veremeyeceğinin altını çizmektedir⁸⁷. Ancak AİHM' in ihlal kararı vermesine rağmen, ilgili kamu görevlilerinin yargılanmasına izin verilmemesi halinde, savcılığın izin kararı almaksızın soruşturmayaya başlaması gerekmektedir. CMK madde 172' nin 3. fıkrası şöyle düzenlenmiştir: "Kovuşturmayaya yer olmadığına dair kararın etkin soruşturma yapılmadan verildiğinin Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin kesinleşmiş kararıyla tespit edilmesi üzerine, kararın kesinleşmesinden itibaren üç ay içinde talep edilmesi hâlinde yeniden soruşturma açılır." ⁸⁸

2. İtiraz Hakkı

Yetkili merci soruşturma izni verilmesi kararı vermiş ise bu karara karşı ilgili kamu görevlisi, izin verilmemesi kararına karşı ise Cumhuriyet Başsavcılığı⁸⁹ ya da varsa şikâyetçi kararın tebliğ edilmesinden itibaren 10 gün içerisinde itiraz

2006/454 T. 25.4.2006)

⁸⁶ Kurt, s.53

⁸⁷ Yargıtay CD, 2006/14865, k.t. 10.06.2006,

⁸⁸ Hrant Dink/Türkiye kararında AİHM, izin vermeme kararına yönelik ihlal vermiş olmasına rağmen yetkili idari merci izin vermemiştir. Bu halde savcılığın verdiği incelemeye yer olmadığı kararına, ceza mahkemesinde yapılan itiraz sonucu, mahkeme CMK madde 172/3 gereği, incelemeye yer olmadığı kararını kaldırmıştır. (Kararın incelendiği bölüm için bkz. "İdarenin Yargı Kararlarını Uygulama(ma)sı")

⁸⁹ Soruşturma izni verilse de verilmese de ön inceleme dosyasının bir örneği, savcılığa gönderilmelidir. Soruşturma izninin verilmemesi halinde bu karara karşı 4483 Sayılı Kanun ile tanınan savcıya itiraz hakkının kullanımı ancak bu şekilde anlam ifade eder.

edebilir. İtiraz mercii, karar veren idareye göre (m.9) Danıştay Birinci Dairesi⁹⁰ yahut Bölge İdare mahkemesidir. Bir bölge idare mahkemesinin, gördüğü davada itiraz mercii kararlarının kesin olduğuna ilişkin hükmün Anayasaya aykırı olduğuna ilişkin olarak Anayasa Mahkemesi' ne gitmesi üzerine, Anayasa Mahkemesi, İtiraz yoluyla başvurunun koşullarından biri olan “mahkemenin elinde bakmakta olduğu bir dava”nın varlığı şartının gerçekleşmediğinden bahisle başvuruyu yetkisizlikten reddetmiştir. Buna göre; 4483 sayılı Kanun'un Danıştay 1. Daire ve Bölge İdare Mahkemesi'ne verdiği itirazı inceleme görevi yargılama faaliyeti kapsamında olmayıp idari bir görevdir⁹¹.

4483 sayılı Kanun' un 9. maddesine göre ön inceleme sonunda verilen soruşturma izni verilmesi veya soruşturma izni verilmemesi kararlarının, haklarında karar verilenlere ve varsa şikâyetçilere tebliği zorunludur. Söz konusu tebligat, itiraz hakkının kullanılmasını sağlar. 7201 sayılı Tebligat Kanunu' na uygun yapılmayan “usulsüz tebligat” itiraz mercii denetimi altındadır. Buna göre usulüne uygun tebligat yapılmaması halinde, itiraz mercii, dosyayı idari mercie göndererek tebligatı usulüne uygun gerçekleştirmesi gerekliliğini ifade etmektedir⁹². İşleme konulmama, izin verme yahut izin vermeme kararlarının tebliğine dair belgede, karara karşı itiraz yerinin ve itiraz süresinin belirtilmesi gerekmektedir. Söz konusu yükümlülük Temel hak ve hürriyetlerin korunması başlığını taşıyan Anayasa madde 40' tan kaynaklanmaktadır. Anayasasının 40 ıncı maddesinin ikinci fıkrasında, Devletin, işlemlerinde, ilgili kişilerin hangi kanun yolları ile mercilere başvuracağını ve sürelerini belirtmek zorunda olduğu hükme bağlanmış, bu hükme göre, idarece tesis edilen işlemlerde kanun yolu, merci ve sürelerin belirtilmesi, hak arama özgürlüğünün kısıtlanmaması ve hak ve hürriyetlerin korunması açısından zorunlu kılınmıştır. Anayasa madde 40' a uygun tebligatın gerçekleştirilmemesi halinde, Danıştay süresinde gerçekleştirilmeyen itirazları kabul etmektedir⁹³.

⁹⁰ 1999 tarihli 4483 sayılı Kanun' un 9. Maddesinin 3. Fıkrasında yetkili itiraz mercii Danıştay İkinci Dairesi olduğu belirtiliyorsa da 2004 tarihli değişiklik ile 2575 sayılı Danıştay Kanunu' nun 42. Maddesinin k bendine göre bu görev Danıştay Birinci Dairesindedir.

⁹¹ Anayasa Mahkemesi Kararı, 27.12.2006, E. 2006/163, K. 2006/121,

⁹² “...Dairemizin 8.6.2017 tarih ve E.2017/1109, K. 2017/1183 sayılı kararının gereği ivedilikle yerine getirilerek İçişleri Bakanının 21.3.2016 tarih ve Mül. Tef. Ku.Bşk.2016/108 sayılı soruşturma izni verilmesine ilişkin kararının 7201 sayılı Tebligat Kanununda ve ilgili Yönetmelikte gösterilen usule uygun olarak K2, K3 ve K4' a tebliğ edilmesi, günlü ve imzalı yazılı bildirim alındıları ile birlikte adı geçenlerin bu karara itiraz etmeleri halinde itiraz dilekçeleri de eklenerek, etmemeleri durumunda da Kurul kararının mevcut itirazlar yönünden incelenmek üzere Dairemize gönderilmesi için dosyanın karar ekli olarak İçişleri Bakanlığına iadesine, kararın bir örneğinin itiraz edenlere gönderilmesine 27.12.2017 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.” (Danıştay 1. D., 27.12.2017, E. 2017/2447 K. 2017/2577)

⁹³ “...şikâyetin işleme konulmamasına ilişkin İçişleri Bakanının 16.1.2017 tarih ve İNS:2016.66.3021 sayılı kararının, Kayseri Kültür ve Tabiat Varlıklarını Koruma Bölge Kurulu Müdürlüğüne tebliğine dair belgede, Anayasasının 40 ıncı maddesinde belirtilen hükme aykırı olarak tebliğ edilen karara karşı itiraz yerinin ve itiraz süresinin belirtilmediği anlaşıldığından, anılan yetkili merci kararına şikâyetçi Kayseri Kültür ve Tabiat Varlıklarını Koruma Bölge Kurulu Müdürlüğü'nün itirazı süresinde görülerek işin esasına geçildi.” (Danıştay 1. D., 8.11.2017, E. 2017/1436 K. 2017/2049 T. 8.11.2017)

Yetkili mercinin işleme koymama kararı ihbarcı ve şikâyetçiye bildirilirken (m. 4/4) soruşturma iznine ilişkin kararın ihbarcıya bildirilmesi kanunda açıkça yer bulmamıştır. Kanun, itiraz başlıklı 9. Maddede; söz konusu kararın cumhuriyet başsavcılığına, hakkında inceleme yapılan memur veya diğer kamu görevlisine ve varsa şikâyetçiye bildirileceğini söyleyerek itiraz yoluna gidebilecek olanları saymıştır. Hükümde ihbarcının sayılmaması nedeniyle Danıştay geçmiş tarihli kararlarında ihbarcının soruşturma izni verilmemesine ilişkin karara itiraz edemeyeceğine karar vermiştir⁹⁴. Ancak şu an böyle bir ayrıma gidilmemektedir. Kanunda yer alan “şikâyet” ve “ihbar” kavramları ceza hukukunun kavramları olarak yer almamaktadır⁹⁵. Öğrencinin, öğretmenini cumhurbaşkanına hakaret suçunu işlediği isnadıyla şikâyet etmesi üzerine görülen itiraz⁹⁶, Mimarlar Odası’nın Beledmeyi çevre düzenlemesi adı altında beton döktürerek, bölgeyi otoparka dönüştürmeye çalışmak, tarihi ve doğal dokuyu bozarak ileride imar uygulaması yapılmasına kapı aralayacak faaliyetlerde bulunmak gerekçesi ile şikâyet etmesi üzerine görülen itiraz⁹⁷; şikâyetçi K1 tarafından Belediye’nin ihalesiz yolcu taşımacılığı yapılmasına göz yummakla şikâyet edilmesinden sonra görülen itiraz⁹⁸ Eski kanun sisteminde, yargılamaya izin verilmemesine ilişkin tüm kararlar re’sen itiraz mercilerine gönderilmekteyken 4483 Sayılı Kanun ile itiraz edilmemesi ve itiraz süresinin geçmesi halinde izin verilmemesine ilişkin kararlar kesinleşmektedir.

İtiraz mahkemeleri, ceza soruşturması açılmasına izin veren ya da vermeyen idari makam kararlarına yahut işleme koymama kararlarına karşı (m.4) yapılan itirazları inceleme konusunda münhasır yetkiye sahiptir.⁹⁹ Verilecek kararlar onama yahut bozma şeklindedir. İtiraz mercii, ön incelemenin yetersiz olduğu kanısına varması, işleme koymama kararını vermeye gerek bir durumun mevcut olmaması, tebligatın usulsüz yapılması halinde söz konusu hususların tamamlanması amacıyla dosyayı tekrar idari merciyeye gönderir¹⁰⁰. Bu haller dışında-

⁹⁴ Danıştay 2. D, 12.12.2000, E. 2000/3379, K. 2000/4137

⁹⁵ Selman Sacit Boz, “4483 Sayılı Memurlar ve Diğer Kamu Görevlilerinin Yargılanması Hakkında Kanunda Düzenlenen İzin Usulüne İlişkin Öneriler”, **Konya Barosu Dergisi**, 2018, S.1, s.128

⁹⁶ Danıştay 1. D., 7.6.2017, E. 2017/980 K. 2017/1135

⁹⁷ Danıştay 1. D., 25.2.2016, E. 2016/179 K. 2016/244

⁹⁸ Danıştay 1. D., 8.11. 2016, E. 2016/1735 K. 2016/1545

⁹⁹ Aydoğdu/Türkiye, para.38 ; Mecail Özel/Türkiye kararında, Hükümet, savcılığın 4483 sayılı Kanun’a dayanılarak verilen soruşturmaya izin vermeme kararının akabinde verdiği takipsizlik kararına karşı başvuranın ceza mahkemesinde itiraz yolunun gitmediğinden iç hukuk yollarını tüketmediği itirazında bulunmaktadır. Mahkeme, idari karar sonrası savcılarının yalnız onay maiyetinde bir karar vereceklerinden beisle kişilerin, idarenin verdiği izin vermeme kararına karşı ancak idari mahkemeler önünde itiraz edebileceğini ifade etmiştir. (Mecail Özel/Türkiye)

¹⁰⁰ Hastanın takip ve tedavisinde özensiz davranarak ölümüne neden oluştuktan dolayı yapılan şikâyet üzerine idare soruşturma sonucunda izin vermeme kararı vermiştir. Bunun üzerine yapılan itirazda Danıştay 1. Daire, idari soruşturma sırasında tüm şikâyetçilerin ifadelerinin alınmadığı, şüpheli olarak yalnız bir doktorun belirlendiği ve isnat ile ilgili diğer doktorların ifadelerine başvurulmadığı, ilgili ihtilafı konuya ilişkin bilirkişi raporunun alınmadığına ilişkin incelemede bulunmuştur. Mahkeme, eksik incelemeye dayanarak

ki durumlarda, dosya idari mercie geri gönderilmez. 4483 sayılı Kanun' un 11. Maddesine göre; soruşturmaya izin verme kararına itiraz edilmeden yahut itirazın reddedilmesi ile izin kararının onanması; izin verilmemesine ilişkin karara karşı ise yapılan itirazın kabulü üzerine, dosya derhal yetkili ve görevli cumhuriyet başsavcılığına gönderilir. İzin üzerine cumhuriyet başsavcılığı soruşturmayı yürütür ve sonuçlandırır.

İtiraz merciinin, yetkili idari mercii kararlarını inceleme yetkisinin kapsamını Kanun' da öngörülmemiştir. İtirazın incelenmesinin kapsamı, denetimin etkililiğini belirler. Bu halde içtihat ile oluşturulan ölçütlerin ne olduğu, denetimin kapsamını belirlemek noktasında açıklayıcı olacaktır. Ayrıca Yetkili idari mercinin izin prosedürü kapsamında verdiği kararların idare mahkemesine konu edilip edilemeyeceği ile itiraz üzerine verilecek kararların denetimine ilişkin Kanun' da açık düzenlemeler mevcut değildir. İtiraz hakkının kullanımının etkililiğini belirlemek açısından, oluşturulan ölçütler ile bu ölçütlere göre verilen kararların idare tarafından uygulanması incelenecektir.

a. Yargı Yerlerinin Oluşturduğu Ölçütler

İtiraz mahkemeleri, soruşturmaya konu edilen kamu görevlisinden başka kamu görevlisi hakkında soruşturma açılmasına re'sen karar vermeye yetkili değildir¹⁰¹. İdari mahkemeler yalnızca itiraz edilen kararın, usul hukukunun gerekliliklerini karşılayan uygun ve yeterli bir soruşturmaya dayandırılıp dayandırılmadığını denetlemektedir. Buna göre, itiraz mercii, ön inceleme aşamasında şikâyet konusunun aydınlatılabilmesi için olaya dahili olan kişilerin ifadelerinin alınıp alınmadığını, gerekmesi halinde bilirkişi raporunun mevcut olup olmadığını, bilirkişi raporunun içeriğinin ihtilafli konulara değinip değinmediğini,¹⁰² soruşturmanın tarafsız yürütülüp yürütülmediğini¹⁰³ incelemektedir. Şikâyet konusu

hazırlanan soruşturma raporu esas alınarak verilen izin vermeme kararını bozmuş, yeniden bir soruşturma yapılması gerekliliği ile dosyayı idari mercie geri göndermiştir. (Danıştay 1. D, 21.6.2018, E. 2018/977, K. 2018/1120)

¹⁰¹ “Soruşturma sırasında izin verilen olay ve konudan tamamen ayrı veya farklı bir suç olarak nitelendirilebilecek bir fiil ortaya çıktığında, yeniden izin alınması zorunludur.” (m.8)

¹⁰² Aynı ana bilim dalında görev yapmakta olan doçent unvanlı öğretim üyesinin olay zamanı araştırma görevlisi olan öğretim üyesine yönelik mobbing uyguladığına yönelik şikâyet, Üniversite Rektörlüğüne yapılan soruşturma sonucunda izin verilmeme kararı ile sonuçlanmıştır. Danıştay 1. Daire, şikâyetçinin, şikâyetçinin gösterdiği tanıkların ve varsa suç konusu eylemlerde tanıklığı bulunan kişilerin ifadelerine başvurulması, şikâyetçinin sağlığının bozulduğu iddialarına ilişkin olarak bilirkişi raporu temin edilmesi gerektiği, isnat olunan suçlara ilişkin olarak ayrı ayrı olay ve tarihler belirtmek yerine konu olan iddiaların bir bütün halinde ele alınmasının eksik incelemeye neden olduğu gerekçeleri ile izin vermeme kararını kaldırarak dosyayı yetkili idari mercie göndermiştir. (Danıştay 1. D., 2.4.2019, E. 2019/417 K. 2019/506)

¹⁰³ Danıştay 1. Daire, Metro istasyonu girişinin bir işletme tarafından işgal edilmesine belediye başkanınca göz yumulduğu iddiasıyla yapılan incelemeyi, belediye başkanına hiyerarşik olarak bağlı olan belediye müfettişinin gerçekleştirmesini yetkili idari mercinin kararının tarafsız ve objektif olmasına helal getirdiğinden bahisle şikâyetin işleme konulmaması kararını kaldırarak Belediyede görevli olmayan bir incelemeçi veya araştırmacı tarafından düzenlenecek ön inceleme raporuna dayanarak bir karar verilmesi gerektiğini hükme bağlamıştır. (Danıştay 1. D, 8.9.2016, E. 2016/851, K. 2016/1189)

olay ve sorumluların ortaya çıkarılması için yeterli inceleme yapılmadığı kanaatindeyse hangi delillerin toplanması gerektiği konusunda karar vererek yetkili idari merciin kararını kaldırıp eksikliklerin giderilmesi için dosyayı yetkili idari mercie göndermekte; yeterli inceleme yapıldığı kanaatindeyse incelemenin açığa çıkardığı sonuçlar ile karar vermeye yetkili idari merciin kararını birlikte değerlendirmektedir¹⁰⁴. Eğer izin verilmesi gerektiğini düşünüyorsa dosyayı doğrudan hazırlık soruşturması yapmak üzere ilgili cumhuriyet savcılığına gönderir¹⁰⁵.

Aydoğdu/Türkiye kararında, izin kararının mahkeme tarafından bozulmasına örnekler verilmektedir. Soruşturma ve/veya idari karar, tüm şikayet yahut şikayetçileri kapsamıyorsa, soruşturmacı gereken özenli soruşturma yürütmemişse, şikayet somut iddialara dayanmasına rağmen söz konusu iddialar göz ardı edildiyse yahut soruşturmacı, gereken yetkilere sahip değilse mahkeme idari kararı bozabilir¹⁰⁶.

AİHM idari itiraz yolunun etkin işlemediğini ortaya koymaktadır. Buna göre, idari itiraz yolu, soruşturmayı yürüten yetkililerin yönetime karşı tarafsız olma tereddütlerini giderici bir fonksiyona sahip değildir. Soruşturmanın sonucunda verilen idari karara ilişkin olarak esasa girmeksizin usuli bir değerlendirme yapmaktadır¹⁰⁷. Usuli denetimin sakıncası kendini yetkili idari merciin eksik inceleme yapması halinde gösterir. İtiraz mercii, ifadeleri bizzat kendi alamadığı, bilirkişi incelemesi yapamadığı gibi eksikliklerin giderilmesi için dosyayı yetkili idari merciiye gönderdiğinde idarenin eksiklikleri gidermediği ve sürecin her seferinde uzadığı görülmektedir¹⁰⁸. Öte yandan itiraz mercii tarafından dosyanın savcılığa değil de yetkili idari merciiye gönderdiği her halde; idarenin denetimin gereğini yapmaması halinde, denetim mekanizmasının zorlayıcı herhangi bir yet-

¹⁰⁴ “Dosyanın incelenmesinden, Belediye Başkanının 15.12.2015 tarihinde yaptığı basın açıklamasında, ..., ifadelerine yer verildiği, bu açıklamada kullanılan ifadelerin düşünce ve kanaat özgürlüğü kapsamında değerlendirilmesi gerektiği, kaldı ki söz konusu ifadelerin içeriğinde halkın farklı özelliklere sahip bir kesimini diğer bir kesimi aleyhine kin ve düşmanlığa tahrik etmek fiil ve kastının bulunmadığı, dolayısıyla olayda, halkı kin ve düşmanlığa tahrik veya aşağılama suçu ile ancak gerçek bir şahsa karşı işlenebilecek iftira suçunun maddi unsurlarının oluşmadığı anlaşılmıştır.” diyerek izin vermeme kararına yapılan itirazı reddetmiştir. (Danıştay 1.D., 6.10.2016, E. 2016/1299 ,K. 2016/1332)

¹⁰⁵ “Olayda, Üniversite tarafından şikâyetçiye bir anlamda yaşam alanı olarak tahsis edilen odadaki yangın alarmı cihazına gizli kamera yerleştirilmek suretiyle şikâyetçinin özel hayatının gizlice kayda alındığı, bu durumun tutanak düzenlenmek ve resim çekilmek suretiyle somut olarak ortaya konulduğu, kaldı ki, şüphelilerin ifadelerinde de bu durumun kabul edildiği, şikâyetçinin kişisel odası niteliğinde sayılması gereken çalışma odasına gizlice kamera yerleştirmek ve şikâyetçiyle ilgili hususları kayda almak suretiyle özel hayatın gizliliğini ihlal suçunun işlendiği, bu nedenlerle mevcut delillerin atılı suçtan dolayı şüpheliler hakkında kamu davası açılmasını gerektirecek nitelikte olduğu anlaşıldığından...” izin vermeme kararını bozarak dosyayı ilgili başsavcılığa gönderilmesine karar verilmiştir. (Danıştay 1. D., 19.2.2014, E. 2014/232 K. 2014/25)

¹⁰⁶ Aydoğdu/Türkiye, para.39

¹⁰⁷ Mecail Özel/Türkiye ; “Danıştay 28 Aralık 2010 tarihli kararla, hem usul kurallarına hem de yasal hükümlere uygun olduğu gerekçesiyle itiraz edilen kararı bütün hükümleriyle onamıştır.” (Tülay Yıldız/Türkiye, para.34)

¹⁰⁸ Bu konu “İdarenin Yargı Kararlarını Uygulama Sorunu” başlığı altında ayrıntılı olarak incelenecektir.

kisi olmaması nedeniyle süreç uzamakta ve etkili bir giderim sağlanamamaktadır.

Kanunun 9. Maddesinin son fıkrasında itiraz üzerine verilecek kararların kesin olduğu ifade edilmektedir. Bu halde izin usulüne ilişkin yetkili idari merciin verdiği kararların itiraz yoluna gidilmeksizin idari mahkemeler önünde iptal davasına konu edilip edilemeyeceği ile birlikte itiraz yoluna gidildikten sonra itiraz kararlarına karşı başvuru yollarına gidilip gidilmeyeceği üzerinde durulması önem arz etmektedir. İlk duruma ilişkin olarak idari yargı; işleme konulmama, soruşturma izni verme ve izin vermeme kararının iptal davasına konu edilip edilemeyeceği noktasında öncelikle söz konusu idari kararlara karşı özel bir itiraz usulü olup olmadığına bakmaktadır. 4483 Sayılı Kanun uyarınca verilen soruşturmaya ilişkin kararlar için özel bir itiraz yolu öngörüldüğünden bahisle idari kararlara ilişkin iptal davasının açılmayacağı kabul edilmektedir. Buna göre şikâyetçiler veya Cumhuriyet Başsavcılıkları, karar veren merciinin kim olduğuna göre; karar vermeye yetkili merciin yargı çevresinde bulunan Bölge İdare Mahkemesine yahut Danıştay idari dairesine itiraz usulü yoluna gitmelidir. İstinaf mahkemesi sıfatıyla BİM' in baktığı davada, ilgili kararların iptal davasına konu edilemeyeceği; söz konusu itiraz yolunun dava yolu olmayıp idari işleyişe ait bir prosedür olduğundan bahisle itiraz usulünün tamamlanması ile kararların kesin ve yürütülebilir idari işlem kimliğine erişeceği kararını vermiştir¹⁰⁹. Danıştay 8. Dairede verdiği bir kararda, izin verme ve izin vermeme kararlarının öngörülen itiraz yolunun kapsamında olduğunu, söz konusu itirazların idari yargıda iptal davasına konu edilmesinin kanunda özel olarak düzenlenmiş ceza usul yolunu engelleyeceğine hükmetmiştir¹¹⁰. Danıştay 5. Dairesi de benzer şekilde 4483 sayılı Kanuna dayanılarak verilen izin vermeme kararı için öngörülen itiraz yoluna gidilmesi gerektiği; idari yargı önünde iptal davasına konu edilemeyeceğine hükmetmiştir.¹¹¹ Bu halde özel bir itiraz usulü öngörülmesi halinde, itiraz yoluna gitmeksizin iptal davası açılmayacağı kabul edilmektedir. Aynı bir kanun ile ceza yargılaması için izin prosedürünün öngörüldüğü ancak özel bir itiraz yolunun düzenlenmediği hâkim-savcılar, avukatlar gibi meslek grupları için izin verme

¹⁰⁹ Bu hallerde yargısal görev yapan idari mahkemeler ile idari görev yapan BİM ve Danıştay' ın ilgili daireleri arasında görev uyumsuzluğu çıkarılmayacağından görev nedeniyle ret kararı verilmeyip itiraz yoluna gidilmemiş soruşturma izni ile ilgili kararların dilekçe ve ekleri ile birlikte gidilmesi gereken itiraz yoluna bakan daireye gönderilmesi gerekmektedir. (Ankara BİM, 3. İDD, 31.10.2017, E. 2017/168 K. 2017/2208)

¹¹⁰ Danıştay 8. D., 14.3.2018, E. 2015/14304 K. 2018/1372

¹¹¹ Davacı, yargı kararını uygulamayan kamu görevlisini şikâyet etmesi üzerine 4483 sayılı Kanun uyarınca idari merciin soruşturmaya izin vermeme kararının iptali için ilk derece mahkemesine başvurmuştur. İlk derece mahkemesi, itirazın Danıştay' ın 1. Dairesine yapılması gerekirken kendisinde dava açılması sebebiyle davayı incelemeksizin reddetmiştir. Davacı, söz konusu durumda ilk derece mahkemesinin görevsizlik nedeniyle uygun mahkemeğe dosyayı göndermesi gerekirken görevli yargı merciine gönderilmesini usul hükümlerine aykırılık oluşturması nedeniyle temyize gitmiştir. Danıştay, 4483 sayılı Kanuna göre verilen izin verilmeme kararının idari işlem olmadığı; öngörülen itiraz yolunun yargısal değil idari bir yol olduğundan bahisle ilk derece mahkemesinin kararını onamıştır. (Danıştay 5. D., 16.5.2008, E. 2007/7490 K. 2008/2880)

veya izin vermeme kararlarının yargısal denetimi bakımından durum farklıdır. Danıştay, Adalet Bakanlığı' nın hâkim ve savcıların soruşturulması için vereceği izin vermeme kararının kamu davasının açılmasını tamamen kapattığını ve bu denli önemli bir karara karşı gidilecek yargı yolunun olmayışının Anayasa 36 ve Anayasa 125 ile uluslararası sözleşmeler dikkate alındığında idari yargı yolunun olmayışının kabul edilmesinin adil yargılanma hakkına uygun olmayacağından bahisle söz konusu kararların iptal davasına konu edilmesi gerektiğine karar vermiştir. Danıştay' ın kararına karşın ilk derece mahkemesi, Adalet Bakanlığı tarafından izin vermeme işleminin ceza yargılamasına yönelik bir hazırlık işlemi olduğu, idare mahkemeleri önünde iptal davasına konu olabilecek kesin ve yürütülebilir bir işlem olmadığından bahisle davanın incelenmeksizin reddi kararında ısrar etmiştir. Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulu ilk derece mahkemesinin kararını bozmuştur. Buna göre izin vermeme işlemi, ilgili hâkim hakkında cezai soruşturma ve kovuşturma yapılmaması sonucunu doğuran kesin ve icrai bir idari işlemidir. 4483 ve 2547 sayılı Kanunlarda öngörüldüğü gibi özel bir itiraz usulü ile yargı mercilerince idari kararın incelenmesi öngörülmemiştir. Son olarak Anayasa 125 gereği idarenin her türlü eylem ve işlemine karşı yargı yolu açık hükmünün istisnasını teşkil edecek ayrıksı bir hüküm söz konusu değildir. Aynı şekilde 1136 sayılı Avukatlık Kanunu' da avukatların cezai soruşturmaları için Adalet Bakanı tarafından izin verilmesini öngörmekte ancak itiraz müessesesini düzenlememektedir. Avukatlar için Danıştay 8. Dairesinin yerleşik içtihadı mevcuttur. Buna göre Bakanlıkça soruşturmaya izin verilmesi halinde avukat hakkında ceza davası açılabilirdiğinden idari kararın yargısal denetiminin mümkün olduğundan idari yargıya konu olmadığı¹¹²; izin vermeme kararının ise idari yargıda iptal davasının konusu yapılacağı hüküm altına alınmıştır¹¹³. Danıştay idari dava daireleri kurulu, “soruşturma izni veren” kararların ceza yargısı alanına girdiğinden artık idari yargının görev alanında bulunmadığını ifade etmektedir. Buna karşın idari davaya konu edileceği açık olan izin vermeme işleminin aksi şekilde ilk derece mahkemesince kabul edilmesi hukuk devleti ilkesine aykırılık oluşturacağına karar vermiştir¹¹⁴.

İkinci olarak, Danıştay, itiraz üzerine verilen kararların kesin olduğuna iliş-

¹¹² “Olayda; dava konusu işlemin, idari faaliyet dışında, ceza yargılaması sürecine geçilmesine olanak sağlayan bir işlem olması nedeniyle idari davaya konu olabilecek bir idari işlem niteliği taşımadığından, davanın incelenmeksizin reddine karar verilmesi gerektiği açıktır.” (Danıştay Kararı, 8. D., 3.12.2018, E. 2013/8116 K. 2018/7649)

¹¹³ Danıştay, ilk derece mahkemesinin izin vermeme kararını iptal ettiği kararı temyiz mahkemesi sıfatıyla incelemiştir. Buna göre “Olayda, şikâyet olunan avukatın, müştekilerle ilgili olarak ibraz ettiği şikâyet dilekçesi bir bütün olarak birlikte değerlendirildiğinde, müvekkili ile şikâyetçiler arasında gerçekleşen olayları anlattığı, eylemin hakaret etme kastı ile gerçekleşmediği ve iddia ve savunma sınırlarını aşan ifadeler olmadığı açık olup hak arama özgürlüğü kapsamında kaldığı anlaşıldığından” ilk derece mahkemesinin kararını bozmuştur. (Danıştay 8. D., 27.1.2015, E. 2012/2420 K. 2015/184)

¹¹⁴ Danıştay İDDK., 22.10.2009, E. 2006/4597, K. 2009/1790

kin düzenleme nedeniyle bu kararların yeniden incelenme olanağı bulunmadığı gibi anılan kararlara karşı temyiz, karar düzeltme ve kanun yararına bozma gibi kanun yollarına başvurulamayacağını hükme bağlamıştır¹¹⁵. Anayasa Mahkemesi, resmi belgede sahtecilik suçu kapsamında yargılanmak üzere savcılığın izin talebi üzerine yetkili idari merciin izin kararı vermesi üzerine karara konu olan kişi, izin kararının öngörülen süre geçirildikten sonra verilmesi nedeniyle itiraz yoluna başvurmuştur. İtiraz mercii, itirazı reddetmiştir. Bunun üzerine başvuran, Anayasa Mahkemesi'ne bireysel başvuru yoluna gitmiştir. Başvuran, itiraz dilekçesindeki talebinin dikkate alınmaksızın şablon gerekçeyle karar verilmesinin, gerekçeli karar hakkının ihlali niteliğinde olduğunu ifade etmektedir. Anayasa Mahkemesi, öncelikle bireysel başvuru talebinin kabul edilebilir olup olmadığını incelemiştir. Buna göre, 4483 sayılı Kanun' da öngörülen itiraz mercilerinin verdiği kararların kesin olduğundan bahisle adli yahut idari yargıda denetlenemeyeceğini ortaya koymaktadır¹¹⁶.

Kanımızca; 4483 sayılı Kanun' da olduğu gibi özel bir itiraz usulünün öngörüldüğü hallerde, izin prosedürüne ilişkin kararların iptal davasına konu edilemeyeceği hukuka aykırıdır. İtiraz usuli, idari bir yol olduğu sabit olmakla birlikte, muhattabı bakımından kesin ve yürütülebilir sonuç doğuran izin verme, izin vermeme ve işleme konulmama kararlarının iptal davasına konu edilmemesi Anayasa 125. Maddenin ilk fıkrasının ihlali anlamını taşır. Ceza yargılamasının başlamasına engel olma sonucunu doğurur.¹¹⁷ Buna göre, "İdarenin her türlü eylem ve işlemlerine karşı yargı yolu açıktır." Etkili bir başvuru yolu sayılması mümkün olmayan itiraz prosedürünü ileri sürerek idarenin işlemlerinin yargısal denetiminin önüne geçilmesinin hukuk devleti ile bağdaşır bir yanı söz konusu değildir.

b. İdarenin Yargı Kararlarını Uygulama(ma)sı

Yargı kararlarının uygulanması, kararı veren mahkemeye yahut icra dairesine değil; idareye aittir. İdare, yasal düzenlemelere göre yargı kararlarını aynen ve 30 gün geçmeden uygulamak konusunda bağlı yetkiye sahiptir. (İYUK m.28/1) Anayasa madde 138 fıkra 4, Mahkemelerin Bağımsızlığı başlığı altında yargı kararlarının uygulanması hükmünü düzenlemiştir. Buna göre, "Yasama ve yürütme organları ile idare, mahkeme kararlarına uymak zorundadır; bu organlar ve idare,

¹¹⁵ Danıştay 1. Dairesine yapılan itiraz başvurusu sonucunda Danıştay'ın itiraz süresini geçirmesi nedeniyle davayı reddetmesi üzerine şikâyetçi, Danıştay 1. Dairesine temyiz başvurusunda bulunmuştur. Danıştay, Danıştay birinci dairesi ile Bölge İdare Mahkemesinin konuya ilişkin kararlarının kesin nitelikli idari kararlar olmaları nedeniyle istemi reddetmiştir. (Danıştay 1. D., 22.4.2015, E. 2015/701 K. 2015/631)

¹¹⁶ Afitap Salman Başvurusu, para. 21-22

¹¹⁷ "...yargı yerlerinin görevlerine başlayabilmeleri için, öncelikle bu konuda öngörülmüş bulunan adli prosedüre geçilmesi gerekir. Bu aşamaya gelinmesini engelleyen işlemlerin, adli prosedür işlemleri olarak nitelendirilmesi mümkün değildir." (Celal Erkut, **İptal Davasının Konusunu Oluşturma Bakımından İdari İşlemin Kimliği**, Danıştay Yayınları, Ankara, 2015, s.105)

mahkeme kararlarını hiçbir suretle değiştiremez ve bunların yerine getirilmesini geciktiremez. “ İdarenin faaliyetlerinin yargısal denetime tabii olması hukuk devleti ilkesinin bir gereğidir. Ancak idare yargı kararlarını “isteksiz” davranmasından ya da “biçimsel” uygulamalarından dolayı uygulamamaktadır¹¹⁸. İdari yargı yerlerince verilen iptal kararlarının etkisizleştirilmesi sonucunu doğuran idari tasarrufların, yargı kararının hiç uygulanmaması, geç uygulanması ya da eksik uygulanması şeklinde değişik uygulamaları bulunmaktadır¹¹⁹.

Hem temel haklar güvenliğinin sağlanması hem de kanuni idare ilkesinin işlerliği, kamu makamlarının işlemleri üzerindeki yargısal denetimin etkinliği ile sağlanır¹²⁰. Bu etkinlik, kanunun uygulanmasındaki belirsizliğin yargıcın koyduğu ölçütlerle belirlilik kazanması ve idarenin yargı kararlarına uyma zorunluluğunda saklıdır. İdarenin gösterdiği direnç somut davalar üzerinden ortaya konulacaktır. Yargı yeri olmamakla birlikte denetim mekanizması olan itiraz yolunda verilen kararların idare tarafından uygulanmasına ilişkin çarpıcı bir örnek olan Danıştay 1. Dairesinin “Soma Kararı” üzerinde durulacak, daha sonra izin prosedürü nedeniyle meydana gelen hak ihlallerine yönelik iddiaları gören Anayasa Mahkemesi’ nin “Bayram Oteli” kararı ile AİHM tarafından görülen “Hrant Dink” kararı incelenecektir. Söz konusu kararlar göstermektedir ki 4483 sayılı Kanun’ un öngördüğü izin verme yetkisi, idarenin yargı kararlarını uygulamamasının aracı haline gelmektedir.

13.05.2014 tarihinde yaşanan Soma faciası akabinde savcılığın re’sen başlattığı soruşturmada, kazada sorumluluğu bulunan kamu görevlileri için istenen izin, 25.11.2014 tarihinde Enerji ve Tabii Kaynaklar Bakanı tarafından verilmiştir. Savcılığın itirazı üzerine, şikayet konusunun Başbakanlık Teftiş Kurulu Başkanlığınca incelenmesi gerektiği belirtilerek izin vermeme kararı 19.03.2015 tarihinde kaldırılmıştır. İtiraz mercii, sorumluların ortaya çıkarılması için ifade alınması, bilirkişi raporu istenmesi gibi gereklilikleri ifade ederek dosyayı idareye göndermiştir. Karar üzerine Başbakanlık Teftiş Kurulu Başkanlığınca yaptırılan ön incelemede, diğer makamların o ana kadar yaptığı incelemeler yeterli görülerek, başkaca bir inceleme yapmaksızın ve bilirkişi raporu alınmamış ve izin vermeme kararı verilmiştir. Savcılık izin vermeme kararına itiraz etmiştir. İtiraz mercii, Bakanlıkta görevli ilgililerin kazanın gerçekleşmesinde ve maden işçilerinin ölüm olaylarında sorumlulukları olup olmadığı hususunu değerlendirerek, savcılığın yaptırmış olduğu bilirkişi raporundaki ihtilafı unsurlara cevap verecek bir bilirkişi raporu alınması gerekliliği ile izin vermeme kararını kaldırmıştır. Bunun üzerine Başbakanlık Teftiş Kurulu 17.8.2016 tarihli yazısı ile

¹¹⁸ Danıştay 5. D, 18.03.1998, E.1997/2433-K.1998/798

¹¹⁹ Danıştay 12. D, 21.4.2016, E. 2016/191, K. 2016/2427

¹²⁰ Günay, s. 46

kurulun doğrudan Bakana bağlı olarak çalıştığı ve bilirkişi raporunun alınmasının Bakanlık tarafından yerine getirilmesi gerektiği belirtilerek dosya Enerji ve Tabii Kaynaklar Bakanlığına iade edilmiştir. Dosyanın iadesi üzerine Enerji ve Tabii Kaynaklar Bakanı 28.12.2016 tarihli kararıyla ilgililer için soruşturma izni verilmemesine karar vermiştir. Yapılan itiraz sonucu, itiraz mercii, bilirkişi raporu alınmadan ve yeniden bir ön inceleme raporu düzenlenmeden alınan izin vermeme kararını 15.06.2017 tarihinde kaldırmış ve dosyayı ilgili Bakanlığa iade etmiştir¹²¹. Söz konusu olayda eksik inceleme nedeniyle itiraz mercii dosyayı üç kez yetkili idari merciiye göndermiştir. Yetkili idari mercii, itiraz merciinin kararlarına karşı her seferinde bilirkişi raporu almaktan kaçınmış ve izin vermeme kararı vermiştir. İzne konu olan olay 13.05.2014' te yaşanmış olmasına rağmen sorumluluğu olan kamu görevlilerine yönelik bir ön inceleme üstünden 3 yıla aşkın süre geçmiş olmasına rağmen gerçekleştirilmemiştir. İtiraz merciinin, etkili bir soruşturma yürütülmesi konusundaki yetersizliği gözler önüne serilmektedir. Ön incelemede eksik inceleme olması nedeniyle itiraz merciinin dosyayı geri göndermesi ve idarenin bu eksiklikleri gidermemesi halinde süreç uzamakta ve sorumlular açığa çıkarılamamaktadır. İtiraz mercii, yargısal faaliyet gerçekleştirmediği için eksik incelemeleri kendisi tespit edememekte, her türlü bilgi ve belgeye ulaşma imkânı olmadığı için sınırlı bir inceleme yapmaktadır. Eksik inceleme halinde izin vermeme kararının kaldırılması halinde, izin vermeme kararlarına yapılan itirazların kabulü durumunda olduğu gibi doğrudan Savcılığa göndermek idarenin itiraz merciinin kararlarını uygulamamasının önüne geçebileceği düşünülse de söz konusu durum izin prosedürünün varlık nedenini anlamsız kılacaktır. Söylemek gerekir ki hak ihlallerinin soruşturulmasının önüne geçen idari kararların etkin bir şekilde denetimini gerçekleştirilemeyen itiraz usulünün kalkması yerinde olacaktır.

İtiraz üzerine verilen kararların kesin olması ve bir yargı organına götürülebilmesi nedeniyle 4483 sayılı Kanun'a dayanılarak verilen idari kararların hak ihlaline neden olduğundan bahisle bireysel başvuru yoluna gidilebilmektedir. Anayasa Mahkemesi bir kararında, “diğer bir ifadeyle anılan kararlar, ilgili aleyhine sürekli bir hukuki durum yaratan, davanın hiçbir aşamasında denetlenebilme ve düzeltilebilme olanağı bulunmayan, kaldırılması mümkün olmayan kararlar niteliği kazanmaktadır. Dolayısıyla anılan kararlardan kaynaklı bazı temel hak ihlalleri, istisnai de olsa yargılama sürecinin ileriki aşamalarında telafi edilemeyeceği” gerekçelerine dayanarak konuya ilişkin hak ihlallerinin bireysel başvuruya konu olabileceğini ifade etmiştir¹²². 2011' de gerçekleşen Van Depremi' nde Bayram Oteli'n yıkılması ile birlikte 24 kişi hayatını kaybetmiştir. Hasar tespit

¹²¹ Danıştay Kararı - 1. D., 15.6.2017, E. 2017/355 K. 2017/1248

¹²² Afıtap Salman Başvurusu, para. 21-22

çalışmalarını gereği gibi yerine getirmediği iddia edilen kamu görevlileri hakkında taksirle öldürme ve güveni kötüye kullanma suçlarından yürütülen soruşturmada Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı 4483 sayılı Kanun' a dayanarak suçlamayı somut bilgi ve belgelere dayanmadığı gerekçesi ile ön inceleme yapılmasına gerek olmadığı kararı vermiştir. Depremde yaşamını yitirmiş kişinin ailesi karara itiraz etmişse de o dönemde 4483 sayılı Kanun'da Cumhuriyet Başsavcılığı'nın bu kararlarına karşı herhangi bir itiraz yolu öngörülmediğinden" itirazı incelemeksizin reddedilmiştir. Bunun üzerine bireysel başvuru yolu ile gidilen Anayasa Mahkemesi, işleme koymama kararının dayanaksız olması, başsavcılığın kararına karşı itiraz yolunun olmaması, kamu görevlilerinin yürüttüğü tehlikeli faaliyetlerde meydana gelen ölümlerin ceza soruşturmasını gerektirdiği nedenleri ile etkili bir soruşturmanın yürütülmediğinden ihlal kararı vermiş; ihlalin ve sonuçlarının ortadan kaldırılması için dosyayı cumhuriyet başsavcılığına göndermiştir.¹²³ Süreç başsavcılığın dosyayı yeniden izin almak üzere İçişleri Bakanlığı'na göndermesi ve Anayasa Mahkemesi' nin bağlayıcı ve kesin olan bu kararına rağmen İçişleri Bakanlığı'na izin verilmemesi ile son bulmuştur. İzin vermemesi kararı üzerine şikâyetçiler tekrar Anayasa Mahkemesi'ne başvurmuşlardır. Anayasa Mahkemesi, başvuranların Mahkemenin verdiği ihlal kararının yerine getirilmediği iddiasını kabul etmemiştir. Buna göre, "ihlal kararlarının gerekçesi dikkate alındığında bu kararların uygulanmasının ilgililer hakkında soruşturma izni verilmesini ya da doğrudan soruşturma açılmasını zorunlu hâle getirdiği söylenemez" diyerek izin vermeme kararında ihlal görmemiştir¹²⁴. Mahkeme, ilk kararında "olası sonuçların farkında olmalarına rağmen söz konusu makamların kendilerine verilen yetkileri göz ardı ederek tehlikeli bir faaliyet nedeniyle oluşan riskleri bertaraf etmek için gerekli ve yeterli önlemleri almadığı durumlarda" yaşanan yaşam hakkı ihlalleri nedeniyle devletin ceza soruşturması yürütme yükümlülüğünün üzerine durmuştur. Mahkeme bu kararın üzerinden 6 yıl geçtikten sonra verdiği ikinci kararda ihlal kararının gerekçesi ile değerlendirildiğinde doğrudan soruşturma açılmasını zorunlu kılmadığını bu nedenle başvuru sahiplerinin, anayasa mahkemesi kararının yerine getirilmediği yolundaki iddialarını temelsiz bulduğunu ifade etmiştir. Mahkemenin tehlikeli faaliyet konusuna girmeksizin verdiği karar ile ihlal kararlarının idare tarafından uygulanmamasının teşvik edilmesinden öteye gidilememiştir.

Hrant Dink' in öldürülmesinden sonra İstanbul Cumhuriyet Başsavcılığı tarafından yürütülen soruşturma sonucunda, İstanbul Emniyet Müdürlüğünün bu konuda önceden bilgilendirildiği ve olası şüphelilerin kimliğinin belirtilmiş olduğu ortaya çıkmıştır. Ancak İstanbul Emniyet Müdürlüğü bu istihbarat ile ilgili

¹²³ Serpil Kerimoğlu ve diğerleri başvurusu, 17.9.2013, Başvuru No: 2012/752,

¹²⁴ Mehmet Ali Emir ve diğerleri başvurusu, 17.1.2019, Başvuru No: 2014/16482

bir şey yapmamıştır¹²⁵. Bu nedenle Başsavcılık, bazı kolluk görevlileri hakkında “görevi ihmal”, “suç delillerini yok etmek, gizlemek ve değiştirmek” gibi suç nitelendirilmeleri yapmış ancak izin şartı nedeniyle dosya İstanbul Valiliği’ne gönderilmiş ve valilik tarafından aralarında İstihbarat Daire Başkanı’nın da bulunduğu bazı kamu görevlileri hakkında izin kararı verilmiştir. İtiraz mercii olan ilgili İstanbul Bölge İdare Mahkemesi, delil yetersizliğinden bu kararı hukuka aykırı bulmuştur. Bu durum AİHM’e götürülmüş ve AİHM tarafından yaşam hakkını düzenleyen Sözleşme’nin 2. Maddesinin hem maddi yönden hem de usul yönünden ihlal edildiğine karar verilmiştir¹²⁶. Bu karar üzerine Başsavcılığa tekrar başvurulmuş, savcılık makamı izin sürecini tekrar başlatmıştır. Valiliğe yöneltilen izin talebi, soruşturmaya izin verilmemesine dair karar ile reddedilmiştir. BİM’e yapılan itiraz ise tekrar reddedilmiştir. Bunun üzerine başsavcılık ilgili kamu görevlileri hakkında “evrakın işlemden kaldırılmasına” karar vermiştir. Suçtan zarar gören taraf, savcılığın “evrakın işlemden kaldırılması” kararının suçun kovuşturulmasının önüne geçmesi sonucundan hareketle kovuşturmaya yer olmadığı kararı ile hukuki niteliğinin aynı olduğu gerekçesiyle CMK madde 173 kapsamında itiraz etmiştir. İtiraz yoluna gidilen Bakırköy 8. Ağır Ceza Mahkemesi, “işlemden kaldırma kararının kaldırılması” şeklinde verdiği karar ile izin sürecinde CMK 172/3’ün uygulamasında AİHM kararının etkinliğine ilişkin çok önemli bir içtihat oluşturmuştur. CMK madde 172’nin 3. fıkrası şöyle düzenlenmiştir: “Kovuşturmaya yer olmadığına dair kararın etkin soruşturma yapılmadan verildiğinin Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin kesinleşmiş kararıyla tespit edilmesi üzerine, kararın kesinleşmesinden itibaren üç ay içinde talep edilmesi hâlinde yeniden soruşturma açılır.” Mahkeme öncelikle AİHM’in ihlal kararının, izin sürecini etkin bir soruşturma yapılmasının önünde bir engel teşkil ettiğinden bahisle verildiğini ortaya koymuş ve CMK madde 172 fıkra 3’ün uygulamasının ancak cumhuriyet başsavcılığınca doğrudan soruşturma yapılması ile mümkün olacağını ortaya koymuştur¹²⁷.

İlgili olaylar ve kararlar ortaya koymaktadır ki, idare verilen ihlalleri bertaraf etmeye yönelik işlem ve eylemlerde bulunmaktan kaçınmaktadır. Bu kaçınma, kamu görevlilerinin yargı kararlarını uygulamamalarından doğan cezai ve

¹²⁵ AİHM, taraf devletlerin Sözleşme ile koruma altına alınmış olan haklardan kaynaklanan yükümlülüklerini pozitif yükümlülükleri ve negatif yükümlülükleri olmak üzere ikiye ayırmıştır. Bunlar pasif kalarak hakkı ihlal etmemeye yönelik negatif yükümlülüğü ve aktif davranarak hakkı korumaya yönelik pozitif yükümlülüğü olarak açıklanabilir. (Cem Şenol, **Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarında Etkin Soruşturma Yükümlülüğü**, 12 Levha Yayıncılık, 2013, İstanbul, s.69-70) Söz konusu olayda devlet edindiği bilgi nedeniyle korumak durumunda olduğu yaşam hakkını hareketsiz kalarak pozitif yükümlülüğünü yerine getirmemiştir.

¹²⁶ Dink/Türkiye, 14.12.2010, Basvuru no. 2668/07, 6102/08, 30079/08, 7072/09 ve 7124/09

¹²⁷ Kurt, s.57-58

mali sorumluluğu¹²⁸ karşımıza çıkarmaktadır.¹²⁹

aa. Kamu Görevlisinin İdari Sorumluluğu

İdari Yargılama Usulü Kanununun “Kararların Sonuçları” başlıklı 28. maddesinin 1. fıkrasında, “Danıştay, Bölge İdare Mahkemeleri, İdare ve Vergi Mahkemelerinin esasa ve yürütmenin durdurulmasına dair kararlarının icaplarına göre idare, gecikmeksizin işlem tesis etmeye ve eylemde bulunmaya mecburdur.” şeklindeki kuralı ve 3. fıkrasında; Danıştay, bölge idare mahkemeleri, idare ve vergi mahkemeleri kararlarına göre işlem tesis edilmeyen veya eylemde bulunulmayan hallerde idare aleyhine Danıştay ve ilgili idari mahkemede maddi ve manevi tazminat davası açılabileceği belirtilmiştir.¹³⁰

2577 sayılı İYUK’ ta “Kararların Uygulanması” başlıklı 28/4’te 2014 yılında yapılan değişiklikle mahkeme kararını uygulamayan kamu görevlisine karşı doğrudan mali sorumluluğuna gidilebilmesi hükmü yerine “Mahkeme kararlarının süresi içinde kamu görevlilerince yerine getirilmemesi hâlinde tazminat davası ancak ilgili idare aleyhine açılabilir.” düzenlemesi yapılmıştır¹³¹. Böylece kararı kasten yerine getirmeyen kamu görevlisine karşı adli yargıda tazminat davası açabilme imkânı kalmamıştır. Mahkeme kararlarının yerine getirilmemesi nedeniyle yalnızca idareye karşı ve idari yargıda tam yargı davası açma imkânı bulunmaktadır. Ancak davaların yalnız idareye karşı açılabilmesi(idarenin mali sorumluluğuna gidilebilmesi), kamu görevlilerinin kararları uygulaması konusunda, kararların uygulanma etkililiğini azaltmaya yönelik bir değişiklik olmuştur. Söz konusu durumda idarenin, kamu görevlisine rücu sistemi işleterek onu mali bir sorumluluğun altına sokabileceği düşünülse de rücu sisteminin mevzuatta düzenlenmesinin belirsizliği ve uygulamadaki aksaklıklar¹³² ancak ayrı bir çalışmanın konusu olabilir.

Mahkeme kararı süresince, gereği gibi veya hiç yerine getirilmediği takdirde idari yargıda, meydana gelen maddi ve/veya manevi zarardan dolayı idareye yönelik tam yargı davası açılarak zararın tazmini istenebilir. Kararın yerine getirilmemiş olması manevi zararın doğması için yeterlidir.¹³³ Ancak gözden kaçırılmamalıdır ki; söz konusu idari sorumluluk, kamu görevlisinin işlediği suçun

¹²⁸ Özel hukuk sorumluluğu kapsam dışında bırakılmıştır. Söz konusu mali sorumluluk, idarenin hukuki sorumluluğu kapsamındadır.

¹²⁹ Karar kamu görevlisince yerine getirilmediği takdirde hakkında disiplin soruşturması açılarak disiplin cezası da verilebilir. (İYUK m.28 f.1)

¹³⁰ Türk hukukunda, ceza mahkemesi kararlarının infazı ile hukuk mahkemesi kararlarının icrası özel kanunlarla düzenlenmiş olmasına rağmen idari yargı kararlarının uygulanması yalnız söz konusu 28. maddede düzenlenmiştir.

¹³¹ Söz konusu değişiklik AYM’ nin önüne gitmiş ancak Anayasaya aykırı bulunmamıştır. (AYM, 17.9.2013, E. 2012/22, K. 2012/133)

¹³² Turan Yıldırım, “Yargı Kararlarının Uygulanmaması Sorunu”, 2001 İdari Yargı Sempozyumu, s.4

¹³³ Gürsel Kaplan, İdari Yargılama Hukuku, Ekin Basım Yayın Dağıtım, 2019, s.472

açığa çıkarılması ve sorumluların hesap verebilmesini sağlayan bir mekanizma olmadığından ancak hukuk devletinin tesisinde dolaylı bir etki sağlamaktadır.

ab. Kamu Görevlisinin Cezai Sorumluluğu

Gerek doktrin gerekse içtihatlar, yargı kararlarının uygulanmamasında cezai yönden sorumlu tuttuğu kamu görevlisini; görevi kötüye kullanma, görevi ihmal, görevde yetkiyi kötüye kullanma suçlarının faili olarak görmektedir. Türk Ceza Kanununun 255. maddesinde “yetkili olmadığı bir iş için yarar sağlama”, 256. maddesinde “zor kullanma yetkisine ilişkin sınırın aşılması”, 257. maddesinde “görevi kötüye kullanma ve ihmal” suçlarını düzenlenmiş bulunmaktadır. Yargı kararlarına uyma görevi, bütün memurlara yüklenen özel bir görev olup, memurun bu görevi yerine getirmemesi ve kişilere zarar vermesi halinde Türk Ceza Kanununun 257. maddesinde ve diğer maddelerde belirtilen suçlar oluşacaktır¹³⁴. Ancak bu halde de 4483 Sayılı Kanun’ un öngördüğü izin sürecinin çalışmamızın tümünde bahsedilen hukuk devleti ilkesinin işlerliğinin önündeki sakıncaları meydana gelebilmekte ve bir kısır döngüye sebep olmaktadır.

II. Kamu Görevlisinin Yargılanmasının Hukuk Devleti İlkesi ile Uyumu

A. İzin Sistemini Bütünüyle Kaldıran Yargısal Güvence Sistemi

Kamu görevlilerinin işledikleri suçlar nedeniyle yargılanma usulünün genel kurallardan ayrılmasına ilişkin ilk düzenlemeler ise Fransa’ da görülmektedir. Fransa’ daki tarihsel gelişim Fransız Devrimi öncesi ve sonrasında farklılık arz etmektedir. Devrim öncesi, yargı ile yönetim birbirinden ayrılmamış; krallık mahkemeleri yönetim içinde oluşturulmuş olduğundan, yani yargı ile yönetim ayrı olmadığından izin sistemi olmaksızın kamu görevlilerinin ceza davaları burada görülmekte idi. Devrim sonrasında ise 1789 tarihli Kurucu Meclis yönetim ve yargıyı ayırdı. “Toplum yönetimin her kademesindeki kamu görevlisinden hesap sorma hakkına sahiptir” diyerek kamu görevlisi sıfatı Ceza Kanunu’nda nitelikli hal oldu. 1790 tarihli Yasa ile idari merciilerce yasaya uygun olarak izin verilmedikçe hiçbir kamu görevlisinin görevi sırasında olağan yargı önüne çıkarılmayacağı düzenlemesi yapıldı. Bu karma sistemi oluşturmuştur. İdari merci izin vermedikçe ve tek yetkili organ olan Danıştay kararı olmadıkça kamu görevlileri yargılanamamaktaydı. Buna göre, kamu görevlisinin eylem ve işlemlerinden zarar gördüklerini ileri sürenler, Danıştay’ a başvurarak dava açma izni istemeli, Danıştay bu durumda kamu görevlisinin eyleminin hizmet mi yoksa kişisel kusur mu olduğunu değerlendirmelidir. Danıştay kişisel kusur sonucuna varırsa kamu görevlisinin yargılanmasına izin verirken aksi bir değerlendirmede ise kamu görevlisinin yargılanmasına izin verilmemekteydi. Danıştay’ın bu de-

¹³⁴ Özcan Özbe, “İdari Yargı Kararlarının Uygulanmamasından Doğan Hukuki ve Cezai Sorumluluk”, *Ankara Barosu Dergisi*, Yıl:67, Sayı: 4, Güz 2009, s.49

ğerlendirmesi yargısal değil, yönetseldir. 1870 tarihli düzenleme ile kamu görevlisinin suçun konusunu oluşturan fiilleri nedeniyle kovuşturulabilmesi için izin şartı getiren ceza maddeleri yürürlükten kaldırılmıştır. Benoit'ya göre bu olay Fransız adalet tahinde yıkılan ikinci Bastille' dir. Ancak bu kamu görevlilerinin görev nedeniyle işledikleri fiillerinden dolayı genel mahkemelerce yargılanabileceği anlamına gelmemektedir. Şöyle ki, kamu görevlileri işledikleri fiilleri dolayı hiçbir ayrıma tabii olmaksızın olağan mahkemelerde kovuşturulabilmenin önu açılmıştır. Ancak görev nedeniyle olabileceğine ilişkin bir değerlendirme yapılabacağı zaman olağan mahkeme kovuşturma yapmaksızın görevsizlik kararı vermedir. Günümüzde ise artık kamu görevlilerine dava açmak için görev nedeniyle ya da değil cumhuriyet savcısının Danıştay' dan karar yada yönetimden izin almasına gerek yoktur¹³⁵.

İzin sistemi, Kıta Avrupa'sında ortadan kalkmıştır. Kamu görevlisinin yargılanmasının bütünüyle bağımsız yargıya bırakıldığı yargısal sistem uygulanmaktadır¹³⁶. Yargısal sistem, Anglo-Sakson hukukunun öncüsü İngiltere' de gelişmiştir¹³⁷. Buna göre kamu görevlilerinin görevleri ile ilgili işledikleri iddia edilen suçlar bakımından bağımsız yargı organlarınca yargılanması öngörülmektedir.

Türkiye' de ise 1913 yılında yürürlüğe girmiş olan Memurin Muhakemat- 1 Hakkında Kanun- u Muvakkat' ın öngördüğü sistem eleştirilerine yönelik kanunun suç bakımından ve kişi bakımından sınırlandırılması ihtiyacı ile 4483 Sayılı Kanun yürürlüğe girmiştir. Buna göre, suç bakımından kapsamı görevden doğan suçlarla sınırlandırılmış kişi bakımından ise kamu görevlisi tanımını, işin niteliği gereği, ceza hukuku kapsamına göre değil idare hukukuna ilişkin ilkelerle oluşturulmuş kamu görevlisi tanımını daraltmak¹³⁸ şeklinde sakıncalar bertaraf edilmek

¹³⁵ Selçuk, s.36-47

¹³⁶ Bunun tek istisnası İsviçre' dir. Bu ise sınırlı bir izin sistemi olarak öngörülmüştür. (Ayrıntılı bilgi için bkz. Selçuk, s. 59-66)

¹³⁷ Anglosakson hukuk sisteminde sürekli olarak yargısal güvence sistemi hâkimken Romanist hukuk anlayışından etkilenen Kıta Avrupası sistemi, aydınlanma yüzyılından sonra aşama aşama yargısal güvence sistemine geçmiştir. Bu ayrım, sırasıyla; hukukun üstünlüğüne dayanan devlet merkezci değil, iktidarın parçalı olmasından, diğerinin ise hukuk devleti ilkesine dayanan "devlet merkezci" bir yönetim anlayışı olduğuna ilişkin bkz. Selçuk, s.15-20

¹³⁸ Yasanın genel gerekçesinde; MMHK' da ceza hukukundaki kamu görevlisi kavramının esas alınmasının uygulamanın kişi yönünden genişletildiği vurgulanmış yasanın amacının kamu yönetimini zaafa uğratmadan suçların cezasız kalmasını engellemek olduğu belirtilmiştir. (Pınar, İbrahim, Memurlar ve Diğer Kamu Görevlilerinin Yargılanması Hakkında Kanun, Seçkin Yayınevi, Ankara, s.30) Danıştay 1. Dairesi de verdiği görüşünde idare hukuku açısından kamu görevlisi tanımını benimsemiş ancak görüşün devamında bunu "maddi ceza hukukunun memur saydığı" kişiler ile özdeşleştirmiştir. (Danıştay 1.D, 17.04.2000, E.2000/29, K.2000/59) Öğretide 4483 sayılı Kanunu'nun kamu görevlisi kapsamının hangi hukuk dalınca belirleneceği tartışmalıdır. İdare hukukundaki kamu görevlisi ile ceza hukukundaki kamu görevlisi kavramlarının kesişiminin, yasanın kişi bakımından kapsamı olması görüşüne ilişkin (Akyıldız,s.176) Ceza Hukuku anlamında kabulü için bkz. (Kurt,s.50-51) , İdare Hukuku anlamında kabulü (Ramazan Çağlayan, "Memurlar ve Diğer Kamu Görevlilerinin Yargılanmasına İlişkin 4483 Sayılı Kanunun Hakkında Bir Değerlendirme", Atatürk Üniversitesi Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi, 2003, Cilt: 7, Sayı:1-2, s.111)

istenmişse gelişmiş hukuk sistemlerinin gerisinde kalarak izin sistemini sürdürdüğünün altı çizilmelidir.

B. Sınırlandırılmış İzin Sistemi Yaklaşımı

a. Kişi Bakımından

Kamu görevlilerinin yargılanmasının, ceza muhakemesi sisteminden ayrı usule bağlanmasının amacının kamu hizmetinin aksamadan yürütülmesi olduğu kabul edilmektedir. Buna göre kamu hizmetinin sürekliliği ilkesine aykırılık, insanın yaşama vasıtası olan uzuvlarının faaliyetlerindeki aksaklığın neticesini doğurur. Kamu hizmetlerinin yürütülmesinin hiçbir sebep ile kesintiye uğratılmaması ilkesine¹³⁹ dayanan sistem ile esas korunan kamu hizmetinin personeli değil, kamu hizmetidir. Bu bağlamda izin sisteminin kişi bakımından kapsamını, tüm kamu görevlileri için değil, görevi nedeniyle tek başına yahut birlikte karar almayı gerektiren kamu görevlileri ile sınırlamak kamu hizmetinin devamı amacı ile bağdaşır olacaktır.

b. Konu Bakımından

4483 Sayılı Kanunun konu bakımından kapsamı görevi nedeniyle işlenen suçlar¹⁴⁰ olarak belirlenmiştir. Genel soruşturma usulünün dışına çıkıp çıkmayacağı sınırını belirleyen “görev nedeniyle işlenen suç” kavramının 4483 sayılı kanun ile ortaya konulmaması bir eksiklik olmasının yanı sıra sınırlarının çizilmesi de büyük önem taşımaktadır. Kamu görevlisinin görevi sebebiyle işlediği fiilin suç teşkil edebileceğine yönelik kanaatin uzmanlık işi olduğu ve bunu en iyi takdir edecek olanın da idare olduğu konusunda sistemin dayanakları ortaya konulmaktadır¹⁴¹. Bu halde izin sistemine konu olan suçların yalnız kamu görevlileri tarafından işlenebilen suçlar olması halinde tutarlı olacağının kabulü gerekmektedir. Görev suçu, kamu görevlisinin ifa etmesi gereken görevi ile fiil arasında illiyet bağı olması ile mümkündür¹⁴². Ancak hukuki sorun, suçun kurucu yahut ağırlaştırıcı unsurunun kamu görevlisi olmadığı ancak görev ile fiil arasında nedensellik bağı bulunduğu hallerde doğmaktadır. Bu görevden kaynaklanan yetkinin aşılması şeklinde kendini göstermektedir¹⁴³.

Hukuk devletinde, genel kuraldan ayrıkısı olan 4483 Sayılı Kanun sisteminin istisnai bir uygulama olması beklenirken, kamu görevlilerinin görev sırasın-

¹³⁹ Sıddık Sami Onar, **İdare Hukukunun Umumi Esasları**, Cilt 1, İsmail Akgün Matbaacılık, 1966, s.21

¹⁴⁰ 4483 sayılı Kanun, görev suçu kavramını daraltarak memurların ve diğer kamu görevlilerinin görevleri nedeniyle işledikleri suçları konu edinmiş ve Memurun Muhakematı Hakkında Kanunu Muvakkatten ayrılmıştır. (Günday, s.623-625)

¹⁴¹ Metin Şekercioğlu, **Ceza Hukukumuzda Memur Kavramı**, Cezaevi Matbaası, İstanbul 1974, s.75

¹⁴² Çağlayan, s.117

¹⁴³ Sanık öğretmenin görev yaptığı sırada mağdura ait sınav kâğıdına başka öğrencinin isminin yazılı olması nedeniyle tokat atmak suretiyle kasten yaralama suçuna ilişkin kamu davası açılmasında, Yargıtay bu suçu genel hükümlere tabii olduğunu kabul etmiştir. (Yargıtay 3. CD, 27.02.2007, K. 2007/1542, E. 2007/1742)

da işledikleri her suçun özel soruşturma ve kovuşturma kuralları kapsamında içinde görüldüğü tespit edilmiştir. Bu nedenle görev nedeniyle işlenen suçun, kamu görevlisinin işlediği suçun kurucu veya ağırlaştırıcı nedeninin yürütmekte olduğu kamu görevi olduğu suçlar ile sınırlı tutulması, yani özgü suç olması gerekliliği ve yasal düzenlemenin bu yönde yapılması önem arz etmektedir¹⁴⁴. Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nun 17.02.2004 tarihinde vermiş olduğu kararında da her ne kadar görev sebebiyle işlenen suçların “sadece memurlar tarafından işlenebilen failin memur olmasının suç tipinde kurucu unsur olarak öngörüldüğü suçları” ifade edilse de uygulamada özellikle doktor yahut kolluk görevlileri hakkında özgü suç olarak düzenlenmemiş olan taksirle yaralama yahut öldürme suçları bakımından 4483 Sayılı Kanun sisteminin işletildiği görülmektedir¹⁴⁵.

SONUÇ

4483 sayılı Kanun ile öngörülen izin sistemi, kabul edilen varlık nedenleri bakımından kişi ve konu bakımından sınırlandırılrsa dahi, etkili soruşturma yükümlülüğünün öngörülen ölçütlerini karşılayamayan izin süreci ve idarenin suç iddiasını sürüncemede bırakmasının önüne geçemeyen usulen inceleme yetkisine sahip denetim mekanizması nedeniyle, ayrıcalıklı bir kamu görevlileri sistemi yaratmanın önüne geçemeyecektir. Hukuk devletinin temini olan ilkelerden biri olarak erkler ayrılığı gereği, izin sistemi bütünüyle kaldırılarak modern hukuk sistemlerinde olduğu gibi yargısal güvence sistemine geçilmesi gerekmektedir.

Kamu görevlileri tarafından işlenen suçların failleri ve olayın şartları, çoğu zaman ilgili kurum dışında kimse tarafından bilinmemektedir. İzin süreci, bu kapalılığı şeffaf bir soruşturma ile aydınlatmaktan uzak kalmaktadır. İzin veremeye yetkili mercilerin tarafsızlık ilkesine uygun olmayışı, ön inceleme süresinin öngörülen sürelerle uymaması halinde bir yaptırımın tesis edilmesinin mümkün olmadığı, savcılığın ilgili prosedürde delil toplama yetkisinin yok denecek kadar azaltılması ve idarenin de sayılan sebeplerle etkili bir soruşturma yürüterek delilleri toplayamayacağından sebep ile yargılamanın bağımsız ve tarafsız mahkemelerce yürütülmesi hukuk devletinin mutlak bir gereğidir. Aksi halde, cezasızlık nedeniyle insan haklarına saygı duymayan ve hak ihlalleri gerçekleştirmesi mümkün olan bir “cezasızlık sistemi” kurulmaktadır.

¹⁴⁴ Durmuş Tezcan, vd, **İnsan Hakları El Kitabı**, Seçkin Yayıncılık, 2016, s. 544-545

¹⁴⁵ Burcu Dönmez, “Ceza Muhakemesi Uygulamasında Görev Suçu”, **D.E.Ü. Hukuk Fakültesi Dergisi**, Prof. Dr. Şeref ERTAŞ'a Armağan, Cilt: 19, Özel Sayı-2017, s. 2740-2742.

KAYNAKÇA

Akyıldız, Ali, “Memur Yargılamasında Hukuki Süreç”, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Haziran-Aralık 2001, Cilt:5, Sayı:1-2, s.144-209 http://webftp.gazi.edu.tr/hukuk/dergi/5_7.pdf

Selman Sacit Boz, “4483 Sayılı Memurlar ve Diğer Kamu Görevlilerinin Yargılanması Hakkında Kanunda Düzenlenen İzin Usulüne İlişkin Öneriler”, Konya Barosu Dergisi, S. 1, 2018, s. 125 - 133

Çağlayan, Ramazan, “Memurlar ve Diğer Kamu Görevlilerinin Yargılanmasına İlişkin 4483 Sayılı Kanunun Hakkında Bir Değerlendirme”, Atatürk Üniversitesi Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi, 2003, Cilt: 7, Sayı:1-2, s.105-128, http://eski.erkincan.edu.tr/birim/HukukDergi/makale/2003_VII_6.pdf

Doğru, Osman, Nalbant, Atilla, İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi Açıklama ve Önemli Kararlar, 1. Cilt, Şen Matbaa, Ankara, 2013

Doğru, Osman, Nalbant, Atilla, İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi Açıklama ve Önemli Kararlar, 2. Cilt, Pozitif Matbaa, Ankara, 2012

Dönmez, Burcu, “Ceza Muhakemesi Uygulamasında Görev Suçu”, D.E.Ü. Hukuk Fakültesi Dergisi, Prof. Dr. Şeref ERTAŞ’a Armağan, C. 19, Özel Sayı-2017, s.2727-2748

Erkut, Celal, Hukuka Uygunluk Bloku, İnsan Hakları Yayınları, Haziran 1996

Erkut, Celal, İptal Davasının Konusunu Oluşturma Bakımından İdari İşlemin Kimliği, Danıştay Yayınları, Ankara, 2015

Gözler, Kemal, “Türk Anayasa Yargısında Anayasallık Bloğu Kavramına İhtiyaç Var mıdır?”, Ankara Üniversitesi SBF Dergisi, 55-3, s. 81- 101, http://www.politics.ankara.edu.tr/dergi/pdf/55/3/5_kemal_gozler.pdf

Giritli, İsmet, Bilgen, Petev, Akgüner, Tayfun, Berk, Kahraman, İdare Hukuku, DR Yayınları, İstanbul, 2011

Günday, Metin, İdare Hukuku, İmaj Yayıncılık, Kasım Ankara, 2017

İnceoğlu, Sibel, Boyar, Oya, Karan, Ulaş, Akbulut, Olgun, Arslan Öncü, Gülay, Beran Tokuzlu, Lami, Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru Kapsamında Bir İnceleme, Beta Basım Yayın, Nisan 2013, İstanbul

Kaplan, Gürsel, İdari Yargılama Hukuku, Ekin Basım Yayın Dağıtım, 2019, Bursa

Kunter Nurullah, Yenisey Feridun, Ceza Muhakemesi Hukuku, Beta Yayınevi, 2000, İstanbul

Kurt, Gülşah, Cezasızlık Sorunu: Soruşturma Süreci, Hakikat Adalet Hafıza Merkezi, 2014, İstanbul, <http://www.dusun-think.net/dosya/czyayin/cezasizlikSORUNU.pdf>

Onar, Sıddık Sami, İdare Hukukunun Umumi Esasları, Akgün Matbaası, 1966, İstanbul

Özbey, Özcan, “İdari Yargı Kararlarının Uygulanmamasından Doğan Hukuki ve Cezai Sorumluluk”, Ankara Barosu Dergisi , Yıl:67, Sayı: 4 , Güz 2009, s.45-63

Öztürk, Bahri, Tezcan, Durmuş, Erdem, Ruhan, Sırma Gezer, Özge, Saygılar Kırıt, Yasemin, Özatdın, Özdem, Alan Akcan, Esra, Erden Tütüncü, Efser, Nazari ve Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku, Seçkin Yayınları, 2016, İstanbul

- Sancar, Mithat, “Devlet Aklı” Kıskaçında Hukuk Devleti, İletişim Yayınları, 2008, İstanbul
- Selçuk, Sami, Kamu Görevlilerinin Yargılanması, Yetkin Yayıncılık, Haziran 2017, Ankara
- Şekercioğlu, Metin, Ceza Hukukumuzda Memur Kavramı, Cezaevi Matbaası, 1974, İstanbul
- Şenol, Cem, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarında Etkin Soruşturma Yükümlülüğü, 12 Levha Yayıncılık, 2013, İstanbul
- Şirin, Tolga, ““Hukukun Üstünlüğü” (Rule of Law) ve “Hukuk Devleti” (Rechtsstaat) Aralarında Fark Var mı?”, Prof.Dr.Tunçer Karamustafaoğlu’na Armağan, Adalet Yayınevi, 2010
- Tanör, Bülent, Yüzbaşıoğlu, Necmi, 1982 Anayasasına Göre Türk Anayasa Hukuku, Beta Yayınları, 2016, İstanbul
- Tezcan, Durmuş, Erdem, Mustafa Ruhan, Sancakdar, Oğuz, Önok, Rıfat Murat, İnsan Hakları El Kitabı, Seçkin Yayıncılık, 2016, İstanbul
- Yıldırım, Turan, “Yargı Kararlarının Uygulanmaması Sorunu”, Danıştay 2001 İdari Yargı Sempozyumu
- Ünver, Yener, Hakeri, Hakan, Ceza Muhakemesi Hukuku, Adalet Yayınevi 2018, İstanbul
- Yayla, Yıldızhan, “Memurların Yargılanması”, İdare Hukuku ve İlimleri Dergisi, 1985, sayı: 1-13,s.265-272
- Zafer, Hamide, Centel Nur, Ceza Muhakemesi Hukuku, Beta Basım Yayın, 2018, İstanbul.