



TÜRK SANAYİCİLERİ VE İŞADAMLARI DERNEĞİ

MEMUR  
YARGILAMASI  
HAKKINDA



TÜRK SANAYİCİLERİ VE İŞADAMLARI DERNEĞİ

# MEMUR YARGILAMASI HAKKINDA

**Ocak 1997**  
**(Yayın No. TÜSİAD-T/97 - 209)**

Mesrutiyet Caddesi, No 74 80050 Tepebaşı/İstanbul  
Telefon: 249 54 48 - 249 07 23 • Telefax: 249 13 50

*Bu yayının tamamı veya bir bölümü  
TÜSİAD “Memur Yargılaması Hakkında”  
referansı yazılmak kaydıyla yayımlanabilir.*

ISBN : 975-7249-32-7

Ajans Medya Reklamcılık A Ş

# ÖNSÖZ

*TÜSİAD, özel sektörü temsil eden sanayici ve işadamları tarafından 1971 yılında, Anayasamızın ve Dernekler Kanunu'nun ilgili hükümlerine uygun olarak kurulmuş, kamu yararına çalışan bir dernek olup gönüllü bir sivil toplum örgütüdür.*

*TÜSİAD, demokrasi ve insan hakları evrensel ilkelerine bağlı, girişim, inanç ve düşünce özgürlüklerine saygılı, yalnızca asli görevlerine odaklanmış etkin bir devletin varolduğu Türkiye'de, Atatürk'ün çağdaş uygarlık hedefine ve ilkelerine sadık toplumsal yapının gelişmesine ve demokratik sivil toplum ve laik hukuk devleti anlayışının yerleşmesine yardımcı olur. TÜSİAD, piyasa ekonomisinin hukuksal ve kurumsal altyapısının yerleşmesine ve iş dünyasının evrensel iş ahlakı ilkelerine uygun bir biçimde faaliyette bulunmasına çalışır. TÜSİAD, uluslararası entegrasyon hedefi doğrultusunda Türk sanayi ve hizmet kesiminin rekabet gücünün artırılarak, uluslararası ekonomik sistemde belirgin ve kalıcı bir yer edinmesi gerektiğine inanır ve bu yönde çalışır. TÜSİAD, Türkiye'de liberal ekonomi kurallarının yerleşmesinin yanı sıra, ülkenin insan ve doğal kaynaklarının teknolojik yeniliklerle desteklenerek en etkin biçimde kullanımını; verimlilik ve kalite yükselişini sürekli kılacak ortamın yaratılması yoluyla rekabet gücünün artırılmasını hedef alan politikaları destekler.*

*TÜSİAD amaç ve faaliyetlerini, ülke gündeminde bulunan ekonomik ve sosyal konulardaki görüşlerini, bilimsel çalışmalar ile destekleyerek kamuoyuna duyurur.*

*TÜSİAD Parlamento İşleri Komisyonu tarafından hazırlatılan "Memur Yargılaması Hakkında" başlıklı bu çalışma, Yargıtay Dördüncü Ceza Dairesi Başkanı **Doç. Dr. Sami Selçuk** tarafından yazılmıştır. Çalışmanın koordinasyonu Komisyon başkanı Can Paker tarafından yapılmıştır.*

OCAK 1997





# ÖZGEÇMİŞ

## **Doç. Dr. Sami Selçuk**

1937 yılında Anamur'da doğdu. 1959 yılında Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nden mezun oldu. 1962-1972 yıllarında çeşitli ilçelerde Cumhuriyet savcı yardımcısı ve Cumhuriyet savcısı, 1972-1982 yıllarında Yargıtay Cumhuriyet savcısı görevlerinde bulundu. 1982 yılında Yargıtay üyeliğine, 1990 yılında Yargıtay 4. Ceza Dairesi Başkanlığına seçildi. Bu görevini sürdüren ve 1967-1968, 1974-1975 yıllarında yurt dışında araştırmalar ve master yapan Sami Selçuk, 1982 yılında hukuk doktoru, 1986 yılında doçent oldu.

Sami Selçuk'un, "Dolandırıcılık" (İstanbul, 1982), "Cinayet Mahkemesi Anıları" (André Gide'den çeviri, Ankara, 1983), "Dolandırıcılık Cürmünün Kimi Suçlardan Ayırımı" (Ankara, 1986), "Temsilî ve Katılımcı Demokrasinin Kökeni" (İstanbul, 1987), "Toplumsal Savunma İlkeleri" (Filippe Gramatica'dan (İtalyanca) çeviri, Ankara, 1988), "Çürütmeler" (İstanbul, 1990), "Önce Dil" (Ankara, 1993), "Çek Suçları" (Ankara, 1993), "Laiklik" (İstanbul, 1994), "Kızlık Bozma Suçu" (Ankara, 1996) adlı yapıtları ile Varlık, Türk Dili, Adam Sanat, Karşı, Yasa Hukuk Dergisi, Yargıtay Dergisi, Adalet Dergisi, Revue de science criminelle et de droit comparé, Revue Pénitentiaire et de Droit Pénal, Revue de Droit Pénal et de Criminologie (Bruxelles), Revue des deux Mondes, Archivio Penale (Milano), Cuadernos de Política Criminal (Madrid) dergileri ile Milliyet, Cumhuriyet, Akşam, Yeni Yüzyıl gazetelerinde Türkçe ve yabancı dilde hukuk, dil ve Atatürkçülük konularında makaleleri ve denemeleri bulunmaktadır.



# İÇİNDEKİLER

<b>GİRİŞ</b>	<b>11</b>
<b>KİMİ İLKELER VE KAVRAMLAR</b>	<b>13</b>
1. Erkler ayrılığı ilkesi (1-2)	13
2. Kamu hizmeti ve dayandığı ilkeler (3-4)	15
3. Kamu hizmeti kurallarının kamu personeline uygulanması (5)	17
4. Yargısal güvence sistemi (6)	17
5. Yönetimsel güvence sistemi (7-10)	18
A- Yargılamanın bütünüyle yönetimsel yapılması sistemi (8)	20
B- Soruşturma sistemi (9)	20
C- İzin sistemi (10)	20
<b>1. DÜNYA HUKUKUNDAN KİMİ ÖRNEKLER</b>	<b>23</b>
1. Eski Roma'da (12)	25
2. İtalya'daki gelişme (13-18)	27
3. Fransa'daki gelişme (19-28)	33
4. İsviçre'deki gelişme (29-32)	43
5. Common law-equity sistemindeki gelişme (33-38)	48
6. Belçika'daki gelişme (39-41)	56
7. Kimi başka ülkelerde durum (42-45)	58
<b>2. OSMANLI DEVLETİNDE MEMUR YARGILAMASI</b>	<b>63</b>
1. Tanzimat öncesi (46-51)	65
2. Tanzimat dönemi (52-66)	68
A- 1855 (1271) tarihli Men-i İrtikâp Kanunu (53)	68
B- 1859 (1275) tarihli Vülat-ı İzam ve Mutasarrıfın-i Kiram ile Kaymakamların Vezaifini Mübeyyin Talimat (54-57)	69
C- 1872 (1288) tarihli Memurin Muhakemat Nizamnamesi (58-64)	72
D- 4 Şubat 1913 (1329) tarihli Memurların Yargılanmalarına İlişkin Yasa (MYY: Memurin Muhakemat Kanun-u Muvakkatı) (65-66)	78

<b>3. TÜRKİYE CUMHURİYETİNDE MEMUR YARGILAMASI</b>	<b>81</b>
1. Genel olarak (67-68)	83
2. MYY'nın uygulanma alanı (69-93)	85
A- Kişi açısından: Suçlanan kişi memur olmalıdır (70-88)	85
1) Memur kavramı anlayışında yaşanan evreler (72-74)	88
2) İdare hukukunda memur (75-77)	90
3) Ceza hukukunda memur (78-88)	92
a) Kamu görevi ve kamu hizmeti kavramları (80-88)	94
aa) Kamu görevi ile kamu hizmetini özdeş sayan görüş (81)	95
bb) Kamu görevi ile kamu hizmetini ayıran görüşler (82-88)	96
B- Konu açısından: Eylem görev bağlamında bir suç olmalıdır (89-93)	105
1) Eylem suç olmalıdır (89)	105
2) Suç görev bağlamında olmalıdır (90-93)	105
a) Suçun görevden kaynaklanması (91)	106
b) Suçun görevin yapılması sırasında işlenmesi (92)	106
c) İstisnai hükümler (93)	106
3. MYY'na göre soruşturma (94-122)	106
A- Hazırlık Soruşturması (önsoruşturma) (95-122)	107
1) Önyoklama evresi (95-100)	107
a) Soruşturma buyruğu vermeye yetkili makamlar (97-98)	109
b) Soruşturmacılar (99-100)	110
2) Soruşturmanın yürütülmesi evresi (101-108)	112
a) Öninceleme (101-102)	112
b) Kanıt toplama (103)	113
c) Suçlanan memurun (kuşkulunun) anlatımı (104)	114
d) Savunmandan (müdafi) yararlanma ve öbür haklar (105)	115
e) Bilirkişiye başvurma ve keşif (106)	116
f) Koruma önlemleri (107)	116
g) Görüşözetisi (fezleke) (108)	117
3) Sonuç çıkarma evresi (109-122)	118
a) Karar vermeye yetkili kurullar (109-113)	118
aa) İlçe yönetim kurulu (110)	118
bb) İl yönetim kurulu (111)	119
cc) Merkez memurlarıyla ilgili kurullar (112)	119
dd) Danıştay İkinci Dairesi (113)	119

b) Kurulda ilk inceleme (114)	119
c) Kararlar (115-120)	121
aa) karar vermeye yer olmadığına ilişkin karar (non lieu à statuer) ya da dava dosyasının geri gönderilmesi (117)	123
bb) Kamu davasının açılması kararı: lüzum-u muhakeme kararı (kamu davasını açan iddianame) (118)	123
cc) Kovuşturmama (kamu davasının açılmaması) kararı (119-120)	124
d) Yasa yollarıyla ilgili kararlar (121-122)	125
aa) Kabul edilmezlik kararı (121)	125
bb) Onama ve düzeltme (réformation) kararları (122)	126
B- Son soruşturma (123)	126
4. MYY'nın değerlendirilmesi (124-149)	128
A- Öğretide (124-131)	128
1) Genel olarak (124)	128
2) Tartışmalarda dayandırılan gerekçeler (125-131)	128
B) Yargıda (132-149)	136
1) Genel olarak (132-135)	136
a) Anayasa Mahkemesine göre MYY (132)	136
b) Yargıtaya göre MYY (133-135)	136
2) MYY'nın Anayasa Karşısında değerlendirilmesiyle ilgili kararlar (136-149)	142
a) 1961 Anayasası döneminde (137-144)	142
aa) İtirazın kabule değer olmadığı ve iptal kararları (137)	142
bb) İptal isteğinin özünden reddi kararları (138-144)	143
aaa) Uygulanacak yasa hükümleri konusu (138)	143
bbb) Gerekçenin irdelenmesi (139-144)	144
b) 1982 Anayasası döneminde (145-149)	150
aa) Uygulanacak yasa hükümleri konusu (146)	150
bb) Gerekçenin irdelenmesi (147-149)	151
<b>SONUÇ</b> (150-166)	153
<b>KAYNAKÇA</b>	169



# GİRİŞ





# GİRİŞ

## Kimi İlkeler ve Kavramlar

### I. Erklar ayrılığı ilkesi:

1. Devlet, bireylerin ve insan katmanlarının ne bir yığını, ne de bir toplamıdır; bunları aşan ve erkler kullanan bir varlıktır. Asıl olan da, bu erklerin, insanların ve toplumun yararına ve gereksinmelerine göre kullanılmasıdır.

Çağcıl devlet, her şeyden önce hukuka bağlı devlettir; onun dokunduğu her şey hukuka dönüşür. Böyle bir devlette, anayasal düzeyde, kanımca üç “y”ler diye adlandırılabilen, üç temel erk bulunmaktadır: Yasama, yürütme, yargı.

Bu erkler birbirlerinden ayrıdır. Erklar ayrılığı denilen bu ilkenin belirleyici sonuçları şunlardır:

- Aynı kişi ya da kamusal kurum/kuruluş bu erklerden yalnızca birini kullanabilir.

- Erklar birbirinden bağımsızdır; ayrı ayrı devlet etkinliği gösterirler: Yasama yasa yapar; yürütme karar verir, yasaları ve kararları yürütür; yargı yazılı hukuka göre hüküm kurar, hukukun ne olduğunu söyler.

- Bu erkler arasında üstlük-aşlık ilişkisi yoktur; işlevlerini bağımsız olarak yürütürler; birbirlerine buyruk vermezler<sup>1</sup>. Yasama, yürütmeyi; yargı, anayasa yargısını da gözönünde tutarsak, yasama ve yürütmenin işlemlerini hukuka uygunluk açısından denetler. Ancak, denetleme, buyruk verme ve üstünlük demek değildir.

Zaman zaman erkler ayrılığı ilkesinin sergilenen bu sonuçlarından ayrılmak gerekebilir. Sözgelimi, yönetim/yürütme, yargısal etkinliği yürütürken, yargının isteklerini yerine getirmekle yükümlüdür (Ceza Yargılama Yasası, md. 154). Ancak bu ayrılma, devlet etkinliğinin daha iyi yürütülmesi zorunluluğuna dayanmadıkça, haklı ve hukuka uygun olamaz. Bu beriki durumda ise, artık bir ayrılmadan değil, olsa olsa bir sapmadan söz edilebilir. O nedenle, çağcıl hukuk devleti, bu ilkeye ve sonuçlarına en az ayırklar getiren devlettir.

1- (1) MONTESQUIEU, *De l'esprit des lois*, Paris, 1949, s. 161-174, PERROT, Roger, *Institutions judiciaires*, Paris, 1995, n. 24-38, FAVRE, Antoine, *Droit constitutionnel suisse*, Fribourg, 1970, s. 165, BUTTGEBACH, André, *Manuel de droit administratif*, Bruxelles, 1966, n. 11-13, ROYO, Javier Perez, *Curso de derecho constitucional*, Madrid, 1995, s. 469-471, BARILE, Paolo, *Istituzioni di diritto pubblico*, Padova, 1972, s. 327-329, MORTATI, Costantino, *Istituzioni di diritto pubblico*, Padova, 1972, I, s. 390 vd., Di RUFFIA, P. Biscaretti, *Diritto costituzionale*, Napoli, 1968, n. 65-68, AUBERT, J.-François, *Traité de droit constitutionnel suisse*, Neuchâtel, 1967, II, n. 1221-1235, ERRERA, Paul, *Traité de droit public belge*, Paris, 1909, n. 72 vd., PRELOT, Marcel/BOULOUIS, Jean, *Institutions politiques et droit constitutionnel*, Paris, 1990, n. 54, ARDANT Philippe, *Institutions politiques et droit constitutionnel*, Paris, 1995, s. 39-47, KNAPP, Blaise, *Précis de droit administratif*, Bâle, 1991, n. 29-31, 34-35, FORSTHOFF, Ernest, (çev. Michel Fromont), *Traité de droit administratif allemand*, 1969, Paris, s. 173 Erklar ayrılığı ilkesinin çağdaş bir değerlendirmesi için bakınız TOURAIN, Alain, *Qu'est-ce que la démocratie?* Paris, 1994, s. 50 vd.

Çağcıl devlete ulaşmadan önce tüm erkler, kralın egemen kişiliğinde birleşiyordu. Çağcıl devlette, egemenlik, deyim yerindeyse, halkın/ulusun mülkiyetine geçmiş<sup>2</sup>; Anayasamızda da belirtildiği gibi, yukarıdaki organlar, yani yasama, yürütme ve yargı, bu egemenliği halk/ulus adına kullanmaya başlamışlardır (md. 6,9).

2. Egemenlik halk/ulus adına kullanılırken, elbette toplumun/kamunun yararı gözetilecektir. Devlet, özellikle yürütme erkini Anayasa ve yasalar çerçevesinde kullanacak; kamu düzenini ve esenliğini sağlarken, kapsayıcı ve kavrayıcı bir deyişle “kamu hizmeti”ni yaparken, bir “kamu gücü”ne gereksinme duyacaktır. Bu güç, toplumun üstün yararları gözetilerek kullanıldığı için, kimi ayrıcalıkları içeren bir güçtür. Başkan Odent, bu üstünlüğü belirtmek için, kamu hizmetinin/gücünün “kralcı ayrıcalığı”ndan söz etmiştir<sup>1</sup>. Gerçekten, başına “kamu” sözcüğü de gelse, “güç” kavramı devletin üstünlüğü anlayışının derin izlerini taşıyan bir terimdir. Gerçi bu kavram, halkın/ulusun bağrından çıkmıştır<sup>2</sup> ve egemenlik (imperium) ilkesinin bir tür doğrulayıcısıdır<sup>3</sup>. Ama yine de Jakoben devlet anlayışını iyiden iyiye yansıtmaktadır. Esasen Fransa gibi Jakoben geleneğe sahip ülkelerde, kamu gücü kavramı dahi, merkeziyetçi ve mutlakçı yönetimi çağrıştırmaktadır. Uyumluluk, disiplin, doğruluk, merkezilik hiyerarşisi içinde gelişen bir sistemin kendine özgü (sui generis) bir hukuk yaratması kaçınılmazdı. Nitekim öyle olmuştur. “Toplumsal işlev” kavramı bu sistemin özüne yerleşmiştir. Aynı katılıkta olmasa bile bu anlayış, İngiltere’ye de bir ölçüde yansımıştır. Orada da Macaulay’ın etkisiyle “civil service” kavramı belirleyici olmuş, Almanya’da da “ömür boyu memurluk” anlayışıyla egemenliğin sürekliliği vurgulanmıştır<sup>4</sup>.

Buna karşılık A.B. Devletlerinde kamu hizmeti; geleneği ve üstünlüğü olman bir meslek biçiminde algılanmış, politikleşmiş, kim kazanırsa onun eline geçmiş, yurttaşlar onun zayıf kalmasını istediklerinden katı sistemlere ulaşılmıştır<sup>5</sup>.

(2) LECLERQ, Claude/CHAMINADE, André, *Droit administratif, Litec, Paris, 1992, s 35*

2- (1) LECLERQ , s 37 Devletın “ıktıdar”dan yoksunluğu düşünilemez (ZABUNOĞLU, Y Kâzım, *Kamu Hukukuna Giriş, Devlet, Ankara, 1973, s 113*)

(2) PLANTEY, Alain, *Traité pratique de la fonction publique, L G D J, Paris, 1971, I n 6*; FLAMME, M -André, *Droit administratif, Bruxelles, 1989, I, n 5*, ALESSI, Renato, *Principi di diritto amministrativo, Milano, 1971, I, n 122*, DUPUIS, Georges/GUEDON, M -José, *Droit administratif, Paris, 1993, s.71*, De LAUBADERE, André/VENEZIA, J Claude/GAUDEMET, Yves, *Traité de droit administratif, Paris, 1990, I, n 32*

(3) MAST, André (éd adaptée et complétée par A Alin et J Dujardin), *Précis de droit administratif, Bruxelles, 1989, n 57, 58*, VELU, Jacques, *Droit public, Bruxelles, 1986, I, n 39-47*, MORTATI, I, s 100, RIVERO, Jean, *Droit administratif, Dalloz, Paris, 1960, n 260*

(4) AUBY, Jean-Marie/AUBY, Jean-Bernard, *Droit de la fonction publique, Dalloz, Paris, 1993, s 17 vd*, PLANTEY, n 7-11, de TOCQUEVILLE, Alexis, *L’ancien régime et la révolution, Gallimard, Paris, 1987, s 98*

(5) PLANTEY, n 12-14

## 2. Kamu hizmeti ve dayandığı ilkeler:

3. Kamu hizmeti kavramı, köken açısından yeni sayılır. Ancak, kavramın tam bir tanımının yapıldığı söylenemez<sup>1</sup>.

Kamu hizmeti, Fransa gibi rejimi merkezileşmiş ve otoriter olan ülkelerde bir hizmet, A.B. Devletleri gibi rejimi daha özgürlükçü ve merkezileşmemiş ülkelerde bir meslek olarak algılanmıştır<sup>2</sup>. Bunun elbette doğal sonuçları olacaktı. Nitekim, aşağıda görüleceği üzere, olmuştur da.

Yapısal / örgütsel (organik) anlamda, kamu hizmeti yönetimle ilgili bütün personeli gösterir. Hatta kimileyin bu personelin yalnızca bir bölümünü kapsar. Madde anlamda ise kamu hizmeti, yönetimde kamu personelinin mesleksel ve sürekli olarak yaptığı yönetsel etkinliktir.

Biçimsel olarak kamu hizmeti, yönetsel personele uygulanacak hukuksal rejimi çağrıştırmaktadır.

Yüzyılımızda kamu hizmeti anlayışı değişmiş ve kamu personelinin kapsamı da çok genişlemiştir.

Bunun elbette çeşitli nedenleri vardır. Tekniğin ilerlemesi ve dengesizlik gibi devletin müdahalesini gerektiren ekonomik; yönetsel gereksinimlerin artması, iş, sağlık gibi kamusal; tehlikelere karşı devlet güvencesi gibi toplumsal; parlamentoların gereksiz direnişlerini sergileyen siyasal; hatta son çözümlemede “personel sayısının artması ve personele verilen işin çoğalmasından, azalmasından ve ortadan kalkmasından bağımsız olarak kendi yasasına tabidir” biçiminde açıklanan “Parkinsons Yasası” gereğince psikolojik nedenleri vardır<sup>3</sup>.

4. Devlet/kamu yönetimi, kamu hizmetlerini yerine getirirken kimi ilkelere uymak zorundadır. Buradaki “kamu yönetimi” teriminden amaç, toplumun kamusal yararını kapsayan tüm etkinliklerdir<sup>4</sup>.

Kamu hizmetinin üstünlüğü ilkesine göre, genel yarar özel yarardan önce gelir. Kamu hizmetinin kesintisizliği ilkesi gereğince, kişiler gelip geçicidir, ancak hizmet süreklidir. Kamu hizmetinin yansızlığı, nesnelliği ve eşitliği ilkesi uyarınca

3- (1) PLANTEY, n 6, GREGOIRE, Roger, *La fonction publique*, Paris, 1954, s 54, FLAMME, I, n 18, MAST, n 59-61, DEMBOUR, Jacques, *Droit administratif*, Liège, 1972, n 43, ALESSI, I, n 246

(2) PLANTEY, n 7-15

(3) AUBY, s 3-7, PARADA, Ramon, *Derecho administrativo*, Madrid, 1994, I, s 384 vd

4- (1) RAMPIONI, Roberto, *Bene giuridico e delitti dei pubblici ufficiali contro la P.A.*, Milano, 1984, s 79-122, MANZINI, *Trattato di diritto penale italiano*, Torino, 1982, V, n 1259, dipnot, 3, SANTORO, Arturo, *Manuale di diritto penale*, Torino, 1962, II, n 956, 957, ANTOLISEI, Francesco, (L Conti), *Manuale di diritto penale, p speciale*, Milano, 1995, II, n 173, MERLE, Roger / VITU, André, *Traité de droit criminel, Droit pénal spécial*, par VITU, Paris, 1982, I, n, 242, SPINELLI, *I delitti contro la pubblica amministrazione*, Milano, 1964, s 544, RUSSO, Vincenzo, *I reati contro la pubblica amministrazione*, Napoli, 1991, s 1, PAGLIARO, Antonio, *Delitti dei pubblici ufficiali contro la pubblica amministrazione*, Milano, 1992, s 3, BALESTRO, Carlos Fontán, *Tratado de derecho penal, (p especial)*, Buenos Aires, 1980, VII, s 149-152, BALESTRO, Carlos Fontán, *Derecho penal, p especial*, Buenos Aires, 1992, s 803, 804, DE JESUS, Damasio E, *Direito penal*, São Paulo, 1988, IV, s 99, DA COSTA JR, Paulo José, *Curso de direito penal*, 1992, II, s 177

hizmet, yasalar önünde eşit bireylere eşitlik, adalet, yansızlık ve nesnellik kurallarına göre sunulur. Kamu hizmeti karşılıksız (meccanidir) ve yeni gereksinmelere uyarlana bilir olmak zorundadır<sup>2</sup>.

Devlet/kamu yönetimi, bu ilkelere göre kamu hizmetlerini yerine getirirken, araç/gereç ögesinin yanı sıra insan ögesini de kullanacaktır. İşte kamu hizmetinde çalışan insan ögesine, kamu personeli, kamu görevlisi, kısaca geniş anlamda memur adı verilmektedir.

Memur, kamu hizmetlerini insanların yararına yerine getirirken kimileyin yukarıdaki ve ayrıca bunlardan doğan alt ilkelerden sapabilir ya da sapmaya zorlanabilir. Sözgelimi, bir memur rüşvet aldığı anda nesnellik, yansızlık ve herkese eşit davranma; işini bıraktığında ya da savaşıldığında kesintisizlik; görevde yetkisini kötüye kullandığında ya da keyfi davrandığında yasalara bağlılık; zimmetine para geçirdiğinde yasalara bağlılık ve dürüstlük ilkelerini çiğnemiş olacaktır. Üçüncü kişilerin görevlerini yaparken memurun onurunu çiğnemeleri, onu baskı altına almaları ise kamu yönetiminin üstünlüğü ve saygınlığı ilkelerini sarsacaktır<sup>3</sup>. Çağcıl devlet, kamu yönetiminin hukuk kuralları içinde, eşit, yansız ve satın alınamaz biçimde yürütülmesini sağlamak zorundadır<sup>4</sup>. Bunun tümü, kamu yönetiminin saygınlığı ve onuru odağında yoğunlaşır. Çağcıl bir devlet, kamu yönetiminin saygınlığının örselenmesine ve tehlikeye düşürülmesine kayıtsız kalamaz<sup>5</sup>. Bu yüzden tüm ülkelerin ceza yasalarında, kamu yönetimine karşı görevlilerin ve sıradan kişilerin işledikleri suçlar, yaptırım altına alınmışlardır. Bu suçlarla korunan üst değer, ne memurdur, ne de üçüncü kişilerdir; memurun kişiliğinde devlet yönetiminin saygınlığı, otoritesidir, yukarıdaki ilkelerdir. Bu amaç, uygulamada belirleyici ve yol gösterici bir işleve sahiptir. Göz ardı edilirse, uygulama yasal yörüngesinden ister istemez sapar.

Görülüyor ki, burada korunan değerler, bireysel değil, devletseldir; kamu yönetiminin dayandığı temel ilke ve varlıklardır. Bir başka deyişle, öznel anlamda değil, nesnel/maddi anlamda kamu yönetimidir<sup>6</sup>. Çünkü kamu hizmetinin amacı toplumsal yararı sağlamaktır. Bu öylesine önemli bir etkinliktir ki, durması bile

(2) GÜNDAĞ, Metin, *İdare Hukuku Dersleri*, Ankara, 1996, s. 312-315. ONAR, Sıddık Sami, *İdare Hukukunun Umumi Esasları*, İstanbul, 1966, 3. baskı, I, s. 13-27. YÜKSEL, Ayten, *İdare hukukunun tatbik sahası*, A Ü H F D., 1959, s. 80, MAST, N 63-68. BUTTGENBACH, n. 78-84 bis. VELU, n. 73-79.

(3) ERMAN, Sabir, *Kamu İdaresine Karşı Suçlar*, İstanbul, 1992, s. 2, SANTORO, II, n. 960, ANTOLISEI, II, n. 173, RAMPIONI, s. 267 vd., QUERALT JIMÉNEZ, Joan Josep, *Derecho penal español*, Barcelona, 1992, s. 441, 442.

(4) ÖNDER, Ayhan, *Türk Ceza Hukuku, Özel Hükümler*, İstanbul, 1994, s. 88. BOIX REIG, J. (ortak yapıt) *Derecho penal, p especial*, Valencia, 1993, s. 407-410. BARJA de QUIROGA, J. López, *Manual de derecho penal, p especial*, Madrid, 1992, III, s. 170-173, PRADEL, Jean/DANTI-JUAN, Michel, *Droit pénal spécial*, Paris, 1995, n. 1074.

(5) VITU, n. 243, von LISZT, Franz (trad. René Lobstein), *Traité de droit pénal allemand*, Paris, 1913, II, s. 427.

(6) RAMPIONI, s. 123 vd., ROCCO, Arturo, *L'oggetto del reato e della tutela giuridica penale*, Roma, 1932, s. 600, 601, SPINELLI, s. 545-547, 549, SANTORO, II, n. 958.

toplum yararını tehlikeye sokar<sup>7</sup>. Gerçekten, hizmetin kusurlu yürütüldüğü izlenimi, devletin varlık nedenini tartışılır duruma getirir.

Kamu yönetimi açısından durum budur.

### **3. Kamu hizmeti kurallarının kamu personeline çığnenmesi:**

5. Ne var ki, kamu hizmetleri her zaman yukarıdaki ilkelere ve gereklere göre yürütülmez. Bundan da kimi zaman üçüncü kişiler zarar görür. Esasen kamu yönetimi, yetkilerini paylaşmada kıskanç, onları kullanmakta otoriter eğilimlidir. Memur bilinçli ya da bilinçsiz olarak işini yaparken üçüncü kişiler zarar gördüğü takdirde , bundan hukuki, inzibati, cezai sorumluluklar doğacaktır. Üçüncü kişinin uğradığı zarar, kamu yükümlülüklerinde eşitlik ilkesi gereğince giderilecek; ancak memurun eylemi ayrıca ceza yasalarına göre bir suç ise hakkında kovuşturma yapılacaktır<sup>1</sup>.

Kamu hizmetinde çalışan personelin mesleki niteliği, çalışma (istihdam) koşulları ve özellikle bağlı kılındığı hukuksal rejim, Jakoben devlet anlayışının egemen olduğu Kara Avrupası ve oradan esinlenen Türkiye’de, özel kesimde çalışanlardan her zaman başka olmuştur. Bu rejim özel yasalarla düzenlenmiştir. Uyuşmazlıklar genelde idari yargıda çözülmüştür. Çünkü kamu personeli olmak sıradan bir meslek biçiminde değil, toplumsal işlev biçiminde algılanmıştır. Buna karşılık, Anglo-Sakson ülkelerinde, kamu personeli rejimi de, genellikle herkesin bağlı olduğu iş ve çalışma hukukuna göre biçimlenmiştir. Kuşkusuz ülkemizi daha çok Kara Avrupa’sındaki ve özellikle Fransa’daki düzenlemeler ilgilendirmektedir. Bizdeki gibi orada da genel olarak, kamu personeli, devletin yönetme/buyurma/egemenliği kullanma gücünü yürüten ve bu nedenle kamu hukukuna; egemenlik gücü dışındaki işleri yürütmeyi (temşiyet) gerçekleştiren, bu yüzden de özel hukuka tabi personel diye ikiye ayrılmaktadır. Kuşkusuz, bu berikilerin görevle ve devletle bağlantıları, işe alınmaları da özel kesim personeline başka olmaktadır<sup>2</sup>.

### **4. Yargısal güvence sistemi:**

6. Erkler ayrılığı ilkesinden yola çıkarak, kamu gücü, kamu hizmeti, kamu hizmetine yön veren ilkeler ve korunan değerler, kamu hizmeti ilkelerini çığnemenin doğurduğu zararlar, kamu personeli anlayışı ve devletin genel ve kamu yönetimi-

(7) FORSTHOFF, s 654; DUGUIT, Leon, (s Derbil) *Kamu Hukuku Dersleri*, Ankara, 1954, s 76, BUTTGEBACH, n 80, 81

5- (1) YAYLA, Yıldızhan, *Memurların Yargılanması, İdare Hukuku ve İlimleri Dergisi*, 1985, sayı 1-13, s 265, ROUGEVIN-BAVILLE, Michel/de SAINT-MARC, Renaud Denoix/LABETOULLE, Daniel, *Leçons de droit administratif*, Hachette, Paris, 1989, s 329, KNAPP, n 36 Ayrıca bakınız: OZANSOY, Cüneyt, *Tarihsel ve Kuramsal Açısından İdarenin Kusurdan Doğan Sorumluluğu*, Ankara, 1989, (basılmamış doktora tezi)

(2) AUBY , s 28-31

ne ilişkin özel rejimi gözetildiğinde, memur sorumluluğu açısından iki büyük üst sistem karşımıza çıkmaktadır.

Birincisi, özgürlükçü demokrasinin beşiği İngiltere’de gelişen sistemdir. Bu sistemde, yargı, yönetimden daha güçlü olduğundan, kamu personelinin gereksiz yatkınlara konu olmayacağı inancı yerleşmiş; o nedenle yargısal güvenceyle yetinilmiştir. Buna karşılık Kara Avrupa’sında yönetim yargıdan daha güçlü olduğu ve görevlilerin ve dolayısıyla yönetimin üzücü suçlamalarla yıpratılacağından kaygı duyulduğu için, yargısal güvencenin yanı sıra, yönetsel güvenceye de gerek duyulmuştur<sup>1</sup>. İkinci sistem de budur ve bunun olumsuz uzantıları bugün de yer yer sürmektedir.

Örneklere geçmeden önce belirteyim ki, yargısal güvenceden amaç memurun yargılanmasını bağımsız yargı organına bırakmaktır. Ancak geniş anlamda yargısal güvence; bunun yanı sıra, memurun ve dolayısıyla yönetimin çeşitli biçimde korunmasını gerektirmektedir. Çağcıl devletlerin ceza yasalarında, kamu yönetiminin saygınlığını korumak ve düzenli işlemlerini sağlamak için, memurlara karşı işlenen ya da memurların işledikleri suçların cezası daha ağırdır. Devlet, memurunu yeterince koruyamazsa bunun sonuçlarına katlanmak zorundadır. Çağcıl hukuk devletinde yargıçlar, savcılar gibi kimi görevliler için çok sınırlı ve temel hukuksal ilkelere dayanılmak koşuluyla özel yargılama yöntemlerinin öngörülmesi olağan bir durumdur. Öte yandan memur da, haklarıyla ya da kendine karşı yapılan disiplin soruşturmalarıyla ilgili olarak yargı önünde hak arama özgürlüğüne sahiptir<sup>2</sup>.

## 5. Yönetsel güvence sistemi:

7. Yönetsel güvenceye gelince; bu geçmiş dönemdeki egemenlik anlayışının doğal sonucudur ve devletle görevlileri arasındaki ilişki sözleşme niteliğinde değildir. Eskiden özellikle malvarlığı, yükümlülüklerin/görevlerin dağıtımında başat öğeydi ve yerler (mekânlar, alanlar) sahiplerine aitti. Bugün, bu öğe, hükümetlerin (yönetimin) bütün temel görevlerinde kaybolmuştur; onun zorunlu etkinliklerinde yoktur. Bulunduğu takdirde de, yalnızca özel kişilerce yerine getirilebilecek görevlerle yükümlü olan memurlarla ilgilidir<sup>1</sup>. Geniş anlamda yönetsel güvence, hem kamu personelinin statüsüyle ve yükümlülükleriyle ilgili olarak kendine sağlanan, örneğin, kendisiyle ilgili kararlara katılma gibi haklarını ve hem de hakkında cezai

6- (1) HAURIOU, Maurice, *Précis de droit administratif et de droit public*, Paris, 1927, s 315

(2) AUBY , s 166-171, PLANTEY, n 2941, 2949 vd 3256 vd, PEISER, Gustave, *Droit administratif*, Dalloz, Paris, 1990, s 40, MAST, n 163

7- (1) DUGUIT, *L'Etat, les gouvernants, etc* , Paris, 1903, s 40 vd ; ERRERA, N 176

bir kovuşturma açılabilmesini belli yöntemlere bağlamayı anlatır<sup>2</sup>. Dar anlamda ise yalnızca cezai kovuşturmada, adli yargıdan önce belli bir yönteme bağlı olmaklık anlaşılır<sup>3</sup>.

Bunun temel nedenleri şöyle açıklanmıştır. Memurlar bireylerle olan ilişkileri nedeniyle kin ve düşmanlıklarla karşılaşabilirler. Hatta özel kişiler memurları, yalnızca tehdit ederek, zorlayarak değil, gereksiz yere hukuk ve özellikle ceza davası açarak sindirebilir, ürkek ve iş yapamaz duruma itebilirler. Böyle bir memur da herkesi memnun etmek için işi idare etme yoluna sapabilir. Zira, gereksiz yere yargı önüne çıkmak ve giderlere katlanmaktansa edilgin kalmak daha iyidir. Böyle bir tutum ise, kamu hizmetini aksatacak, bireylerin gözünde yönetimin güvenilirliğini ve saygınlığını sarsacaktır. Öte yandan kamu görevlilerinin sık sık, kimileyin de yanıyla ceza mahkemelerinin önüne çıkmaları devletin ve ulusun güvenliği açısından da sakıncalı olabilmektedir. Devletin gizli sırları tehlikeye düşebilmektedir. O nedenle davanın açılması, açılmamasından kimi zaman daha sakıncalı olabilmektedir. İşte bu deneyimleri yaşayan toplumlarda, yasa koyucular; memurların yerli yersiz yargı önüne çıkarılmasını önlemek ve onları görevlerinden ayırmamak eğiliminde olmuşlardır. Bu eğilim, ilk dönemlerde hükümdar tarafından duyumsanmış, kendini temsil eden memurunu hükümdar, denetim dışında tutmuş, dava açılmasına gerek duyduğunda ise bu izni kendi vermiştir. Kimi çağcıl devletlerde de, aynı kaygılarla bu yollara gidilmiş ve yönetsel güvenceyi sağlayan sistemler öngörülmüştür. Özellikle kimi ülkelerde, geniş anlamda “siyasal yerindelik/uygunluk” açısından, ceza mahkemesinde olası bir hükümlülükten önce bir yasama, yürütme (yönetim) ya da yargı makamının önsoruşturma yapmasına yahut da bunlardan izin alınmasına gerek duyulmuştur. Kuşkusuz “siyasal yerindelik” takdire dayandığından ve takdirin de takdiri olamayacağından, bu değerlendirmeyi denetlemek mantığa aykırıdır ve bu denetlenememezlik olgusu konuyu daha da duyarlı kılmaktadır. Bu önsoruşturma ya da izin işlemleri ise, elbette suçun türüne, failin ya da zarar görenin (mağdurun) konum ve/ya da niteliğine göre değişmektedir<sup>4</sup>.

Görüldüğü üzere, yönetsel güvence üst sistemi, kamu yönetiminin kendisini korumak, saygınlığının örselenmesini önlemek kaygılarından doğmuştur ve son çözümlemede kamu davasının koşulu olmaktadır.

(2) AUBY , s 169

(3) CASETTA, Elio, *Garanzia amministrativa*, *Enciclopedia del diritto*, Milano, 1969, XVIII, s 484, STEFANI, Gaston/LEVASSEUR, Georges/BOULOC, Bernard, *Procédure pénale*, 1993 , n 484, RIVERO, n 264, KNAPP, n 3138, THIRY, Fernand, *Cours de droit criminel*, Liège, 1909, n 418; di RUFFIA, n 186, LEONE, Giovanni, *Trattato di diritto processuale penale*, Napoli, 1961, I, s 168 vd

(4) ONAR, s 1246, 1247, KNAPP, n 3138, BONNARD, Roger, *Précis de droit administratif*, Sirey, Paris, 1935, s 172, ZANOBINI, Guido, (A Akgüç-S Erman), *İdare Hukuku*, İstanbul, 1945, I, s 309, MANZINI, Vincenzo, *Trattato di diritto processuale penale italiano*, Torino, 1972, IV, n 386-388, CASETTA, s 484, 485



Yönetmelik güvence üst sisteminin alt sistemlerini üçe ayırmak olanaklıdır<sup>5</sup>.

A- Yargılamanın bütünüyle yönetimce yapılması sistemi:

8. Bu sistemde memurun yargılanmasını her aşamada yönetim yapar. Eski bir sistem olup, örneğin, Tanzimat dönemindeki 1872 tarihli “Nizamname” bu sistemi benimsemiştir. Günümüzde bu sisteme çağcıl devletlerde rastlanmamaktadır.

B- Soruşturma Sistemi:

9. Bu sisteme göre, görevli hakkında yönetsel merci ilkin bir soruşturma yapar. Soruşturmanın açılıp açılmamasına bu soruşturma sonucuna göre karar verilir. Memurun Muhakematı Kanunu, Yargıtay Yasası (md. 46) bu sistemi benimsemişlerdir.

C- İzin sistemi:

10. Bu sistemde suçun kovuşturulması yetkili bir merciin iznine bağlanmıştır. Hakimler Yasasının (md. 82), yürürlükten kaldırılan 1609 sayılı Yasanın, T.Ceza Yasasının 160/2, 173. maddelerinin benimsedikleri sistem buna örnektir.

İzin (autorisation), siyasal ya da yönetsel nitelikte yetkili bir kamu merciinin ceza davasının yerindeliliğini onaylayan bir irade bildirimi olarak tanımlanabilir<sup>1</sup>. Eğer izin, suçun niteliği gözetilerek öngörülmüşse “nesnel (objektif)”<sup>2</sup> ve “rastlantısal (yapay, öze uymayan)”<sup>3</sup>; kişi gözetilerek öngörülmüşse “öznel (subjektif)”<sup>4</sup> ve “gerçek”<sup>5</sup> “izin” diye adlandırılmaktadır. Eğer öznel ve gerçek izin, mağdur gözetilerek verilmişse “etkin (aktif)”, fail gözetilerek verilmişse “edilgin (pasif)” olarak algılanmaktadır<sup>6</sup>. Sözgelimi, T.C. Yasasında devlet güçlerine karşı suçlarla ilgili Ada-

(5) ÖZEK, Çetin, *Türk hukukunda memurların muhakemesi*, İ Ü H F M., 1960, sayı: 1-4, s 36; KEYMAN, Selahattin, *Memurin Muhakematı Kanunu*, A Ü H F D , 1962, sayı: 1-4, s 173, 174

10- (1) PISAPIA, Gian, *Compendio di procedura penale*, Padova, 1985, 165; FOSCHINI, Gaetano, *Sistema del diritto processuale penale*, Milano, 1968, II, s 65; RANIERI, Silvio, *Manuale di diritto processuale penale*, Padova, 1965, s 129 İzin, yalnızca memura karşı açılacak ceza davasında değil, onun mağdur olduğu davalarda ya da kimi suçlarda da söz konusu olur (TERRIZZANI, F, *Autorizzazione a procedere*, *Enciclopedia giuridica italiana*, VI, p V, s 711 vd ) Ancak burada konuyla ilgili olan yalnızca birincisidir

(2) PISAPIA, s 165

(3) FOSCHINI, s 66

(4) PISAPIA, s 165

(5) FOSCHINI, s 65

(6) RANIERI, s 130 KUNTER'in (Nurullah) adlandırması için bakınız: *Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku*, İstanbul, 1989, n 50. Ayrıca ve özellikle izin sisteminin hukukun biçim ya da özüne ilişkin olup olmadığı hakkında bakınız: CASETTA, Elia, *Autorizzazione a procedere*, *Enciclopedia del diritto*, Milano, 1959, s 518-521; RANIERI, s 130; MIDIRI, Mario, *Autorizzazione a procedere*, *Enciclopedia giuridica*, Roma, 1988, IV; TRANCHINA, Giovanni, *L'autorizzazione a procedere*, Milano, 1967, s 19 vd ; MASSA, C, *Natura giuridica dell'autorizzazione a procedere*, *Archivio penale*, 1950, IV, I 12; LOJACONO, G, *Le prerogative dei membri del parlamento*, Milano, 1954, s 180; MARTINES, T, *La natura giuridica dei parlamentari*, Pavia, 1952, s 22 v d ; DALIA, Antonio Andrea, (ortak yapıt), *Manuale di diritto processuale penale*, Milano, 1991, II, s 24; LOZZI, Gilberto, *Lezioni di procedura penale*, Torino, 1995, s 255; DALIA, Antonio Andrea/FERRAIOLI, Marzia, *Corso di diritto processuale penale*, Padova, 1992, s 365, 366; TRANCHINA, Giovanni, *Autorizzazione a procedere*, *Digesto delle discipline penalistiche*, 1987, I, s 377-391; DRAGANO, Stefano, (ortak yapıt), *Manuale pratico del nuovo processuale penale*, Padova, 1993, s 499-501; TRANCHINA, Giovanni, (ortak yapıt), *Diritto processuale penale*, Milano, 1995, II, s 59-64; SABATINI, Guglielmo, *Istituzioni di diritto processuale penale*, Napoli, 1933, s n 94; CIVOLLI, C, *Manuale di procedura penale italiana*, Torino, 1921, n 23;

let Bakanına tanınan izin (md. 160, 1731) nesnel ve rastlantısal; parlamenterler için verilen soruşturma izni, öznel ve edilgindir.

Duraksamaları gidermek için hemen belirtmek gerekir ki, bizim ceza yargılama sistemimize göre, kural olarak, kamu davasının açılmasında yasallık/zorunluluk/kendiliğindenlik (re'senlik) ilkeleri geçerlidir. Bir başka deyişle, suç olduğu ile ri sürülen bir eylemin işlendiğine ilişkin “yeterli kanıt” bulunduğu takdirde, kamu davasının açılması yasa gereğince zorunludur ve bu işlem kendiliğinden yapılacaktır (Ceza Yargılama Yasası (C.Y.Y.), md.148/1). Ancak yasa koyucu kimileyin bu ilkeleri yumuşatmak gereğini duymaktadır. “İzin sistemi” de bunlardan biridir. Buna göre, yasa koyucu, bir eylemin açık duruşma önüne getirilip getirilmemesine ilişkin değerlendirme yetkisini bir mercie vermektedir. Merci, bu değerlendirme yetkisini, eylemi işlediğinden kuşkuilanılan kimsenin kişiliğine göre değil, yalnızca “kamu yararı” ölçütüne göre kullanacaktır. Kamu davasının açılmasının yararı açılmasından daha çok ise, buna izin verecek; tersi durumda vermeyecektir. Kuşkusuz bu bir “ceza yargılama koşulu”dur. Burada dava açılması için nedenler vardır ve fakat koşul yoktur. İzin verilmediği takdirde dava açılmamakta ve sanık da cezalandırılmamaktadır <sup>7</sup>. 1982 Anayasasına 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.” (md. 129/son).

“İzin” sistemine hemen her ülkede ve fakat yalnızca yargıçlar gibi görevliler için çok sınırlı olarak rastlanılmaktadır.

PRADEL, Jean, *Procédure pénale*, Paris, 1995, n.376; PIQUEREZ, Gérard, *Précis de procédure pénale suisse*, Lausanne, 1994, n 649, 1674; FENECH, Miguel, *Derecho processal penal*, Barcelona, 1960, I, s 269; MERLE, Roger/VITU, André, *Traité de droit criminel*, Paris, 1979, II, n 285; CHAPUS, René, *Droit administratif général*, Paris, 1995, I, n 464; ORLANDI, Renzo, (ortak yapıt), *Commentato al nuovo codice di procedura penale*, Torino, 1990, IV, s 75 vd ; MASSARI, Edvardo, *Il processo penale*, Napoli, 1934, n.283; LEONE, I, s 173-183; VANNINI, Ottorino/COCCIARDI, Giuseppe, *Manuale di diritto processuale penale italiano*, Milano, 1986, s 39 vd ; SANTORO, Arturo, *Manuale di diritto processuale penale*, Torino, 1954, n 113; BELLAVISTA, Girolamo/TRANCHINA, Giovanni, *Lezioni di diritto processuale penale*, Milano, 1987, s 76-78; NAPPI, Anielle, *Guida al Codice di procedura penale*, Milano, 1995, s 175-177. Kuşkusuz parlamento üyeleriyle ilgili olan parlamento soruşturması, yani politik güvence bu incelemenin dışındadır (RANIERI, s 130)

(7) KUNTER, n 39, 42, 50, 103; STEFANI, Gaston/LEVASSEUR, Georges/BOULOC, Bernard, Franco *Procédure pénale*, Paris, 1993, n.480; MERLE, Roger/VITU, André, II, n.285; PISAPIA, s 151 vd , 165-168; CORDERO, Franco, *Procedura penale*, Milano, 1985, s 41, 42, 50, 51; FOSCHINI, s.65-67; CRISTIANI, Antonio, *Manuale del nuovo processo penale*, Torino, 1991, s.285, 286, 290, 291; ÖZTÜRK, Bahri, *Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku*, Ankara, 1994, s 26-31, 33, 34; LEONE, I, s 156 vd.



# B Ö L Ü M

DÜNYA HUKUKUNDAN  
KİMİ ÖRNEKLER



## DÜNYA HUKUKUNDAN KİMİ ÖRNEKLER

11. Kuşkusuz aşağıdaki örneklerde görüleceği üzere, hukuk devleti öncesi eski rejimlerde memur, hükümdarı temsil etmekte, devlet/topluluk ve kendi vicdanına göre değil, onun adına iş görmektedir. Bütün erkleri kişiliğinde birleştiren hükümdar ise dokunulmaz biriydi. Davranışları denetlenemezdi, onlardan sorumlu değildi. Sözelimi, İngiltere’de “egemen olanın haksızlıkları onarılamaz”, çünkü “kral yanılmaz: the king can do no wrong” kuralları geçerliydi. O yüzden memur hakkında ancak hükümdara yakınılabılırdı. Hükümdar ise böyle bir durumda iki şeyden birini yapardı. Ya memurunu cezalandırır ve uyuğunun hakkını öder ya da ona karşı dava açılmasına izin verirdi <sup>1</sup>. Kilise hukukunda ise, Kilise, dünyasal erkten din adamını kurtarmak için, onu kendi mahkemesinde yargılıyor; yalnızca bağışlamayacağı din adamını dünyasal erke teslim ediyordu <sup>2</sup>.

Böyle bir anlayışın çağımızda benimsenmesi elbette olanaksızdır. O yüzden çağcıl hukukta, memurlar için genel yargılamanın dışında ayrı bir yargılama uygulaması hemen hemen hiç görülmemektedir. Federal bir devlet olan İsviçre’deki, daha çok devlet yapısından kaynaklanan istisnai ve sınırlı durumu bir yana bırakırsak, bu tür düzenlemelerin bütün ülkelerde daha geçen yüzyıla dışlandığı görülmektedir.

Kuşkusuz, bizi daha çok hukuk devletinin uç verdiği dönemler ilgilendirmektedir. Ancak tarihsel gelişmeyi incelemek yine de yararlıdır.

### 1. Eski Roma’da:

12. Geçen yüzyılda yayımlanan yapıtında Modena Üniversitesi profesörlerinden Adeodato Bonasi eski Roma’da memur yargılamasını ayrıntılarıyla incelemiştir <sup>1</sup>.

Bonasi’nin aktardığına göre, Cumhuriyet döneminde, geleneklerine bağlı bulunan memurlar çok fazla suç işlememektedirler. Çünkü gerek “senato” ve gerekse “tribunus” diye adlandırılan görevlilerin aralıksız sürdürdükleri bir denetim vardır. Memurluklar kısa sürmektedir. Hesap sorma olasılığı çok güçlüdür. Konsüller ve pretörler, görevlerini sürdürdükleri sırada çok egemen bir durumdadırlar. Ancak görevleri sona erdiği gün, sıradan yurttaşlar kendilerinden kolayca davacı olabilmektedir. Onların halk meclislerinde (comitium) yargılanmaları her zaman olanaklıdır. Ancak bu türden davalar Roma’da çok sık görülmemiştir.

11- (1) ONAR, II, s 1247, RIVERO, n.260, MOREAU, Jean, *Droit administratif*, PUF, Paris, 1989, s 366, BERTHEL MY, H, *Traité élémentaire de droit administratif*, Paris, 1926, s.96 WALINE, *Droit administratif*, Sirey, Paris, 1963, n 1360

(2) WALINE, n 1360

12- (1) BONASI, Adeodato, *Della responsabilità penale e civile dei ministri e degli altri ufficiali pubblici secondo le leggi del Regno e la giurisprudenza*, Bologna, 1874

İmparatorluğun genişleyip serpilmesi üzerine VI. yüzyıldan itibaren askerlik süresi uzatılmaya başlanmıştır. Uzak ülkelerin Roma'yla iletişim kurmaları zorlaşmıştır. Senatonun denetimi zayıflamıştır. Bunun nedenleri, denetlediği görevlileri Senatonun seçmesi ve ayrıca halkın yüklediği suçlardan dolayı görevliyi kollamanın, bir bakıma Senatoyu kollamak anlamına gelmesidir. Öte yandan halk meclisleri (comitium) zamanla yerlerini yıllık sorgu kurullarına (questiones perpetuae) bırakmışlar, bunlar da bir süre sonra Senatonun etkisi altına girmişlerdir. Merkezi yönetimin, yani Roma'nın dışında kalan yönetimlerde, yöneticiler ve komutanlar hakkında yapılan yakınmaları; bunların halka yaranmak için yaptıkları şenliklerle, tiyatro gösterileriyle, İmparatora getirdikleri görkemli armağanlarla etkisiz kınıyor; üst düzeydekiler de her türlü yolsuzluğu yapıyorlardı. Bu saptama önemlidir. Zira hukukun işlemediği bir ortamda yolsuzlukların önünün alınamayacağının tarihsel bir saptamasıdır bu. Bu durum yeni yolsuzlukları kışkırtmıştır. Gerçekten taşradaki üst düzey yöneticilerle komutanlar, yolsuzluk sonucu topladıkları servetlerle Senatodan rüşvet karşılığı yeni görevler satın almışlar, sömürölüp soyulacak yeni eyaletler ele geçirmişlerdir. Öyle ki, Cicero döneminde üç yıl Sicilya'da valilik görevinde bulunan Verre'nin söylediklerini herkes öğrenmiştir. Verre, valiliğin bir yıllık gelirini kendisi, ikinci yıllığını savunmanları (avukatları) ve üçüncü yıllığını da kendini yargılayacak yargıçlar için ayırdığını söylemiştir. Bir başka deyişle rüşvetçileri ve hırsızları, yine rüşvetçilerle hırsızlar yargılamaktadırlar. Kaldı ki, onları yargılamak aslında çok güçtü. Çünkü bunlara karşı dava açma tekeli İmparatora aitti. Halk bu olanaktan yoksundu. Bu saptama da, incelenen konu açısından çok önemlidir.

Toplum, kuşkusuz bunlara karşı tepki göstermekte gecikmedi. Yolsuzlukları önlemek amacıyla yasalar çıkarıldı. Yöneticilerin görevleri sona erince 50 gün içinde suçtan mağdur olanlara yakınma hakkı tanındı. Ancak davanın açılıp açılmamasına karar verecek merci, İmparatorun özel bir kurulu (comcistorium) idi. Valiler, valilik mahkemesi (praefectus praetorio) denilen özel bir mahkemede yargılanıyorlardı. Üstelik, suçlular yakınmayı önlemek için mağdurları her yönden doyuruyorlardı. Bu nedenlerle istenilen sonuca ulaşılammıştır.

İmparatorluk döneminin sona ermesiyle birlikte belediyeler (comune) ortaya çıktı. Ortaçağ yönetiminde bu görevler kısa tutuluyor, genelde bir yıl sürüyordu. Yerlilere görev verilmiyor, görevi sona eren kimse de, bulunduğu kentte 10 ile 50 gün arasında kalabiliyordu. Yakınma süresi de, bu kalışla sınırlıydı. Yönetici bu süre içinde kentten ayrılmamak durumundaydı. Ayrılırsa, yakınmadaki iddiaları kabul etmiş sayılıyordu. Kimi kentlerde kent yöneticisinin (belediye başkanı) maaşı

güvence olarak tutuluyor ve kaçması engelleniyordu. Ayrıca kimi kent yasalarında kralın af yetkisi bulunuyordu. Ancak kimi kent örgütlenme yasalarında (statuti) -ki bir tür anayasa idiler- bu yetki krala tanınmamıştı<sup>2</sup>.

Burada şunu da eklemekte yarar vardır. Eski Roma, Fransa'daki düzenlemeyi etkilemiştir. Gerçekten eski Roma'da Cumhuriyet döneminde bile, memurların yargılanması, ayrıcalıklı bir yargılama olmuştur. Taşrada suç işleyen bir senatörü ya da bir görevliyi yerel yargılama organı yargılayamıyordu. İmparator Constantinus, bu ayrıcalığa son verdi; taşradaki yargıya yetki tanıdı. Ancak İmparator sanki zarar görenlere onları yalnızca cezalandırma sözünü vermişti. O yüzden bundan bir sonuç alınamadı. İmparatorlar Valente ve Valentiniano dönemlerinde yerel yargıçlar yargılamaya yetkili olmasa bile, tutuklama dahil her tür önlemi alabiliyorlardı. İmparator Gratianus bu yetkiyi fiilen kişiler açısından biraz daha genişletmiştir. İmparator Zenon bunu kurumlaştırmıştır. Ancak, ne olursa olsun, sonuçta görevli, onu yargılayacak yargıca karşı korunmuştur<sup>3</sup>.

Demek, Roma'da yargı, son çözümlemede öbür erkler karşısında bağımsızlığını elde edememiş, erkler ayrılığı tam anlamıyla gerçekleşmemiş, devlet memurunun yargılanmasında yönetim etkili olmuş; onu bütünüyle bağımsız yargıya bırakmamış; devletin gücünün zayıfladığı dönemlerde de devlet memurunun yargılanabilmesi için, görevinin sona ermesini beklemek gerekmiştir.

## 2. İtalya'daki gelişme:

13. Memurlar hakkında dava açılıp açılmamasına izin veren sistem, eski Roma'nın düşme döneminden kalmadır. Bu tarihsel gerçeğe dayanılarak İtalyan devletinde önceleri bu sisteme karşı çıkılmıştır<sup>1</sup>. Ancak İtalya, daha sonraları Fransa'nın etkisiyle bu sistemi yazılı hukukuna almıştır.

Aşağıda değinileceği üzere, 1799 Fransız Anayasasının 69-75. maddeleri kamu görevlilerinin sorumluluklarını düzenlemiş ve 75. maddesine göre de bakanlar dışında kalan görevlilerin görevlerine ilişkin suçlarda ancak Danıştay kararı üzerine yargılanabilecekleri, Danıştayca dava açıldığı takdirde, bu yargılamayı genel mahkemelerin yapacağı öngörülmüştü. İtalya da işte bu hükümden esinlenerek<sup>2</sup>, ilkin

(2) BONASI, s IV-XXI

(3) HELIE, M Faustin, *Traité de l'instruction criminelle ou théorie du Code d'instruction criminelle*, Paris, 1866, II, n 856

13- (1) BONASI, s 131-132

(2) *Les constitutions de la France depuis 1789*, Garnier-Flammarion, Paris, 1970, s 160 Giriodi gibi kimi yazarlar, İtalya'da bu kurumun kökeninin Roma İmparatorları Valente ve Valentiniano'nun çıkardıkları bir Anayasaya dayandığını söylerlerse de, baskın görüş Fransız Anayasası olduğu yolundadır (VERBARI, G Battista, *Un acronismo costituzionalmente illegittimo l'istituto della garanzia amministrativa*, Giurisprudenza costituzionale, 1965, s 29)



20 Mart 1865 tarihli İller Yasasında yönetsel güvenceyi, dolayısıyla izin sistemini benimsemiştir. Bu Yasanın 8. maddesine göre, vali, kaymakam ya da vekilleri hakkında görevleriyle ilgili bir suçlama bulunduğu takdirde, davanın açılması, ilkin Danıştayın görüşünün alınmasına ve sonra da Kral tarafından izin verilmesine bağlanmış ve 110. maddede 8. maddenin belediye başkanları için de uygulanacağını belirtilmiştir. Böylece uygulama çok daraltılmıştır. Gerçekten, bununla ilgili olarak 23.12.1865 tarih ve 58136 sayılı Bakanlık genelgesinde erkler ayrılığı ilkesinin anayasal yönetimde temel olduğuna ve, bu ilkenin uygulanabilmesi için, yürütme erkinin sorumluluğuna değinilmiş, 20 Mart 1865 tarihli İller Yasasının 5. ve 105. maddelerinin yöneticilerin görevlerinden söz etmesi karşısında, burada öngörülen yönetsel güvencenin bu görevleri yaparken görevden dolayı işlenen suçlarla ve kamu görevlileriyle sınırlı olduğu açıklanılarak, bunun genişletilmemesi istenmiştir. Birçok eleştiriye ve yaşanan özgür dönemlere karşın yasa koyucu, kurumu kaldırmamış ve 10 Şubat 1889 tarih ve 139. maddeleriyle yeniden benimsemiştir. Yine 4 Mayıs 1898 tarih ve 164 ve 21 Mayıs 1908 tarih ve 269 sayılı Kral kararnamelerinin 8. ve 157. maddesiyle kurum yaşatılmış ve fakat her iki kararnamenin 109. maddeleri seçim suçlarını bu iznin dışında tutarak, izin kurumunun kapsamını bir kez daha daraltmıştır. 4. Şubat 1915 tarihli İller Yasasının 8. ve 158. maddeleri de aynı doğrultuda olmuştur. Nitekim daha sonraları Yargıtay (19.6.1916) bunu görevde yetkinin kötüye kullanımı eylemiyle sınırlamış ve görevle işlenen eylem arasında nedensellik bağı aramış; rastlantısal (arızı) ilişkiyi yeterli görmemiş; bu nedenle görev sırasında bir meclis üyesine söven belediye başkanının görevi ile eylem arasında nedensellik bağının olmadığını belirtmiştir<sup>3</sup>.

Bütün bunlardan çıkan sonuç şu idi. Yönetsel güvence, belediye başkanı ya da vekilinin kişiliğini korumak için değil, onların görevini korumak içindir. O yüzden Yargıtay, genel kurala ayırık düşen bu hükmün genişletilemeyeceğine karar vermiştir (3.5.1922). Hüküm belediye başkanlığını vekâleten yürüten görevlilere de elbette uygulandı. Ama danışmanlar, üyeler bunun dışında kaldı. Bu olağandı. Zira o görevi yapan, yetkileri de kullanıyordu. Asıl olan görev ve kullanılan yetkiydi; görevi yapan değil. Görev korunacağı için de izne gerek duyuluyordu<sup>4</sup>.

İller Yasasının 81. maddesinin üst yönetsel makamlardan söz etmesi karşısında, valiler gibi bir üst makama bağlı olan belediye başkanlarının resmi görevleri

(3) MANZINI, Vincenzo, *Trattato di procedura penale e di ordinamento giudiziario*, Torino, 1920, II, n 388, *Trattato di diritto processuale penale italiano*, 1932, IV, n 388 (Bu paragraf numarası, bundan böyle her iki baskı ve cildi de gösterecektir), FLORIAN, Eugenio, *Principi di diritto processuale penale*, Torino, 1932, s 208-210, ARDIZZONE, *Ancora in tema di garanzia amministrativa dei sindaci*, *Foro penale*, 1949, CONTI, Ottaviano, *Autorizzazione a procedere*, *Enciclopedia Forense*, Milano, 1958, I, s 626-630, VERBARI, s 31

(4) MANZINI, n 388

ve nitelikleri dışında bir işlem/eylem söz konusu ise bu izne gerek duyulmamıştır. Nitekim 1865 Bakanlık genelgesi bu konuda çok duyarlı davranmış ve, Manzini'nin belirttiği üzere, yönetsel güvence sisteminin amacının kişileri değil, görevi korumaya yönelik olduğu vurgulanmak istenmiştir. O yüzden de belediye başkanının devletin bir organı biçiminde bulunmayan ve fakat üst makamla (hükümetle) olan ilişkisi içinde ve salt belediye başkanı olarak yaptığı işlemlerde bu izin aranmamıştır. Yargıtayın görüşü de böyle gelişmiş ve bu ayrık durum, yorum ilkeleri doğrultusunda olabildiğince dar tutulmuştur. Sözgelimi, belediye binalarının korunması için (18.12.1925, 10.12.1924, 20.4.1917, 23.10.1911, 20.9.1910, 26.11.1909, 5.2.1909, 22.2.1890), kolluk başkanı olarak (15.5.1925, 24.4.1924) ve genelgede de belirtildiği gibi özel (medeni) hukuka uygun biçimde yaptığı işlemler (tersi: Montepulciano Mahkemesi kararı: 28.11.1914) bu izni gerektirmemektedir. Daha sonra yayımlanan 4.6.1868 tarihli Bakanlık genelgesinde de, uygulamada birliğin sağlanabilmesi ve olası çelişkilerin önlenebilmesi için, üst makamla ilgili olmayan ve başkan olarak yapılan işlerde de, Danıştay görüşünün alınarak yönetsel güvence kurumunun işletilmesi istenmiştir. Ancak Yargıtay, yargısal (adli) işlerde üst makam yetkili olmadığı ve yargısal işlere esasen yabancı olduğu gerekçeleriyle Danıştayın tersine karar vermiş ve bu izni aramamıştır (30.5.1924, 10.1.1927). Kuşkusuz hükümet görevlisi olarak yapılan ivedi önlem işlemlerinde de izne gerek duyulmuştur. Öte yandan, yönetsel güvence kişiyi değil, görevi (yönetimi) koruduğundan ve görevin sürekliliği de asıl olduğundan, görevli görevinden ayrıldıktan sonra da bu güvence aranmıştır (Aynı doğrultuda, TCY., md.280). Kuşkusuz bu son durum, mutlak bağışıklıkla, sözgelimi parlamenterlerle ilgili değildir<sup>5</sup>.

İller Yasasının 2.1.1927 tarihli değişikliğinden sonra da bu uygulama sürmüştür, ayrıca Libya, Eritre ve Somali yöneticileri için iznin Sömürgeler Bakanı tarafından verilmesi öngörülmüştür. Aynı Yasanın 158. maddesiyle ve 3.9.1926 tarih ve 1910 sayılı, 3.2.1926 tarih ve 237 sayılı Yasa düzeyindeki kararnamelerle Roma valisi dışındaki tüm valiler ve hatta nüfusu beş bini aşmayan komünlerin başkanları için de izin sistemi getirilmiştir<sup>6</sup>.

3.3.1934 tarihli ve 383 sayılı İller Yasasının 22, 51. ve 121. maddeleri, eski 1859 ve 4.2.1915 (md. 158) tarihli ve 148 sayılı İller Yasaları doğrultusunda izin aramayı sürdürmüştür<sup>7</sup>.

(5) MANZINI, n 388

(6) MANZINI, n 388

(7) BONASI, s 155, CASETTA, *Garanzia* , s 485 *Autorizzazione* , s 485

Bundan başka 1930 tarihli İtalyan Ceza Yargılama Yasasının 15. maddesinde, devlete karşı işlenen kimi suçlarda (md.313) ve Anayasaya göre yasama görevi yapanlar için ve ayrıca 16. maddesinde, adli kolluğun ya da güvenlik görevlilerinin yahut da güvenlik görevinde çalışan askerlerin görevleri sırasında silah ya da başka araç kullanarak işledikleri etkili eylem suçlarından dolayı Adalet Bakanının izni gerekmektedir.

14. İzin, kamu davasının açılmasının değil, yürütülmesinin koşuludur. O nedenle baskın görüşe göre, izin alınmadan açılan kamu davasında, sadece karar verilemez. İzin yokluğu yalnızca davanın yürütülmesini önlediği için de, dava olduğu yerde durur. Kuşkusuz beraat kararı da verilemez. Ancak izin verildiği takdirde, eski işlemler ve özellikle önleme işlemleri geçerliliklerini korur ve hiç (batıl) sayılmazlar <sup>1</sup>.

İzin yönetsel nitelikte bir işlemdir. Bir tür hukuksal görüştür. Yargısal nitelikte değildir. Öğreti ve yargısal görüşlere göre izinden dönülemez. Zaten devlet ciddiyeti de bunu gerektirir. Bu da, yakınma kurumundan iznin başkalığını ortaya koyan bir niteliktir. Ancak, reddedilen izinden her zaman dönülebilir <sup>2</sup>. Bunlar da gösteriyor ki, kurum son derece istisnaidir ve o yüzden de olabildiğince uygulama darlaştırılmıştır.

Öte yandan birden çok fail olduğu takdirde, tümü de izne tabi iseler, izin hepsine birden verilir. Çünkü, izin, kişilere göre değil, yalnızca eyleme bakılarak verilmektedir. Bu husus, iznin bölünmezliği ilkesinin doğal bir sonucudur <sup>3</sup>. Ancak suça katılanlar arasında izne tabi olmayanlar varsa onlar için buna elbette gerek yoktur.

15. Ne var ki, yönetsel güvence, İtalya'da ceza davalarında arandığı halde, hukuk davalarında aranmamıştır. Gerçekten, Fransa'da "suç"tan değil, "eylem"den söz ettiği için hukuk davalarında da güvenceye gerek duyulduğu halde İtalya'da buna gerek duyulmadığı belirtilmiş, yani tersi olmuştur (Yargıtay Hukuk Dairesinin 1.7.1921 tarihli kararı). Gerçi İtalyan Danıştay 14.12.1860 tarihli bir kararında hukuk davası için de izin aramıştır. Ancak bu karar, Yargıtayın tersi görüşü nedeniyle süreklilik kazanmamıştır. Ancak 1930 tarihli Ceza Yargılama Yasasının 15. maddesinin de suça değil, eyleme yollama yaptığı unutulmamalıdır <sup>1</sup>.

14- (1) MANZINI, n 386, LEONE, s 169, TRANCHINA, s 93, CASETTA, s 521, Yargıtay, 23 11 1906, 3 11 1942 (Rivista penale, 1943, 174), 20 4 1959 (La giustizia penale, 1960, III, 161) Karşı görüş azınlıktadır Örneğin, MASSA, C., Natura giuridica dell 'autorizzazione a procedere, Archivio penale, 1950, 12

(2) LEONE, s 170, 171, MANZINI, N 386, BELLAVISTA/TRANCHINA, s 77, CRISTIANI, s 291, DRAGANO, s 477, TRANCHINA, s 64, DALIA, s 36, DALIA/FERRAIOLI, s 366, Commento (ORLANDI), s 88

(3) MANZINI, n 386, DRAGAND, s 477, TRANCHINA s 64

15- (1) BONASI, s 142, MANZINI, n 386

İtalya'da İzin mercii çoğu kez devlet başkanı ya da ilgili bakandı ve izin onun takdirine bağlıydı. Bakan izin vermediği takdirde buna karşı bir yasa yolu bulunmuyordu. Bakana karşı parlamentoya başvuran bir yurttaşın istediği sonucu alması olanaksızdı. Zira parlamentonun yapısı genellikle buna elverişsizdi. Çünkü sıradan işlerde bu sonuç alınamazdı. Olsa olsa çok ağır ve kamuoyunu sarsıcı suçlarda izin veriliyordu.

16. Anayasa Mahkemesi, 1930 tarihli Ceza Yargılaması Yasasının 15. maddesiyle ilgili olarak yapılan Anayasaya aykırılık itirazını reddetmiştir<sup>1</sup>. Buna karşılık, aynı Yasanın 16. maddesini, Anayasanın yasalar önünde eşitlik (md. 3), devlet ya da kamu kuruluşlarında görev yapanların cezai, medeni ve idari açıdan doğrudan doğruya sorumluluğunu (md. 28) ve yargısal otoritenin adli polis üzerinde yetkisini (md.109) öngören hükümlerine aykırı bularak iptal etmiştir<sup>2</sup>. Yine aynı Mahkeme, iki yıl geçmeden 18.2.1965 tarihinde (n.4) 4.2.1915 tarih ve 148 sayılı Yasanın 158. ve 3.3.1934 tarih ve 383 sayılı Yasanın 22. maddelerini Anayasaya aykırı bularak iptal etmiştir. Mahkeme 4.2.1915 tarihli Yasanın 8. maddesini, 1934 tarihli Yasanın iptal ettiği 22. maddesinin içinde gördüğünden ayrıca iptale gerek görmemiştir. Mahkemeye göre, yöneticiler için izin sistemini öngören bu maddeler, Anayasanın yukarıda anılan eşitlik (md. 3), görevlilerin doğrudan sorumluluğu (md.28) hükümlerinden başka, yargısal görevin yargıçlarca yerine getirilmesini (md.102) ve savcılarca ceza davasının açılması zorunluluğunu (md.112) dile getiren maddelere de aykırıdır. Çünkü, iptal edilen maddeler, yönetime denetlenemez nitelikte takdir yetkisi tanımakta ve ceza davasını yargının elinden almaktadır. Bu ise yalnız öbür memurlara göre ayrılık yarattığından hukuka değil, akla da aykırıdır<sup>3</sup>. Yargıtay bu iptali, geçmişe yürütmüştür<sup>4</sup>.

Böylece krallık ve “devlete karşı hiç bir şey olamaz ve her şey devletin içindedir” ilkesinde temellenen faşizm döneminin kalıntıları olan söz konusu maddeler, bu iptal kararları ve 22.9.1988 tarih ve 447 sayılı Ceza Yargılama Yasasıyla son bulmuştur. Bu son Yasada benimsenen izin sistemi ise, önlemler, kanıt toplama ve infazla sınırlı olup çağcıl ülkelerdeki düzenlemeler doğrultusundadır<sup>5</sup>.

16- (1) 1965, n 99 ve 1970, n 9 (MANZINI, n 386)

(2) 18 6 1963, n 94 (Giurisprudenza costituzionale, 1963, s 782-790) Ayrıca kararın değerlendirilmesi için aynı kaynağa bakınız CRISAFULLI, Vezio, Incompatibilità dell' autorizzazione a procedere ex art 16 C P P con l' art 28 della costituzione, s 783-789)

(3) Giurisprudenza costituzionale, 1965, s 18-36 Kararın olumlu biçimde değerlendirilmesi için bakınız VERBARI, aynı kaynak, s 21-36, GORLANI, Innocenzo, In ordine all' illegittimità costituzionale dell' autorizzazione a procedere contro il sindaco ed il prefetto, Rivista italiana di diritto e procedura penale, 1965, s 1045-1058

(4) 7 5 1965 (Giustizia penale, 1966, III, 42)

(5) CASETTA, s 485 vd, CORDERO, s 50, 51, PISAPIA, s 167, MANZINI, Vincenzo, Trattato di diritto penale italiano, Torino, 1981, II, n 296, CRISTIANI, s 290-291, DRAGANO, s 475-477, NAPPI, s 175-177 Ayrıca dip not, 10-16'daki kaynaklara bakınız

Şunu da ekleyeyim ki, 22.5.1975 tarih ve 152 sayılı Kamu Düzeninin Korunması Hakkındaki Yasanın zor ve silah kullanımıyla ilgili olarak C. Savcısının Üst Mahkeme Başsavcısının izniyle dava açmasını hükme bağlayan 27. ve 28. maddelerini Anayasa Mahkemesi 1976 tarihinde (n.87) Anayasaya uygun bulmuştur <sup>6</sup>.

17. Görülüyor ki, İtalya, yönetsel “güvence” ve özellikle “izin sistemi” açısından oldukça deneyimli bir ülkedir. C. Yargılama Yasasının ve İller Yasalarının anılan hükümlerinin, faili korumaya yol açtığı, adaletle bağdaşmadıkları<sup>1</sup>, çağ gerisi oldukları <sup>2</sup> belirtilmiştir. Kimi yazarlara göre, İller Yasalarındaki hükümler nedeniyle belli bir dönemde yaklaşık 10.000 suçlu yargı önüne çıkmaktan kurtarılmıştır<sup>3</sup>. Buna karşın, Abbamonte, Giovenco, Guidi, Mazzullo, Renata, Sandulli, Tesauro gibi pek az sayıda yazar -ki daha çok yönetici sınıfindandılar- izin sistemini savunmuşlardır <sup>4</sup>.

18. Bütün bunları ve Anayasa Mahkemesi kararlarını gözeten İtalyan Parlamentosu, 26.4.1990 tarih ve 86 sayılı, 12.6.1990 tarih ve 146 sayılı, 7.8.1990 tarih ve 241 sayılı ve 7.2.1992 tarih ve 181 sayılı yasalarla 1930 tarihli İtalyan Ceza Yasasının memurlarca işlenen suçlarla ilgili hükümlerinde önemli değişiklikler yapmıştır. Bu değişikliklerde, memur kavramları yeniden tanımlanmış, suç tiplerinin sınırları belirlenmiş, cezalar gözden geçirilmiş ve özellikle yönetsel etkinliğin demokratikleştirilmesi ve saydamlaştırılması amaçları güdülmüştür<sup>1</sup>.

Şunu da eklemekte yarar vardır. Memur yargılamasında Fransa’dan esinlenen İtalya, yargı sistemi açısından, ilkin Belçika yargı sistemini kopya etmiş, daha sonra ise Fransa’ya özenmiştir. Tıpkı Belçika’da olduğu gibi güvensizlik nedeniyle idari mahkemeler önceleri kaldırılmış, yönetimin denetimi yargıya verilmişse de, aslında yönetim o dönemlerde kendi kendini denetlemiştir. 1889’da Danıştay kurulmuş, 1907 ve 1923 iyileştirmeleriyle Danıştayın yetkisi genişletilmiştir <sup>2</sup>.

(6) MANZINI, *Trattato di diritto penale* , n 296

17- (1) CASETTA, *Garanzia* , s 485

(2) VERBARI, s 21 vd

(3) BONASI, s 131, ZANOBINI, s 309

(4) GORLANI, s 1046

18- (1) SEGRETO, Antonio/DE LUCA, Gaetano, *I delitti dei pubblici ufficiali contro la pubblica amministrazione*, Milano, 1995, s 1 vd , PAGLIARO, Antonio, *Delitti dei pubblici ufficiali contro la pubblica amministrazione*, Milano, 1995, s 1 vd , GROSSO, Carlo Federico, *Riforma dei delitti dei pubblici ufficiali contro amministrazione*, *Rivista Italiana di diritto e procedura penale (RIDPP)* 1990/fas 2, s 700-706, RUSSO, Vincenzo, *I reati contro la pubblica amministrazione*, Napoli, 1991, ANTOLISEI, Francesco (L Conti), *Manuale di diritto penale, p speciale*, Milano, 1995, II, n 173 vd , GOLDONI, Umberto, (ortak yapıt), *Codice penale commentato*, Torino, 1990, I, s 528 vd , CRESPI, Alberto/ZUCALA, Giuseppe/STELLA, Federico, *Commentario breve al Codice penale*, Padova, 1992, s 565 vd , PALAZZO, Francesco, *La riforma dei delitti dei pubblici ufficalli*, *RIDPP*, 1990/3, s 815-835 Ayrıca şu ortak yapıta bakınız *Modifiche in tema di delitti dei pubblici ufficiali contro la pubblica amministrazione*, *La Legislazione penale*, estratto dal n 3/90, *Rivista trimestrale*, Torino (1990), s 263-354

(2) ALESSI, I, n 14, 15; BONNARD, n 93-100

### 3. Fransa'daki gelişme:

19. Eski Fransa'da, tıpkı eski Roma'da olduğu gibi, memur suç işlediği zaman yönetim içinde yargılanıyordu <sup>1</sup>. Bunun nedeni yargıya karşı duyulan güvensizlikti. O yüzden memurların işledikleri suçlar konusunda genel kurallardan ayrılmalari düzenleyen ilk yasalar Fransa'da görülmektedir. En önemli düzenlemeler kuşkusuz Fransız Devrimi sırasında yapılanlardır. Ancak Devrim sırasındaki yasaların kökleri Ortaçağa değin uzanmaktadır. Zira uzun süre Fransa'da "kral kötülük edemez" ata-sözü ve devletin sorumsuzluğu görüşü egemen olmuştur. Özellikle Monarşik dönemde yönetim, rejimin niteliğini çok iyi yansıtmaktaydı. XVIII. yüzyılda bile bir kilise çanını onarmak, ormandan bir ağaç kesmek için Krallık Divanının kararına gerek olduğu söylenmiştir. Bireyler adaleti elde etmek için böyle bir rejimde kendilerini "Taç"ın ayaklarına atmak ve Kralın lütfuna mazhar olmak zorundaydılar. Richelieu'yle birlikte krallık otoritesinin güç ve etkisinin, uyrukların bağımlılığında içselleştiği belirtilmiştir. Ayrıca bu anlayış, egemenlik düşüncesinin pekiştirilmesi olarak algılanmıştır <sup>2</sup>.

Ortaçağda Kiliseyle derebeylerin mahkemeleri yanında sözde Krala bağlı "parlement"lar bulunuyordu. Bunlara üye olan ve Kralın bile bağımsızlıklarına dokunmadığı yargıçlar, aynı zamanda kentin de temsilcileri idiler ve önemli ceza davalarına da bakıyorlardı. Her şeyi elinde tutmak isteyen iktidar ise bundan hoşnut değildi. "Parlement"ların elinden yetkilerini almak ve bu yetkileri kendine bağımlı yargı organlarına vermek istiyordu. Bu konuda atılan ilk adım, memurları yargılamak için yönetim içinde mahkemeler oluşturmak biçiminde oldu. Bunlara Krallık Mahkemeleri (Divanı) denildi. Bu mahkemeler, "parlement"larda görülen bir davadayla, bu konuda idari mahkemenin yetkili olduğunu ve bunda kamu yararı bulunduğunu ileri sürerek el koyabiliyor, de Tocqueville'in 1856'da yayımladığı "Eski Rejim ve Devrim" adlı kitabında ve Hélie'nin belirttiklerine göre de, sorunu kendileri çözüyorlardı. Zira, bu dönemde yargı ile yönetim birbirlerinden ayrılmamışlardı. Bu nedenle yargılamak için önceden izne de gerek yoktu <sup>3</sup>. Böylece yönetim, memurlarla ilgili davaları olağan mahkemelerin elinden almış oluyordu. Bunun doğurduğu sonuç şu oldu: Memurun çıkarı ile yönetimin çıkarı özdeşleştirilmiş ve memurlar, yargılama açısından ayrıcalıklı bir sınıf olmuşlardır.

19- (1) HELIE, n 856, 858, 869, 871

(2) BOULET-SAUTEL, Marguerite, *Une épisode de la lutte contre les prérogatives de l'administration Les "Considérations" du Marquis d'Argenson, Melanges offerts à Georges Burdeau, Le pouvoir, Paris, 1977, s 741, 742 (741-752), ORBAN, O., Le droit constitutionnel de la Belgique, Liège, 1908, II, n 170 DUTHEILLET, A L G, (çev S Derbil), Idarenin haksız fiil dolayısıyla mesuliyeti konusunda Fransız kamu hukukundaki gelişmeler, A Ü H F D, 1960, s 133, RIVERO, n 260*

(3) HELIE, n 857; TOCQUEVILLE, s 126; LAFERRIERE, Julien, *Manuel de droit constitutionnel, Paris, 1947, s 7-19*

20. 1789 Kurucu Meclisi, “parlement”ların siyasal işlevlerinin bıraktığı kötü anılar, aşırı uygulamalar nedeniyle yargıya güvenmiyordu. Yönetim ve yargıyı ayırdı. Meclis, ilkin milletvekili ve bakanların dokunulmazlıklarını ve dolayısıyla siyasal güvenceyi sağladı. Daha sonraki düzenlemelerde de bu sürdü. Bu güvence, yaptırımını Ceza Yasasının 121. maddesiyle buldu <sup>1</sup>. Meclis, ilkin “Toplum, yönetimin her kamu görevlisinden hesap sorma hakkına sahiptir” diyerek memurların sorumluluğu ilkesini benimsedi. Bunun sonucu olarak memur niteliği Ceza Yasasında ağırlaştırıcı bir öge oldu. Ancak, devrimciler bu noktada durmadılar ve birazdan değinileceği gibi, “Hiç bir yönetici, kamu görevleri nedeniyle, yasalara uygun olarak üst makam tarafından gönderilmediği sürece (adli) mahkeme önüne çıkarılamaz” biçiminde bir karşıt ilkeyi de getirdiler (1791 Anayasası, md.3) <sup>2</sup>. Görülüyor ki, Fransız Devrimi yukarıdaki durumu pekiştirmiş, memurları “parlement”lar karşısında korumuş, olağan yargıyı yetkisiz kılarak birçok yöneticiye dokunulmazlıklar sağlamıştır. Çünkü Fransız devrimcileri; eski dönemde Turgot, Malesherbes ve Necker’in iyileştirme girişimlerini engelleyen yenilik düşmanı “parlement”ların anılarıyla dolu ve adliye yargıçlarına karşı güvensizlik içinde idiler. Zira adli yargı eski rejimde yetkilerini durmadan doğal alanının dışına ağıdırmıştı. Bu yüzden devrimciler, adli yargıçların devrimi felce uğratmasından korkuyorlardı <sup>3</sup>. 22 Aralık 1789’da çıkarılan bir Yasaya göre, yargı kararı ile yönetsel görevlerin yürütülmesi ve memurların örselenmeleri önleniyordu. 16-24 Ağustos 1790 Yasasına göre, yargıçlar tarafından yönetsel kurulların hırpalanmaları önleniyor ve memurların görevlerinden dolayı yargıçların huzurlarına çağrılmaları görevde yetkiyi kullanma suçunu oluşturuyordu (md.13). 7-14 Ekim 1790 Yasası, daha da ileri giderek, yüksek idare mercilerince yasaya uygun olarak gönderilmedikçe, hiçbir memurun kamu görevi nedeniyle yargı önüne çıkarılamayacağı kuralını getirdi. Böylece “yönetsel güvence” ve “izin sistemi” benimsenip iyice pekiştirilmiş oluyordu <sup>4</sup>.

21.1791 ve 1799 Anayasalarının 3. ve 75. maddeleri, bu sistemi anayasal düzeyde yasalaştırdılar. Böylece nasıl milletvekili dokunulmazlığıyla siyasal güvence kurumu getirilmişse, devlet memuru dokunulmazlığıyla da yönetsel güvence kuru-

20- (1) HELIE, n 858-863

(2) HELIE, N 865; DUCROCQ, Théophile, *Cours de droit administratif*, Paris, 1874, I, n 579, 580; ROLLAND, Louis, *Précis de droit administratif*, Dalloz, Paris, 1938, n 419; TOUZAC, Paul, *Droit administratif*, Paris, 1897, s 469; BONNARD, Roger, *Le contrôle juridictionnel de l'administration, étude de droit administratif*, Paris, 1934, n 79 10 5 1993’te Ulusal Konvansiyonda yaptığı konuşmada Robespierre, 1793 Anayasasını sunarken Hérault-Séchelles, kamu görevlileriyle milletvekillerinin sorumluluğuna değinmişlerdir (ESMEIN, A, *Eléments de droit constitutionnel français et comparé*, Paris, 1903, s 382, 383)

(3) HELIE, n 864; DUEZ, Paul/DEBEYRE, Guy, *Traité de droit administratif*, Paris, 1925, s 235,236; WALINE, n 1360; de TOCQUEVILLE, s 125

(4) HELIE, n 865

mu benimsenmiş oluyor ve memur görevi sırasında bir suç işlerse, amir izin vermedikçe ve bu konuda biricik yetkili yargı organı olan Danıştayın kararı olmadıkça yargı önüne çıkarılamıyordu. Buna da “kovuşturma yargısı” deniyordu <sup>1</sup>.

Yukarıda da belirtildiği gibi, 13 Aralık 1799 Anayasasının -ki VIII. yıl Anayasası diye de anılır- 75. maddesine göre, memurlar, Danıştay kararı, yani izni olmadıkça kovuşturulamıyorlardı. Bu izin, yalnızca ceza davalarında değil, hukuk davalarında da gerekliydi <sup>2</sup>.

Yasama erkinin iyi yürütülmesi zorunluluğu nasıl siyasal güvenceyi haklı kılıyorsa, güvence kaygısıyla memurların yargılanmaları yürütme gücünün koruması altına alınıyor ve bu da yargısal ve yönetsel otoritelerin ayrılması ilkesiyle açıklanıyordu. O nedenle, Kurucu Meclis, bir yandan kamu görevlilerinin cezai ve hukuki sorumluluklarını açıklar ve bunu olağan yargıya teslim ederken, öte yandan, yukarıda değinilen 7-14 Ekim 1790 Yasasıyla da yasaya uygun olarak üst otoriteye gönderilmediği takdirde, hiç bir yöneticinin, görevi nedeniyle yargı önüne çıkarılamayacağı öngörülmüyordu. Eski monarşide, kamu görevlilerinin sorumlulukları kabul edildiği zaman, bu ancak istisnai yargı organlarıncı değerlendirilebiliyordu. Kurucu Meclis, kamu görevlilerinin olağan yargı önünde sorumlu olabilecekleri yolundaki genel ilkeyi benimsedi. Ama, aynı zamanda, sözde can sıkıcı kovuşturmalara karşı memurları korumak, yönetsel ve yargısal görevleri ayırmak amacıyla, suçlanan memurun olağan yargı önüne yollanmasından önce, işi üst yönetsel otoritenin iznine bağlayarak, bir güvenceyi de öngörmüştü. Bu husus, yukarıda değinilen 14-22 Aralık 1789 tarihli Yasanın 61, 16/-24 Ağustos 1790 tarihli Yasanın 13. maddeleriyle, ayrıca 7-14 Ekim tarih ve tek maddeli Yasayla benimsenmişti. Bütün bu düzenlemeler aynı dönemde ve aynı duygularla getirilmişlerdir: Yönetsel ve yargısal otoritelerin ayrılığı ilkesi, yargılama biçimi çekincesi altında görevleriyle ilgili eylemlerinden dolayı memurların sorumluluğu ilkesi, bu sorumluluğu değerlendirmenin yargıya ait olduğu ilkesi <sup>3</sup>.

Görülüyor ki, VIII. yıl Anayasası 75. maddesinde Kurucu Meclis tarafından benimsenen bir ilkeyi yansıtıyordu ve onu yaşatmayı sürdürüyordu. Ne var ki, birey-

21- (1) HELIE, n 865, BENOIT, F -Paul, *Droit administratif français*, Dalloz, Paris, 1968, n 1312, 1313, VEDEL, Georges/DELVOLLE, Pierre, *Droit administratif*, PUF, Paris, 1990, I, s 548, de LAUBADERE, Andre/VENEZIA, J -Claude/GAUDEMET, Yves, *Traité de droit administratif*, L G D J , Paris, 1990, I, n 1244, DEBBASCH, Charles, *Institutions et droit administratif*, PUF, Paris, 1992, II, s 2 9, MOREAU, Jacques, *Droit administratif*, PUF, Paris, 1989, S 366, 367, BERTHELEMY, H , *Traité élémentaire de droit administratif*, Paris, 1926, s 85, HAURIOU, Maurice, *Précis de droit administratif et de droit public*, Paris, 1927, s 316, WALINE, n 1360, NEZARD, Henry, *Eléments de droit public*, Paris, 1931, n 295, ROLLAND, N 420 *Memur kavramının çeşitli ülkelerdeki tanımı ve öğeleri için bakınız* STAINOF, P , *Le fonctionnaire*, Paris, 1933, s 24 vd

(2) BONASI, s 138, AUBY, J-M /AUBY, J-B , s 167

(3) GARRAUD, *Traité d'instruction criminelle et de procédure pénale*, I, Paris, 1907, n 170, DUCROCQ, n 555, 556



lerin hınçlarına ve yargısal otoritenin el atmalarına karşı yönetimin kalkını olan bu ünlü madde, reji memurları v.b. için 8 Aralık 1814 tarihli Yasanın 144. ve 28 Nisan 1816 tarihli Yasanın 244. maddeleriyle birazcık sınırlandırılmıştır <sup>4</sup>.

22. Fransa'da memurların özel bir yargılamaya, özellikle izin sistemine bağlı kılınmaları ve memurlara siyasal değil ve fakat yönetsel bir güvence tanınması gerektiğini savunanların görüşlerini milletvekili Vivien, Fransız Ulusal Meclisinde 1835'te açıklamıştır. 1814 ve 1830 antlaşmaları karşısında 75. maddenin çağgerisinde kaldığını ileri süren Milletvekili Sauzet ve arkadaşlarının önerisine karşı çıkan Vivien'a göre, yönetim yetkisini kullanacak olan memurun güvencesi olmalı, olur olmaz davalarla karşılaşmamalıdır. Yersiz, temelsiz davalar memurun yetkilerini kullanmasını engeller. Özellikle, bir davanın yersiz olup olmadığının olağan yargı organınca belirlenmesi doğru değildir. Çünkü adli organlar, yönetimde çalışan memurların durumlarını ahlaki ve siyasi açıdan değerlendirebilecek durumda değildirler. Üstelik yargıçlar, yasaya aykırılıkta hoşgörölü olamazlar. Ağır ihlallerle hafif ihlalleri aynı düzeyde görürler. Bunlardan başka yürütme ile yargı, yönetim ile adliye ayırımı gözetilmelidir. Eğer adliye, memuru yargılamaya kalkışırsa, yönetimi denetlemiş ve yönetimin görevine karışmış olur. Zira, bir memurun yargılanması demek, bir bakıma yönetimin denetimi ve yargılanması demektir. Oysa, memurun durumunu en iyi bilen yönetimdir ve bu konuda yalnızca o yetkili olmalıdır. Böylelikle de, yönetim; memuru değil, aslında yönetimin yetkilerini güvenceye bağlamış olur. Bu ise, memura tanınan bir ayrıcalık değil, yönetime tanınan bir üstünlük, daha doğrusu bir güvencedir <sup>1</sup>

Özetle bu dönem Fransa'sında, memura karşı dava açabilmek için, ön bir izne gerek görülüyordu. Memurun eylem ya da işlemlerinden zarar gördüklerini ileri sürenler ilkin Danıştaya başvuruyor, dava açma izni istiyorlardı. Danıştay, memurun kişisel kusuru olduğu sonucuna varırsa izin veriyor ve bireyler de mahkemele-re başvuruyorlardı. Danıştayın bu kararı, yargısal değil, yönetseldi. Yargısal karar adliyenin kararı idi. Ancak Danıştay, kusurun hizmete ilişkin mi yoksa kişisel mi olduğunu belirliyor; eğer hizmetle ilgili ise yargı önüne çıkarılmayarak, sonuçta memur korunmuş bulunuyordu. Bunun için de ilkin, yakınma ya da C. Savcısının kendi girişimiyle bir ön kovuşturma işlemi başlamalı, sözgelimi bir tutanak tutulmalı, tanıklar dinlenmeliydi. Daha sonra da, eylem, görev içinde hükümet ajanı tarafından işlenmiş olmalı ve bu nedenle izin istenmeliydi <sup>2</sup>.

(4) *HELIE*, n 867

22- (1) *HELIE*, n 872

(2) *ONAR*, s 1247, 1248, *DUCROCQ*, I, n 584, *BERTHELEMY*, s 86, 87 Bu dönemle ilgili geniş bilgi için bakınız *HALPERIN, J L, Le tribunal de cassation et la pouvoir sous la révolution (1790-1799), Paris, 1987*

23. Yukarıda da belirtildiği üzere, “yönetmelik güvence” ve önceden “izin alma” sistemi hukuk davaları için de geçerliydi. Ancak, gerek ceza ve gerek hukuk davalarında, 1799 Anayasasının 75. maddesinde geçen kimi terimler uzun tartışmaların konusu olmuştur. İlk “hükümet ajanı” teriminin ne olduğu tartışılmış, Yargıtayın bu konuda genişletici bir yorumu benimsediği belirtilmiştir. İkinci tartışılan konu ise memurun hangi eylemlerinin bu izne tabi olacağı hususudur. Son çözümlemede memurun görevi nedeniyle, görevi içinde işlediği her eylemin, bunlar ister hizmet kusuru, ister kişisel kusur olsun, buna girdiği, cezai ve hukuki kovuşturma için Danıştaydan izin almak gerektiği, ancak eylem kişisel kusurla ilgili ise Danıştayın bu izni vermek, hizmetten doğmuşsa vermemek zorunda olduğu belirtilmiştir. Üçüncü tartışılan konu ise, “izin sisteminin” cezai ve hukuki kovuşturmaları birlikte içerip içermediği hususudur. Waline, Bonnard, A. de Laubadère gibi yazarlara ve çoğunluğa göre izin her iki kovuşturma için de zorunludur. Azınlıktaki görüşe (Jacquelin gibi) göre ise yalnızca cezai kovuşturmayla ilgilidir. Eğer gerekli izin alınmadan kovuşturma yapılırsa, bunun iki türlü yaptırımı söz konusuydu. İlk, kamu düzenine girdiğinden bütün yargısal işlemler mutlak hiçlikle (butlan) sakat oluyordu. Bu hiçlik, her aşamada (Yargıtay 30.7.1861) ve Yargıtay denetimi sırasında (Yargıtay, 30.11.1858) da ileri sürülebilirdi. Ancak, ilginçtir, Fransız Yargıtayı, Danıştay izni olmadan mahkemeye çağrı işlemini ilke olarak hiçlikle sakat saymamış; eylem memurun görevlerine ilişkin ise ve mahkeme izin isteği için yargılamayı başka bir güne bırakmamışsa, bunun geçerli kabul edilmesi gerektiğini vurgulamıştır (Hukuk Dairesi, 5.5.1862, Ceza Dairesi, 15.5.1868). İkinci yaptırım ise, cezaidir. Buna göre izinsiz yargılamayı yapan c.savcısı ve yargıçlar, 1810 tarihli Ceza Yasasının 127. maddesindeki suçu işlemiş olmaktadır<sup>1</sup>. Tartışılan son bir konu da şu olmuştur. İzne gerek olup olmadığını hangi merci belirleyecektir? Yazarlar (örneğin Jacquelin, Chardon) bunun adli yargının takdirine bırakıldığını, esasen 1.6.1828 tarihli kararnamenin 3. maddesiyle yönetimin bu konuda uyuşmazlık çıkarmasının önleildiğini belirtmişlerdir. Uygulamada bu görüş aşağıda değinilen 1872 Pelletier kararına değin sürmüştür<sup>2</sup>.

24. Ne var ki, Fransız Devrimiyle birlikte benimsenen izin sistemi zamanla yakınmalara yol açmaya başlamıştır. 1852-1865 yıllarıyla ilgili bir araştırmaya göre, 264 izin isteğinden yalnızca 39 tanesi benimsenmiştir. Demek, izin isteklerinin yalnızca % 14’üne olumlu yanıt verilmiş, geriye kalanların ise örtbas edildiği izlenimi yaratılmıştır. Üstelik bu izinler de, mahalle ve kır bekçileri gibi alt kade-

23- (1) DUCROCQ, I, n 585, HELIE, n 865

(2) Bu konudaki tartışmalar için bakınız: SARICA, Ragıp, *İdari Kaza*, İstanbul, 1949, s 696-708

medeki memurlar için verilmiş, üst dereceli görevliler yargılanmaktan kurtulmuşlardır. Ayrıca yapılan incelemeler, izin isteklerinin gerekçesiz reddedildiklerini, gerekçeli olanların da bakan ya da birim başkanının tersi görüşüne dayanılarak kapatıldıkları görülmüştür. Kimilerinde de, görevlinin yanlışını kabul ettiği, bunun ve yapılan uyarının memur için yeterli ceza olduğu ya da memurun görevine son verildiği ve bunun da bakanca ceza olarak yeterli görüldüğü belirtilmiş; böylelikle de memurun keyfi davranışları ve yetki aşımaları saptandığı halde, disiplin cezası ile yetinilerek, hakkında kamu davası açılmamış, bunlar da skandal-lara yol açmıştır<sup>1</sup>.

1799 Anayasasının 75. maddesiyle aşırı bir yetkinin olası kötüye kullanımını örtmek için kimi memurlara bir ayrıcalık mı getirilmiştir? Bu durmamacasına söylenmiş ve, yukarıdaki rakamlardan da anlaşılacağı üzere, kovuşturma izninin çok kez verilmemesi bu görüşün güçlenmesine yol açmıştır<sup>2</sup>. Berthélemy, buna itiraz etmekte ve şöyle demektedir. “Aslında bu doğru değildir. Çünkü yönetsel güvence yöneticiler yararına hiçbir ayrıcalık getirmiyordu. Ayrıcalık için benzer durumlardaki tutumlar arasında eşitsizlik olması gerekir. Memur, verdiği zarardan sorumlu değildi, oysa sıradan biri olsa sorumlu olurdu. İşte eşitsizliğin burada olduğu söyleniyor. Oysa, hiç de öyle değil. Çünkü, yine yukarıda da belirtildiği gibi, kovuşturma, görevin yapılması sırasındaki zararlarda reddediliyordu. Oysa sıradan kimselerin benzer bir özü yoktu. Nitekim, yargıçlar ve savcılar için bu güvence bugün de sürmektedir”<sup>3</sup>. Ne var ki, önceden izin alma, ilgililer için hep sıkıcı olmuş, apaçık cürümlerin işlenmesi durumunda, savcılığın harekete geçememesi, kimi skandallara yol açmış, bu maddenin sık sık kaldırılması<sup>4</sup>, ayrıca yönetsel güvencenin üç satırlık bir metinle başarılamayacağı dile getirilmiş, 1835’te yukarıda değinilen ve Sauzet ve arkadaşlarınca 75. maddenin yerine önerilen metin ise yüzüstü kalmış, Hélie’nin dediği gibi, yönetsel güvence sistemi, amaçta

24- (1) BONASI, s 158, (dip not, 1) Bir başka istatistik DUCROCQ, I, n 583, WALINE, n 1360 Bérenger, 1818’de yazdığı yapıtında, Fransa’da yönetsel ve yargısal otoritenin monarşinin denetim aracı bulunan yönetime bağlı olduklarını belirttikten sonra, I Napoléon’u izleyen dönemde de, yargının yönetime oranla daha etkisiz bulunduğunu uzun uzun anlatır ve Napoléon’un Elbe’de sürgünde iken bir yargıcın kendisiyle yaptığı bir konuşmayı aktarır. Burada yargıç, İmparatora, yönetsel otoritenin yargının bütün yetkilerini eline geçirdiğini, bir köy yöneticisinin (muhtar) bile bir mahkeme başkanından daha güçlü olduğunu söylemiş ve İmparator bunu şaşkınlıkla karşılamıştır. Bérenger yönetsel otoritenin, adli ve idari yargılardan uzak tutulmasını ve salt yönetimle ilgilenmesini önermektedir (BERENGER, M, De la justice criminelle en France, Paris, 1818, s 315-323, 343-361)

(2) de TOCQUEVILLE, Alexis, L’ancien rejime et la révolution, Paris, 1987, s 126 vd. Ayrıntılı eleştirisi için bakınız HELE, n 871-876

(3) BERTHELEMY, s 86

(4) Ne var ki, uygulamada ilgililer, yalnızca adli mahkeme izin olmadığı için davayı kendiliğinden reddettiği zaman Danıştaydan izin istemişlerdir. Ancak mahkemeler, kendilerini yetkili görebiliyordu. Yönetimin elinde ise mahkemeleri davayı izne değin ertelemek için bir yetki yoktu. Bundan da çıkan sonuç şudur. Anılan 75 madde, ilgililerden çok savcılara yönelikti (HAURIOU, s.316)

ayrılık, dayanılan gerekçede başkalıklar göz ardı edilerek, politik güvenceyle aynı kurallara ve aynı sonuçlara tabi kılınmıştır<sup>5</sup>.

25. Bu durumun doğal ve beklenen sonucu, yakınmaların artması olmuş, ilginçtir, III. Napoléon zamanında ulusal savunma hükümeti tarafından 19 Eylül 1870 tarihli Yasa düzeyindeki kararnameyle, Moreau'nun anlatımıyla, keyfiliğin simgesi olan 75. madde ve onunla ilgili olup memurlar hakkında kovuşturmayı önleyen genel ve özel yasalarla Ceza Yasasının 127. ve 129. maddeleri yürürlükten kaldırılmıştır. Benoît'ya göre bu olay, Fransız adalet tarihinde yıkılan ikinci Bastille'dir. Bu kaldırmanın (ilganın) sonuçlarını, yönetsel ve yargısal içtihatlar sistemi içinde yer alan aşağıdaki üç kuralın ışığında değerlendirmek gerekir: 1. memurlar hiç bir biçime tabi olmaksızın, görevleri sırasındaki eylemleri nedeniyle işledikleri ileri sürülen suçlar konusunda olağan mahkemeler önünde kovuşturulabilirler. 2. Ancak bu mahkemeler, cezai ve hukuki sorumluluğun incelenmesi yönetsel bir işlemin değerlendirilmesini gerektirdiği zaman, kovuşturma yapamazlar ve görevsizlik kararı vermek zorundadırlar. 3. Tersine, yönetici olarak değil de insan olarak suçlanıyorlar, yani kişisel eylemlerinden dolayı yasa onları suçluyorsa, bu mahkemeler onları yargılamaya yetkilidir. Özetle, 1870 kararnamesi, bu yorum benimsendiği takdirde, erklerin ayrılığı ilkesine ilişmeksizin, kişi olarak memuru kovuşturmak amacıyla düşünülen izni kaldırıyordu. Böylece, memurun kovuşturulması işlemi; önceden izin alma zorunluluğuyla bütün bütüne engellenmese bile, yetkisizlik, kamu düzeni gibi itirazlarla yönetsel eylem ve işlemleri adli merciler inceleyemediğinden, her zaman felce uğramıştır. Bireysel özgürlüğü koruma kaygısıyla Clémenteau 16 Aralık 1904'te Senatoya ve Cruppi 3 Şubat 1905'te Ulusal Meclise birer öneri sundular. Bunların amacı bireyin özgürlüğüne zarar veren memurların kovuşturulması engelini ortadan kaldırmak idi ve fakat sonuç alınamadı<sup>1</sup>.

26. Görülüyor ki, izin sisteminin anayurdu Fransa'da bile yönetsel güvence anlayışı bugün artık benimsenmemektedir. O Fransa ki, adli yargıya güvensizlik aşamasından idari yargı aşamasına gelmiş, kamu gücü ve bir işi yürütme (temşiyet) işlemleri ayırımı ile idari yargı yetkisinin genişlemesi aşamasını yaşamış ve her zaman yönetimin denetlenmesini idari yargıya verme eğilimini taşımış; bugün

(5) DUCROCQ, n 586, HELIE, n 872, 876

25- (1) GARRAUD, I, n 170, AUBY, J-M, AUBY, J-B, s 167, BENOIT, n 1314, VEDEL, s 549, 550, de LAUBADERE, n 1245, DEBBASCH, s 350, MOREAU, s 366, 367, BERTHELEMY, s 87-88, HAURIU, s 316, 317, DUCROCQ, I, n 587, 588, WALINE, n 1361, ROLLAND, n 42 vd, TOUZAC, s 470, ESMEIN, A, *Eléments de droit constitutionnel français et comparé*, Paris, 1909, s 520, NORMAND, A, *Traité élémentaire de droit criminel*, Paris, 1896, n 808, De VABRES, H Donnedieu, *Traité de droit criminel et de législation pénale comparée*, Paris 1947, n 1102, VILLEY, Edmond, *Précis d'un cours de droit criminel*, Paris, 1906, s 180, 181, MAGNOL, Joseph/VIDAL, Georges, *Cours de droit criminel*, II, par Magnol, Paris, 1949, n 643

ise kamu hizmeti anlayışını adli yargıya geniş yetkiler verecek biçimde değiştirmiştir<sup>1</sup>. Günümüz Fransa'sında, artık memurlara karşı dava açmak için, ister görevle ilgili olsun, ister olmasın, c.savcısının Danıştaydan karar ya da yönetimden izin alınmasına gerek yoktur. Çünkü bütün yurttaşlar yasa önünde eşittirler. Memurlar için de, onların yararına ya da zararına bir düzenleme ve bu konuda özel bir yargılama söz konusu değildir. İzin sistemi tarihe karışmıştır<sup>2</sup>. Bununla birlikte bugün bile Fransa'da uygulamanın, nötr eksenini memurların yararına, memur olmayanların zararına saptırdığı ve dengeyi bozduğu<sup>3</sup>, memur kavramının yasalarda keskin çizgilerle tanımlanmaması yüzünden yargısal kararlarda alabildiğine genişletilerek -ki Fransız Yargıtay Ceza Dairesinin 29.5.1889 tarihinden bu yana bu eğilimde olduğu gözlenmektedir- yasa koyucunun bunu önleme girişimlerinin dizginlendiği belirtilmiştir<sup>4</sup>.

Gerçekten, bütün yurttaşların yasalar, özellikle de ceza yasaları önünde eşit olmaları zorunludur. O nedenle demokratik bir ülkede, memurların ne yararlarına ne de zararlarına bir rejim söz konusu olabilir. Fransa'da da VIII. yıl Anayasasının 75. maddesi kaldırıldıktan sonra, memurlara karşı kovuşturma, öbür kimselere karşı yapılanlar gibi, c.savcılarınca yürütülmekte, ancak c.savcısı durumu memurun bağlı bulunduğu valiye ya da zimmet söz konusu ise Sayıştay savcısına bildirmektedir. Ne var ki, yasa koyucunun görevinin kamu hizmeti olması nedeniyle yine de memuru kötüye kullanılan suçlamalara karşı korumaya çalıştığı ve öte yandan devlet yararı nedeniyle de memur niteliğinin cezayı artırdığı bir gerçektir. Ancak Fransa'da yazılı hukuk bu konuda çok dağınık, üstelik memur tanımı ve sınıflaması da oldukça karmaşıktır<sup>5</sup>.

27. Böyle olmakla birlikte bu konuda kimi kuralların geliştirildiği görülmektedir.

26- (1) YÜKSEL, Ayten, *İdare hukukunun tatbik sabası*, A Ü H F D , 1959, s 74-76, BONNARD, Roger, *Le contrôle juridictionnel de l'administration, étude de droit administratif comparé*, Paris, 1934, n 78 Fransa'da adli ve idari yargı ayrılığı, artık kökleşmiş gibidir Bu konuda bakınız PINAULT, Michel, *Perspectives ouvertes à la juridiction administrative par la loi du 31 décembre 1987 portant réforme du contentieux administratif*, EDCE, 1988, n 40, VERPEAUX, Michel, *La loi n 87-1127 du 31 décembre 1987 et ses décrets d'application, un pas vers la dualité des ordres juridictionnels*, Actualité législative, Dalloz, 1989, n 1, Bimensuel 7 année, 13 Janvier 1989, s 177-189

(2) STEFANI , n 480, PRADEL, *Procédure pénale*, Paris, 1995, n 376, RASSAT, M -Laure, *Procédure pénale*, Paris, 1995, n 278, AYOUB, Eliane, "Inculpation et protection du fonctionnaire (une illustration nouvelle de l'indépendance de l'administration à l'égard du juge pénal)", D 1992, obs 125, SARICA, s 706, 707, ÖZEK, *Türk Hukukunda Memurların Muhakemesi*, I Ü H F M , 1960, sayı, 4, s 35, ADAL, Hasan Şükrü, *Modern Devlette Memur*, Ankara, 1939, s 89, ONAR, s 1247, AUBY , s 167, PLANTEY, Alain, *Fonctionnaire public*, Encyclopédie juridique, Dalloz, 1959, n 457, DUCORCQ, I, n 588 *Uyuşturucu madde ve açığa çık filmle ilgili özel düzenlemedeki izinler* (1993 tarihli Fransız Ceza Yasası, md, 222-34/39 ve 227/24) bu incelemenin dışındadır (DESORTES, Frédéric/LE GUNEHEC, Francis, *Le nouveau droit pénal*, Paris, 1996, I, n 710)

(3) LIETI, VEAUX, *La caste des intouchables ou la "théorie" du délit du service*, Dalloz, 1992, Chron , n 133

(4) PLANTEY, *Fonctionnaire* , n 457, PLANTEY, Alain, *Traité pratique de la fonction publique*, L G D J , Paris, 1971, n 3241

(5) PLANTEY, *Traité* , n 3241-3245

İlkin, hükümlerin uygulanmasıyla ilgili uyuşmazlığı, uyuşmazlık Mahkemesi çözer. Bir suç kanıtı, kişisel yanılının (kusurun) karinesi sayılmaz<sup>1</sup>.

İkincisi de memurlar yararına yasayla konulan kuralları vardır. Bunlar yargıç ve savcılar, valiler, adli kollukla ilgilidir. C.Yargılama Yasasının 679. maddesi, Yargıtay, Danıştay, Sayıştay üyeleri, adli ve idari yargıçlar, savcılar, 687. maddesi adli kolluk için özel kuralları getirmiştir. Buna göre yargılayacak mahkemeyi Yargıtay saptamaktadır. Görevle ilgili ve ilgisiz suçlarda kovuşturmanın nasıl yapılacağı bellidir.

28. Ülkemiz, yönetim hukuku açısından Fransa'dan esinlendiği için, yönetimin hukuksal sorumluluğu konusuna da değinmekte yarar vardır. Fransa bu bakımdan üç dönem yaşamıştır.

Birinci dönem, yukarıda da belirtildiği gibi, devletin ve dolayısıyla kamu gücünün/idarenin sorumsuzluğu dönemidir. Egemenliğin doğal sonucu sayılan bu anlayış dönemi, 1789'da toplumun memurdan ancak izinle hesap sorabileceği görüşüyle yumuşamış ve 1870'e değin sürmüştür<sup>1</sup>.

İkinci dönem, 1870'te izin sisteminin kalkmasıyla başlayan, kusurların ve sorumlulukların ayrışmasıyla (birleşmemesi) noktalanın dönemdir. Kanımca bu dönem 1911 yılına değin sürer. Bu döneme Fransız Uyuşmazlık Mahkemesinin iki kararı damgasını vurmuştur. Bunlardan birincisi 8.2.1873 tarihli Bilanco kararıdır ve iki kural getirmiştir: Kamu hizmetinin kötü yürütülmesinden doğan ve devlete karşı açılan zarar sorumluluğu davasına bakmak idari yargıya aittir. Bu bir. Bu sorumluluk ne genel, ne de mutlaklır. Ancak bireysel (özel) haklarla devletsel (kamusal) hakları bağdaştırabilecek biçimde ve kendine özgü bir hukukla belirlenmelidir. Özel (medeni) hukuk ilkeleri bu açıdan yetersizdir. Bu iki<sup>2</sup>.

30.7.1873'te alınan Pelletier kararına göre ise dava; kusur görevle (hizmet kusuru ile) ilgili olunca idari yargı, kişisel kusurla ilgili olduğunda ise adli yargı önüne gidecektir. Edouard Laferrière'in ünlü formülüyle kabaca insan zayıflığından, tutku ve özensizliğinden doğanlar kişisel, hizmetle ilgili olanlar ise görevsel kusur sayılırlar. Karara göre izin sistemini kaldıran 1870 kararnamesi, adliye mahkemelelerinin yetkilerini genişletmemiştir. Yönetimsel işlemlerden/eylemlerden doğan davaya idari yargı; öbürlerine adli yargı bakacağından, bu konuda doğan uymazlığı, Uyuşmazlık Mahkemesi çözecektir. Kusurun türü sorusunun Uyuşmazlık Mahkemesince

27- (1) PLANTEY, n 3247

28- (1) MOREAU, s 366, DUTHEILLET, s 113, RIVERO, n 260, BERTHELEMY, s 96, LECLERCQ, Claude, CHAMINADE, Andre, Droit administratif, Litec, Paris, 1992, s 34, 35, MORAND-DEVILLER, Jacqueline, Cours de droit administratif, Paris, 1991, s 607

(2) BENOIT, n 1323 v d, MOREAU, s 366, 367; DUTHEILLET, s 114, JEZE, Gaston, Les principes du droit administratif, Paris, 1926, s 164

çözülmesiyle, hem memurlar güvenceye bağlanmış, hem davacı bireylerin adli yargıda yaratacakları olası olup bittilere engel olunarak erkler ayrılığı ilkesine uyulmuştur<sup>3</sup>.

Üçüncü dönem ise, kusur ve sorumlulukların birleştiği, 3.2.1911 tarihli Anguet kararıyla başlayan dönemdir. Birleşme iki türlü olmaktadır. Ya aynı davada görevsel ve kişisel kusur birliktedir ya da 26.7.1918 tarihli Lemonnier kararında belirtildiği gibi aynı eylem iki türlü nitelendirilmiştir. Blum'un etkisiyle alınan Lemonnier kararında, Blanco kararı gibi, sorumluluğun mutlak olmadığı, tersine genel olduğu vurgulanarak kusur ve sorumlulukların birleştiği belirtilmiştir. Çünkü, "kusur belki hizmetten ayrılırdı, ama hizmet kusurdan ayrılamaz"dı. Danıştay, 28.7.1951 tarihinde aynı gün verdiği Laruelle kararıyla yönetimin kişisel kusurdan dolayı mağdura verdiği ödenceyi memurdan geri alabileceğini, Delville kararıyla, memurun da adli yargı önünde kişisel ve görevsel kusurları nedeniyle hüküm giyip ödediği ödenceyi yönetimden isteyebileceğini hükme bağladı. Ancak Lemonnier kararından sonra Danıştay, görev kusuru kavramını alabildiğine genişletti. Hizmet içinde her eylemde bu kusuru gördü. Çünkü kişisel kusur idari yargıya göre yönetimin sorumluluğunu doğurmuyor, bundan da ödeme gücü olmayan memura karşı dava açan mağdurlar zarar görüyordu. Zarar ne denli ağırsa, ödememe tehlikesi de o denli çoktu. O nedenle kusur ve sorumlulukların birleşmesi ilkesi benimsendi ve güçlendirildi. Zarar gören için iki seçenek vardı. Ya adli ya da idari yargıya başvurmak. İkisine birden de dava açılabilir. Ancak bu, aynı işlemde/eylemde dolayı iki kez ödence almak anlamına gelmemektedir. Çünkü böyle bir durum, haksız zenginleşmeyi doğurur ve hukuk ilkeleriyle bağdaşmaz. O nedenle, zarar gören kamu yönetiminden ödence almışsa, suçlu memura karşı açılan davada zarar görenin yerine geçebilmektedir (Danıştay, 25.2.1949)<sup>4</sup>.

Görülüyor ki, yönetsel ve yargısal otoritelerin ayrılması ilkesi, memur hakkında cezai ve hukuki kovuşturma yapılmasını engellemektedir. Ancak, memurun

(3) BENOIT, n 1315, 1316, VEDEL, s 550, 551, MORAND/DEVILLER, s 610, 611, de LAUBADERE, n 1246, 1247, HAURIOU, s 316, 317, RIVERO, n 265, MOREAU, s 368, ONAR, s 1247, WALINE, n 1362-1364, 1368 *Türkçe'de bu konuyu ayrıntıyla inceleyen şu yazılara bakınız* SARICA, *Idare Ajan ve Memurlarının Gördükleri Fonksiyon Sırasında İşledikleri Suçlardan İdare Malen Mesul Tutulabilir mi?* I Ü H F M, 1945, sayı, 3-4, s 3-35, SARICA, *Ajan ve Memurların Vazifeleri Sırasında İşledikleri Bazı Suçların Hizmet Kusuru Sayılıp Sayılamayacağı Meselesinin Münakaşası*, I Ü H F M, 1946, sayı, 1, s 85-118 *Ayrıca Pelletier kararına karşı çıkan Profesör René Jacquelin ile onun görüşlerini eleştiren düşünceler için bakınız* SARICA, *Fransa'da Ajan ve Memurlar Aleyhinde Açılan Tazminat Davalarında Şikâyeti Mucip Fiilin Şahsi Bir Kusur mu Yoksa Bir Hizmet Kusuru mu Teşkil Ettiğini Tayin İşinin İhtilaf Mahkemesine Ait Bulunduğu Hususunda İhtilaf Mahkemesinin Pelletier Kararından Beri Şaşmaz İctibadı ve Buna Karşı Serdedilen Bazı Tenkitler*, I Ü H F M, 1947, sayı, 1, s 23-64, SARICA, *Pelletier İctibadına Karşı Serdedilen Tenkitlere Cevap*, I Ü H F M, 1947, sayı, 2, s 473-512

(4) de LAUBADERE, n 1249-1254, DEBBASCH, Charles, *Institutions et droit administratifs*, PUF, Paris, 1992, II, s 250, 255, 257, VEDEL, s 552, 553, MOREAU, 369, 370, PLANTEY, *Traité*, n 3195-3199, DUPUIS, s 485 vd

görevini yaparken işlediği bir suç hizmet kusuruyla ilgili ve bundan bir zarar doğmuşsa, ceza mahkemesinin davaya katılan mağdur yararına ödenceye hükmetmesi olanaksızdır. Çünkü bu konuda tek yetkili, idari yargıdır. Uyuşmazlık Mahkemesi 2.6.1945'teki kararıyla bu ilkeyi bir kez daha vurgulamıştır. Ne var ki, ceza mahkemesinin hukuk davası konusunda karar vermeye yetkili olmaması, suçtan zarar gören mağdurun ceza davasına katılmasına engel değildir. Nitekim Fransız Yargıtayı Ceza Dairesinin 22.1.1953 ve 29.1.1957 tarihli kararları da bu doğrultudadır <sup>5</sup>. Görevden ayrılabilir nitelikteki kişisel kusurdan doğan ödence davalarında ise hiçbir izin ve sınırlama söz konusu değildir ve buna bakmaya adli yargı yetkilidir. Ancak ayırık olarak, idari yargının yetkili olduğu konular vardır <sup>6</sup>. Öte yandan, bu konularda öngörülen ceza yargılaması ile disiplin yargılaması arasındaki ilişkiler, yönetsel ve yargısal güvenceler <sup>7</sup>, kuşkusuz bu incelemenin dışındadır.

#### 4. İsviçre'deki gelişme:

29. Bu ülke Türkiye için önemlidir. Geçen yüzyıldan bu yana İsviçre'de memurlar iki ayrı yargılama Yasasına tabidirler. Eskiden birisi federasyon memurları için konulan 9 Aralık 1850 tarihli Konfederasyon makamlarının ve memurlarının sorumluluğuyla ilgili Yasaydı ve daha sonraları 1930 tarihli Yasa bunun yerine geçti. Öbürü, Federal Meclis ile bu Meclisçe atanan memurlarla ilgili olan 1927 tarihli memurların konumuna ilişkin Genel Federal Yasa idi. Federal Meclisin atadığı memurlar hakkında kovuşturma yapılabilmesi için bu konuda her iki Meclisin de kararı gerekmekteydi. Öteki memurlar için kovuşturma genel hükümlere göre yapıldı. Ancak konfederasyon yasalarının çiğnenmesi durumunda Ulusal Meclis işi, Federal Mahkemeye gönderebilmekteydi<sup>1</sup>. Ayrıca 26 Mart 1934 tarihli konfederasyon yararına siyasal ve polise ilişkin güvenceler Yasası vardı ve bu Yasa bugün de yürürlüktedir.

Bugün, İsviçre'de bir kimsenin federal memur olabilmesi için, Statü Yasasının 1. maddesine göre, Federal Konseyce bu sıfatla atanması gerekir. Atanacağı yerler de bu konseye bağlı bir hizmetle ya da federal mahkemelerde bir görevle ilgili olmalıdır. Bu hüküm iki koşul aramaktadır. Birincisi memur, Yasanın gösterdiği otoritelerden biri tarafından atanmalıdır. İkincisi ise federal memur sıfatıyla atanma kararı Federal Konseyce tanınmalıdır. Bu memur kavramı 14.3.1958 tarihli Konfederasyonun, onun yetkili otorite üyelerinin ve memurlarının sorumluluğuyla ilgili

(5) STEFANI, n 480

(6) SARICA, s 707, 708, AUBY, J -M AUBY, J -B , s 168

(7) Ceza ve disiplin yargılamaları arasındaki ilişkiyi hukuktaki son gelişmelerin ışığında değerlendiren ilginç bir inceleme için bakınız DELMAS-MARTY, Mireille, *Réflexions sur le pouvoir disciplinaire*, *Revue Trimestrielle des Droits de l'Homme*, 1 Avril 1995, n 22, s 155-160 Ayrıca bakınız AUBY, J -M /AUBY, J -B , s 169 v d

29- (1) ÖZEK, *Türk Hukukunda* , s 36



Yasa tarafından da benimsenmiştir. Ancak bu Yasa öbür metinlere göre daha dar-  
dır. Federal Anayasanın 12. maddesindeki sivil ve askeri memurlar daha kapsamlı-  
dır. Anayasanın 77. maddesi Federal Konseyce atanan memurları Ulusal Konseyin  
dışında tutmuştur. Uygulamada bu madde Federal Meclisin gözetimindeki görevli-  
leri içine almaktadır. Federal seçimlerle ilgili 19.7.1872 tarihli Yasanın 15. madde-  
sindeki memur terimi federal otorite üyelerini, yani federal üyeleri, Konfederasyon  
şansölyesini, federal yargıçları içermektedir. 30 Mart 1911 tarihli Borçlar Yasasının  
(CO) 61. maddesine göre, kamu hukukuna uygun olarak devlet görevi yapan her-  
kes memurdur. Ceza Yasasına göre, devlete bağlı olarak kamu hizmeti yapan her-  
kes memurdur (Federal Mahkeme kararları, 70 IV 219; 71 IV 144; 76 IV 102, 151)<sup>2</sup>.

Memurların statüleri hakkındaki Yasanın 1. maddesine göre, federal memurlar  
kamu hukukuna uygun olarak ve özgürce kabul edilmiş bir atama işlemiyle, hiye-  
rarşik bir disiplin altında, belirli bir süre için bir ücret karşılığında, temel etkinlikle-  
rini Konfederasyon hizmetinde yerine getiren kimselerdir.

30. İsviçre’de federal memurlar için, özellikle disiplin suçlarında özel hükümler  
getirilmiş; ayrıca askeri yargıda yargılanan askerlerin (Askeri Ceza Yasası, md. 180  
vd.) yanı sıra, gümrük memurları (1 Ekim 1925 tarihli gümrükler Yasasının: “Loi  
sur les douanes” 137. maddesi uyarınca 1.1.1932 tarihli yönetmelik) ve federal po-  
liteknik okulları profesörleri için özel düzenlemeler getirilmiştir<sup>1</sup>.

Kuşkusuz disiplin soruşturması da ceza soruşturması gibi, yönetimin iyi işle-  
mesi amacını güder. Ancak, güdülen amaçlar açısından yerindelik/uygunluk anla-  
yışı, cezaya oranla burada daha baskındır<sup>2</sup>.

Konfederasyon memurlarının sorumluluğu, 14 Mart 1958 tarihli Konfederasyo-  
nun, onun otoriteleriyle üyelerinin sorumlulukları hakkındaki Yasa ile düzenlenmiş-  
tir ve bu Yasa yukarıda anılan 9 Aralık 1850 tarihli Yasanın yerine geçmiştir. Ancak  
bu konuda ayrıca özel yasalar da bulunmaktadır. Bu özel yasalar, genellikle yukarı-  
da anılan temel yasanın uygulanmasını daraltıcı nitelikte iseler de, kamu gücünün  
hukuka aykırı kullanımına ilişkin özel bir neden Borçlar Yasasının hükümlerinin uy-  
gulanmasını gerektirdiği takdirde, özel yasa geri çekilmekte, temel yasa uygulan-  
maktadır. Öte yandan özel yasalar, yönetimin özel kesimlerinin sorumluluğuna iliş-  
kin kurallar öngörebilmektedirler. Bu ve yukarıda anılan temel Yasa yollama yaptığı  
ölçüde, Borçlar Yasasının hükümleri tamamlayıcı hukuk olarak uygulanmaktadır<sup>3</sup>.

1958 Yasasının 1. maddesi, Konfederasyonla ilgili kamu görevini yapan bütün

(2) GRISEL, André, *Droit administratif*, Neuchâtel, 1970, s 231, 232

30- (1) GRISEL, s 267

(2) GRISEL, s 267

(3) KNAPP, Blaise, *Précis de droit administratif*, Bâle, 1991, n 2412-2418

kişilere Yasanın uygulanacağı ilkesini getirmiş ve bunların kimler olduklarını altı bentte saymıştır: Meclis, hükümet, Federal Mahkeme, Şansölye, yönetim ve mahkemeler dışındaki makam ve kurul üyeleriyle federal memurlar, ajanlar; konfederasyonda kamusal görevle yükümlü olanlar <sup>4</sup>.

31. Hukuki sorumluluk için, anılan Yasanın 1. maddesindeki memur, görevle ilgili bir işlem/eylem yapmalı, bu etkin ya da edilgin işlem/eylem hukuka aykırı olmalı, bundan özel ya da tüzel bir kişiyi ilgilendiren bir zarar doğmalı, zararlı işlem/eylem arasında nedensellik bağı bulunmalıdır. Görevli, kasıtlı ya da taksirle davranmışsa, yönetimin kendisine rücu hakkı bulunmaktadır <sup>1</sup>.

Böylece sözü cezai sorumluluğa getirmiş bulunuyorum. Ancak, şunu belirtmek gerekir ki, bir memur yükümlülüklerini çiğnerse, bundan bir zarar doğduğu takdirde ödenen sorumluluğunun yanı sıra, ceza ve disiplin sorumlulukları doğacaktır. Bu üç sorumluluk elbette birbirinden bağımsızdır. Çünkü onları doğuran koşullar başka, onlardan dolayı açılacak olan davalar başkadır. Bu konuda yetkili organlar karar vereceklerdir<sup>2</sup>.

Cezai sorumluluk açısından yukarıda anılan temel Yasada belirtilen görevliler, federal ceza hukukuna ve Federal Ceza Yasasına tabidirler. Bundan başka, bu memurlar için cezai kovuşturmada izin sistemi getirilmiştir. Bu durum, devletin federal yapısından kaynaklanmaktadır ve aşağıda incelenecek olan izinle ilgili 15. maddenin gerekçesi de kantonal ceza makamlarının kötüye kullanmacı müdahalelerine karşı federal görevlileri korumaktır. Amaç ise, federal etkinlikleri sürdürmektir. Burada unutulmaması gereken nokta şudur. Federal devletlerde, bu yapı nedeniyle her zaman iki yargılama vardır. Birincisi federal yargılama, ikincisi federe devlet, kanton ya da eyalet yargılaması. Bunun ilkin bir maksimal örneği vardır. A.B. Devletlerinde olduğu gibi her iki yargı her iki yapıda ilk mahkemeden son mahkemeye dek bulunmaktadır. Minimal örneği ise, Kanada'daki gibi, üst derece yargılaması yalnızca federal devlette yer almaktadır<sup>3</sup>. O nedenle 1958 Yasasının 15. maddesinin 1. fıkrasına göre, federal görevli hakkında cezai bir kovuşturmanın açılabilmesi için, ilkin suçun memurun resmi etkinliği ya da göreviyle bağlantılı olması gerekir (1 Kasım 1943 Tarihli Kantonlar Üst Polis makamlarına İlişkin Federal Kamu Bakanlığı Genelgesi ve Konfederasyon İdari Makamlar İctihadı, XVI, n.12, s.27 vd.)<sup>4</sup>. Buna tek ayırık hüküm, karayolları dolaşım (trafik) kurallarına aykırılıklardır<sup>5</sup>.

(4) KNAPP, n 2419, 2420, GRISEL, s 274, Bulletin sténographique officiel de l'Assemblée, fédérale, 1957, IV, s 816

31- (1) KNAPP, n 2423-2448

(2) KNAPP, n 36, 3133, 3134

(3) KNAPP, n 3138, HAUSER, Robert, Kurzlehrbuch des schweizerischen Strafprozessrechts, Basel/Stuttgart, 1978, s 44, PRADEL, Jean, Droit pénal comparé, Dalloz, Paris, 1995, n 241

(4) GRISEL, s 274, GRISEL, s 274

(5) KNAPP, n 3139

Yasanın 15. maddesine göre, görevle ilgili bir suçtan dolayı kovuşturma açılması önceden alınacak izne bağlıdır. Bu iznin temel amacı, görevliyi değil, yönetimi/devleti korumaktır. Çünkü yukarıda belirtildiği gibi, işlemin/eylemin görevle bağlantılı olması gerekir (Feuille fédérale, 1956 I, sayfa: 1425; Recueil officiel des arrêts du Tribunal Fédéral Suisse, 93 I 79, 86) <sup>6</sup>.

İzne yetkili makam, Adalet ve Polis Federal Departmanıdır. Federal Departman, yakınma ya da ihbarla ilgili olay ve hukuka ilişkin sorunların tümünü açığa çıkarmakla görevlidir. Yakınma ciddiyyetten uzak ya da suçlama apaçık biçimde temelsiz ya da yalnızca bir disiplin cezasıyla yetinilecek oranda hafif yahut da yüklenen suçun öğeleri oluşmamış ise izin verilmez. Yargı kararları da bu doğrultudadır (Anılan Yasa, md.15; RO 87 I 84; 93 I 78 vd. 85; JAXXXI, n.26, s.62, Konfederasyon İdari Otorite Kararı: jurisprudence des autorités administratives de la Confédération (JAAC), 1942/43, n.12; ATF 106 I b 273) <sup>7</sup>.

İznin değerlendirilmesi yetkili yönetime aittir. Ancak bu konuda koşullar varsa izin verilecektir. Yargı kararları iyi değerlendirilmelidir. Kuşkusuz suçlama konusu olay ya da suç öğeleri oluşmamış ya da kovuşturma koşulları gerçekleşmemişse izin isteği reddedilecektir. İleri sürülen olayların yersiz ya da özden yoksun olduğunun önsoruşturmada ortaya çıkması, yahut da yasa buyruğunu yerine getirmek gibi hukuka uygun ya da yerindelik ilkesinin gereği olduğunun anlaşılması durumunda, sonuç yine değişmeyecektir <sup>8</sup>.

Bunların dışındaki durumlarda yapılacak bir ret, genellikle hukuka aykırıdır ve görevlileri ayrıcalıklı duruma getirecek niteliktedir <sup>9</sup>.

İzin verme işlemi kesindir ve buna karşı çıkılamaz (md.15/4). Ancak bu isteğin reddi işlemine karşı, Yargısal Örgütlenme Yasası uyarınca (md.97) kanton savcısı ya da zarar gören itiraz edebilir ve konunun hukuk ve olay açılarından yeniden değerlendirilmesini idari yargıdan isteyebilir (md.15/5). Zarar gören kavramı ceza hukukuna göre değil, Yargısal Örgütlenme Yasasına (md.103) göre belirlenir. Basit fiili yarar bunun için yeterlidir (ATF 112 I b 350) <sup>10</sup>.

(6) GRISEL, s 274, HAUSER, s 44

(7) GRISEL, s 275, KNAPP, n 3143, FAVRE, s 229, PIQUEREZ, Gérard, *Précis de procédure pénale suisse*, Lausanne, 1994, n 649, 650

(8) KNAPP, n 3141, 3142 Federal Mahkemenin 12 5 1961, 17 3 1967 tarihli kararları (Arrêts du Tribunal fédéral suisse (BGE), 1961, 87, s 81-86, 1967, I, 93, s 75-82)

(9) KNAPP, n 3144

(10) GRISEL, s 275, KNAPP, n 3145, FAVRE, s 229, HAUSER, s 44, PIQUEREZ, N 651, 652 Federal Mahkeme 8 3 1974'te verdiği bir kararda, devrimcilerin telefonlarını dinleyen polisin eylemini hukuka uygun bulmuş, polisler hakkında izin verilmemesi yolundaki karara yapılan temyiz isteğini esastan reddederken, Ceza Yasasının 32 maddesinde öngörülen "yasa gereği mesleğin yürütülmesi" biçimindeki hukuka uygunluk nedenlerine dayanmıştır. Görüldüğü üzere izin makamı ve Federal Mahkeme bu konuda çok duyarlıdır (Arrêts du Tribunal fédéral suisse, 1974, I, b 100 band, s 13-21)

Eğer ilgili merciden izin alınmadan soruşturma yapılmış ve dava açılmış, hatta ilk mahkemece yargılanan sanığın eylemleri işlediği benimsenmiş ve fail hüküm giymişse, ikinci derecede bu izin alınabilecektir ve böylece sakatlık giderilebilecektir. Bu nedenle izin alınmadan yapılan işlemler ve mahkemenin verdiği karar hiç (batıl) sayılmayacaktır. Federal Mahkemenin kararı da böyledir (ATF 110 IV 46 ve BJP 1985, n.888) ve bu husus, ülkemiz açısından önemlidir. Öte yandan izin suç, görevin bitiminden sonra işlense de zorunludur <sup>11</sup>.

32. İsviçre Ceza Yasasının 340. maddesine göre, federal görevli Yasanın XVIII. başlığında sayılan göreviyle ilgili suçlardan birini işlerse, kanton mahkemelerinde değil, federal yargı organında yargılanır. Öbür suçlarda ise kanton mahkemeleri yetkilidir (İs. Ceza Yasası, md.343). Bu suça katılan üçüncü kişi de, eyleme katılan olarak, aynı mahkemede yargılanacaktır <sup>1</sup>.

Ancak, bir görevli, görevi çerçevesinde ve yerindelik/uygunluk ilkesine uygun olarak silah kullanmışsa bu, sorumluluğu gerektirmez <sup>2</sup>.

Öte yandan, 21 Aralık 1937 tarihli İsviçre Ceza Yasasının 3. kitabı, yürürlük, federal ve kantonal yasalarla Ceza Yasası ilişkileri, önceki yasalar, federal ve kantonal yargı, yetki, adli sicil v.b. ile ilgilidir. Bu bölümde yer alan 365-368. maddeler ise yargılamaya ayrılmıştır. Yasanın 365. maddesi kantonal makamların önündeki yargılamanın kantonlarca düzenleneceğini ve buna getirilen ayrık hükümleri; 367. maddesi kabahatleri ve 368. maddesi de yargılama giderlerini hükme bağlamıştır.

Bizi ilgilendiren 366. madde ise, birinci fıkrasında 9 Aralık 1850 tarihli Yasanın -ki yerine 14 Mart 1958 tarihli Yasa geçmiştir- ve 26.3.1934 tarihli Konfederasyon Yasasına siyasi güvenceler ve polise ilişkin güvenceler Yasasının hükümlerinin yürürlükte olduğunu belirttikten sonra ikinci fıkrasında kantonlara tanınan yargılamayla ilgili yetkileri/hakları düzenlemiştir.

Bu fıkranın (b) bendinde, yürütme ya da yargısal nitelikteki üst makamlarda görev alanların görevlerinin yapılması sırasında işledikleri cinayet ya da cünha suçlarından dolayı cezai kovuşturmanın, adli olmayan bir makamın iznine bağlanabileceği ve yargılamanın da özel bir makama verilebileceği belirtilmiştir.

Ayrıca içinde belirteyim ki, İsviçre Ceza Yasasına göre üç günden 3 yıla değin hapis cezasını gerektiren suçlar cünha, 1 yıldan 20 yıla değin ağır hapis cezasını gerektiren suçlar cinayettir (md.9, 35, 36).

Kimi kantonlar bu hakkı kullanmışlardır. Örneğin Saint Gall kantonunun 9

(11) *Arrêts du Tribunal Fédéral Suisse, Recueil officiel (ATF) 110, IV, s 46 ve ATF, 111, IV, s 37. KNAPP, n 3146, PIQUEREZ, N 653*

32 (1) KNAPP, n 3147, FAVRE, s 229

(2) KNAPP, n 3148

Ağustos 1954 tarihli Ceza Yargılama Yasasının 10. maddesine göre, dava hakkının kötüye kullanımına karşı, adliye içinde yer alan suçlama dairesine izin yetkisi tanınmıştır. Ancak verilen karar yönetsel nitelikte olup yargı yoluna açıktır. Bunlardan da anlaşılacağı üzere kantonlar için de gerekçe aynıdır ve de izin üst memurlarla sınırlıdır <sup>3</sup>.

Şunu da eklemekte yarar vardır. İsviçre’de 22 Mart 1974 tarihli İdari Ceza Hukukuna İlişkin Yasa, daha önceki 15 Haziran 1934 tarihli C.Y. Yasasının idari ceza hukukuyla ilgili maddelerini kaldırmış ve Konfederasyonun idari yasalarla ilgili suçları yargılama yetkisini Federal Yönetime vermiştir. Yetkili yönetimin bağlı olduğu departman bir suçun cezayı ya da önlemi gerektirdiği görüşünde olduğu zaman, bu Yasaya göre davaya yetkili mahkeme bakacaktır (md. 21/2). O zaman Federal Yönetim, dava dosyasını yetkili mahkemenin kanton savcısına yollamaktadır. Bu yollamada suçlama konusu açıklanmaktadır (Aynı Yasa, md.73/2-3). Yönetim yalnızca soruşturmaya ya da bir para cezası söz konusu olduğunda yargılamaya yetkilidir. Bunlar dışında kalan durumlarda yetkili merci, mahkemedir. Kantonal otoriteler, ancak yönetim istediği takdirde kovuşturma açabilmektedirler. Kuşkusuz, bu söylenenler, idari ceza hukuku açısından geçerlidir <sup>4</sup>. Ceza hukuku açısından ise yukarıdaki yöntem uygulanacaktır.

Özetle, sınırlı izin sistemi bir yana bırakılacak olursa, İsviçre erkler ayrılığı ilkesine yaslanan ve Alman sistemini benimseyen, medeni ve cezai sorumlulukları adli yargı organına bırakmış bir ülkedir <sup>5</sup>.

## 5. Common law-equity sistemindeki gelişme:

33. Bu terimlerin tam Türkçe karşılıkları yoktur. Ortak hukuk ve hakkaniyet çevirisi ancak bir noktaya değin geçerlidir.

Ünlü İngiliz hukukçusu Jenks, dünyanın iki sistem tanıdığını söyler: Romanist sistem ve Common law-equity sistemi <sup>1</sup>.

En geniş anlamında “common law”, Anglo-Sakson ülkelerindeki hukuku anlatır ve özellikle XVII-XIX. yüzyıllarda kara Avrupası ülkelerinde uygulanan ve Ro-

(3) PIQUEREZ, N 654, OBERHOLZER, Nikaus, *Grundzüge des Strafprozessrechts*, Bern, 1994, s 208, 209 Ayrıca İsviçre’de federal yargı ile kantonal yargı arasındaki ilişki için bakınız PETER, von Markus, *Bundesstrafgerichtsbarkeit und kantonal gerichtbarkeit*, *Revue pénale suisse*, 1971, 87, s 185-189 (166-202) (Not Almanca metinlerin çeviri ve açıklamaları Dr Faruk Turhan ve Max Planck Enstitüsünde görevli İsviçreli hukukçu Dr Haus Vest tarafından yapılmıştır) (Sami Selçuk)

(4) PIQUEREZ, N 271, 272, 1668, 1669

(5) BONNARD, *Le contrôle*, n 115-118

33- (1) İleten BLANC-JOUVAN, Xavier, *Les Grands systèmes juridiques*, Paris, I I A P, Section juridique, second cycle 1972-1973, (çoğaltılmış ders notları), s 1, PARRY, Clive, (çev Vakur Versan), *İngiliz Hukuk sistemi*, İstanbul, 1945, s 14, MUMCU, Uğur, *İngiliz Hukukunda Ultra Vires kavramı*, A Ü H F D, 1970, s 37

manist hukuku anlatan “civil law” a karşıt olarak kullanılır. Böylece “common law” ile “civil law” Batı uygarlığında gelişmiş iki büyük hukuk sistemini anlatmaktadır<sup>2</sup>. Bununla birlikte, İngiltere coğrafi bakımdan Avrupa karasının ve hukuk açısından ortak Avrupa hukuku anlayışının dışında ve fakat ona bir ölçüde bağlıdır. Gerçekten ikisi arasındaki uzaklık, dilin yarattığı başkalıktan çok daha geniş Manş Boğazı ölçeğinde de gerçek ve derindir<sup>3</sup>.

Common law-equity sistemi, kuramsal açıdan çok özgündür. Öz açısından, sözelimi kara Avrupası ve İngiltere, benzer toplumsal ve ekonomik yapıya, benzer uygarlığa sahip olmalarına karşın, hukuk kuralının oluştuğu genel anlayış, hukukun işleyiş biçimi, sistemin genel yapısı, sistemin yollama yaptığı kavramlar ve kesimler bakımından aralarında uçurum bulunan iki ayrı hukuk sistemi sergilemişlerdir. İslamcı ve sosyalist hukuk sistemleri de, bu iki sistemden esinlendikleri oranda onlarla iç içe olmuşlardır<sup>4</sup>.

Common law-equity önce İngiltere’de doğmuş, ancak beş anakara üzerinde etkisini göstermiştir. Avusturalya; Amerika’da Birleşik Devletler, Kanada; Asya’da Hindistan, Pakistan, Yeni Zelanda; Afrika’da kimi müslüman ülkelerde, özetle ve özellikle “commonwealth” ta etkilerini göstermiştir. Ancak bu ülkelerin kimilerinde, gelenek hukuku, İslam hukuku gibi hukuklarla yarışmış ve hepsinde bire bir benzerlik sergilememiştir. Tarihsel ve ülkesel koşullar bunu gerektirmiştir. Sözelimi, Kuzey Amerika’nın 13 İngiliz kolonisinde benimsenen sistem, beşiği İngiltere’den farklı bir çizgi izlemiştir. O nedenle Common law-equity sisteminden değil, sistemlerinden söz etmek belki daha yerinde olur<sup>5</sup>.

34. Bu sistemin kökleri tarihin karanlığında gömülüdür. Birincisi, 1066 Normand fethine değin sürmüştür, Anglo-Sakson dönemidir ve iyi bilinmemektedir. Ancak hukuk tarihçelerine göre İngiltere’de özellikle 1066-1485 arasında “common law” ın; 1485-1832 arasında da “equity” nin oluştuğu ve her ikisinin yan yana yarıştıkları belirtilmektedir. 1832’den sonra ise yazılı hukuk gelişmiş, yargısal örgütlenmede, “equity” ve “common law” da iyileştirmelere girişilmiştir<sup>1</sup>.

İngiliz yargıcının eski örneklerle bağlılığından çok sık söz edilir. Ancak, İngiliz yargıcı, eski örneği (emsali) kullanmaktan çok özümser. Benzemeyen yönleri vurgu-

(2) RHEINSTEIN, Max, *Common Law-Equity*, *Enciclopedia del diritto*, Milano, 1960, VII, s 914, 915, VINCIGUERRA, Sergio, *Introduzione allo studio del diritto penale inglese, i principi*, Padova, 1992, s 17-73

(3) PARRY, S 14 (4) BLANC-JOUVAN, s 1

(5) DAVID, René/JAUFFRET-SPINOSI, Camille, *Les grands systèmes de droit contemporains*, Dalloz, Paris, 1992, n 264, 363 vd, BLANC-JOUVAN, s 2, 3, RHEINSTEIN, s 915, 916, 936, 958, TREVES, Giuseppino, *Commonwealth*, *Enciclopedia del diritto*, Milano, 1960, VII, s 973-978, PRADEL, Jean, *Droit pénal comparé*, Dalloz, Paris, 1995, n 56-63

34- (1) Ayrımı için bakınız DAVID/ , n 266, BLANC-JOUVAN, s 5-42, RHEINSTEIN, s 916, 917, KARAMUSTAFA-OĞLU, Tuncer, *İngiliz idare hukuku ve ultra vires doktrini*, Ord Prof Dr Ernest E HIRSCH’e Armağan, Ankara, 1964, s 50-54

layarak hukukun esnekliğini ve gelişmesini, son çözümlemede de özgünlüğünü sağlar. Gerçekten, Paul Valéry'nin dediği gibi "Özümsemek koşuluyla başkasından beslenmek kadar özgün bir şey olamaz. Aslanı aslan yapan, özümsemişi koyun etidir."

Bir karşılaştırma yapmak gerekirse, Kara Avrupası, Latin Amerika, Türkiye gibi kimi Asya; Tunus, Cezayir, Zaire, Kamerun gibi kimi Afrika ülkelerinde benimsenen Romanist hukuk; Dekartçı (Kartezyen) mantığa, Roma hukuku temeline, akılcı ve doğal hukuktan yola çıkan yasalaştırma etkinliğine yaslanmış bir hukuktur. On- da mantıklı olma kaygısı egemendir. Buna karşılık Common law-equity'de, özellikle İngiliz hukukunda tarihsel etki egemendir. Bu husus İngilizin gelenekçi/pragmatik niteliği ve yasalaştırma etkinliğiyle kişilik kazanır. İlk Common law-equity; ikinci olarak da "substantive law" ve "adjective law" diye ikiye ayrılması artık gelenekleşmiştir<sup>2</sup>.

Westminster Mahkemesince kotarılan "Common law" kural, Lord Chancellor Mahkemesince kotarılan "equity" ayrıktır. "Equity" de öz ve biçimle ilgilidir. Ancak, "common law"ı tamamlayıcı özel çözümler üretir. "Common law"a karşı çıkmaz. Bu husus, "Adalet/nispet hukuka saygılıdır: Equity follows the law" özdeyişinde yoğunlaştırılmıştır. Onun eksiklerini ve yetkin olmayan yönlerini düzeltir. Gittikçe sistemleşmiş, katı adaleti yumuşatmıştır. Eski örneklerin keyfilikliğini gidermiştir. "Common law", krallık geleneğine; "equity" geniş takdir yetkisi olan yargıcın vicdanına, adalet duygusuna yaslanır. Özel hukuk kavramına uzak durur<sup>3</sup>.

"Substantiv law" ve "adjectiv law" ayırımı ise, tarihsel değil, mantıksaldır. Romanist hukukçuların etkisiyle ortaya çıkmıştır. Daha çok biçimsel hukuku yansıtan ikinci terim, kara Avrupa'sından ayrı olarak, kanıtlar konusuna ağırlıklı bir yer tanır. Romanist hukukta esas hukuk, hukukun en soylu kesimidir. Hukukçular her şeyden önce birer kuramcıdır. Bu ise hemen hemen estetik bir anlayıştır. Oysa İngiliz hukukçuları "adjectiv law" öngörülerıyla ve işlevsel bir anlayışla daha çok uygulamacıdır. Temel hak ve özgürlükleri yargılama kurallarıyla gerçekleştirdiklerine inanmışlar ve Ihering'in "Biçim keyfilikliğin yeminli düşmanı olduğundan, özgürlüğün ikiz kardeşidir" özdeyişini çok iyi algılamışlardır. Onlara göre "substantive law" yaratılmaz, keşfedilir. "Adjective law" ise değiştirebilecekleri ve iyileştirebilecekleri kendi yapıtlarıdır. Bu anlamda İngiliz hukukçusu Maitland, "Biz yargılama-

(2) DAVID/ , n 265, BLANC-JOUVAN, s 103, RHEINSTEIN, s 917-930

(3) DAVID/ , n 296-305, 325, BLANC-JOUVAN, S 104-112, RHEINSTEIN, s 930-933, YALÇINKAYA, N Kemal, İngiliz Hukuku, Ankara, 1981, s 21-23, 29 39, ALACAKAPTAN, Uğur, İngiliz Ceza Hukukunda Suç ve Cezaların Kanuniliği Prensibi, Ankara, 1958, s 55, SEITZ, Emile-E , Les principes directeurs de la Procédure criminelle de l'Angleterre, Paris, 1928, s 175 vd , LEVY-ULLMANN, Le système juridique de l'Angleterre, Paris, 1928, s 53 vd , 431 vd , De ROSSI, M Gaetano, Il Contempt of court e la specific performance nel diritto inglese, Roma, 1934, 197 vd

nın eski biçimlerini kaldırmasına kaldırdık. Ancak onlar, mezarlarının içinden bizi hala yönlendirmektedir”<sup>4</sup> demiştir.

İngiliz hukuku yoğun özetlemeyle işte budur. Kuşkusuz onun en güçlü kaynağı “common law”dır. Bunun özellikleri ise, bir yargıçlar hukuku (judgemade-law) olması, benzer uyuşmazlıkları benzer, tutarlı ve kesin (certainty) çözmesi, yeni uyuşmazlıklara çözüm getirebilecek oranda esnek, kapsayıcı, gerçekçi ve canlı bulunmasıdır<sup>5</sup>.

35. Eğer hukuk devleti, devletin adalet ve doğal hukuka yaslanmış hukukla sınırlandığı, dokunduğu her şeyin hukuka dönüştüğü devletse İngiltere’de bu devletin 1215 tarihli Kralın Büyük Buyruğuna (Magna Carta) değin dayanan sekiz yüzyıllık bir geçmişi vardır. Keyfi erkin (arbitrary power) ve yönetimin, polis devletinin karşıtı olan hukukun üstünlüğü (rule of law) ilkesinin, özellikle yürütme erkini her türlü eylem ve işlemlerinde hukuk kurallarına uyması kuralının boy verdiği İngiliz anayasa hukukunda bütün yurttaşlar yasa önünde eşittirler. Bu değişmez bir kuraldır. Hukuk, İngiltere’de bireycidir, özgürlükçüdür<sup>1</sup>.

İngiliz yöntemine gelince; bu yöntem, yetkiyi onu kullananın kimliğine göre değil, kendi yapısına göre değerlendirmektedir. Hukukun ve yöntemin bu özelliklerinin sonucu şu olmuştur: Yürütmenin/yönetimin işlemlerinin hukuksal açıdan geçerli olup olmadığına karar verme yetkisi kesinkes adalet mahkemelerine aittir. Yargıçlar bu görevlerini yerine getirirlerken, yürütmeye karşı yurttaşların haklarını koruma övgörevlerini yerine getirme bilinciyle, üniter bir sistem içinde, kapsayıcı, esnek ve etkili ilkeler oluşturmayı başarmışlardır<sup>2</sup>.

36. İdare hukuku, yönetimin yetkilerinin ve görevlerinin belirlenmesini, hizmetlerinin örgütlenmesini konu edinir. İngiliz hukukçularının idare hukukunu geçen yüzyılın sonunda işlemeye, tanımlamaya başlamaları bir rastlantı değildir. Özellikle ünlü İngiliz Anayasa hukukçusu Albert Venn Dicey’nin (1835-1922) Alexis de Tocqueville’in etkisinde kalan düşünceleri bu konuda belirleyici olmuştur<sup>1</sup>.

Dicey’ye göre, Kara Avrupası ülkelerinde ve özellikle Fransa’da gelişen “idare hukuku: droit administratif” teriminin İngilizce’de karşılığı yoktur. Çünkü bu hukuka ne İngiltere’de ne de Amerika’da gereksinme duyulmuştur. Zira Kara Avrupası

(4) DAVID , n 312-316, BLANC-JOUVAN, S 113-115

(5) D C M Vardley, İleten MUMCU, U, Ultra , s 40

35- (1) MUMCU, U, Ultra , s 48, VERSAN, Vakur, İngiltere’de idarenin kazai murakabesi ve idari kaza fikrinin doğuşu, Tahir Taner’e Armağan, İstanbul, 1956, s 121

(2) ÖRÜCÜ, Ersin, İngiltere’de idarenin sorumluluğu ve yargısal denetimde uygulanan başlıca idare hukuku ilkeleri, Onar Armağan, İstanbul, 1977, s 630; BONNARD, Roger, Le contrôle juridictionnel de l’administration, étude de droit administratif comparé, Paris, 1934, n 66

36-(1) ZABUNOĞLU, Yahya K , İngiltere’de idare hukuku anlayışı, A Ü H F D , 1961, s 373-376, FLOGAITIS, Spyridon, Administrative law et droit administratif, L G D J , Paris, 1986, s 22, DAVID/ , n 316



lkelerinde ve özellikle Fransa'da idare hukuku, iki temel kurala dayanır. Birincisi bireylerle olan ilişkilerinde, yönetim, kendine özgü haklara ve ayrıcalıklara sahiptir. Bu konuda bireyler arasındaki kurallara uyulmaz. Çünkü, Fransız idare hukukuna göre, hükümet ve memurlar, ulusun temsilcisi ve devlet egemenliğinin taşıyıcısı olarak, bu ayrıcalıklara sahip olmak durumundadırlar. O nedenle devletle uyumsuzluğa düşen bireyin durumu ile komşusu ile uyumsuzluğa düşen bireyin durumu birbirinden ayrıdır. İkincisi de şudur: Fransa'da ve İngiltere'de erkler ayrılığı ilkesi aynı anlama gelmemektedir. İngiltere'de salt yargının bağımsızlığı kaygısı egemendir. Oysa Fransa'da yürütmenin görevlilerini adli yargıdan uzak tutabilmek için çalışılmaktadır. Bu konumlanma biçiminin ise dört sonucu olmuştur:

İlkin, yönetimin ve memurların yurttaşlarla olan ilişkileri, bireyler arasındaki ilişkilerden daha başka kurallara bağlanmıştır. Fransa'da devleti ve memuru koruma kaygısının doğal sonuçlarından birincisi budur.

İkinci olarak, adli ve idari yargı birbirinden ayrıdır. Memurun ve yönetimin sorumluluğunu idare mahkemeleri saptar. İdare mahkemeleri ise yönetime bağlıdırlar; ister istemez memuru kollamakta ve onu sorumluluktan kurtarma eğilimi taşıymaktadırlar. Buna karşılık İngiltere'de, yönetimin ve memurun sorumluluğunu, hukukun üstünlüğü ilkesini içselleştirmiş ve yönetim karşısında bağımsız kılınmış adalet mahkemeleri belirlemektedir. Bu, hukuk önünde eşitlik ilkesinin gereğidir. Oysa erkler ayrılığı ilkesi Fransa'da, yargı birliğini bozucu bir içerikle algılanmış, idare mahkemelerinde ayrı kurallar ve yargılama uygulanmıştır.

nc olarak, adli ve idari yargı arasında çıkan yetki uyumsuzlukları için Fransa'da bir Uyuşmazlık Mahkemesi kurulmuştur. Bu ise yargı birliğinden sapmanın bir sonucudur.

Dördüncüsü, adli yargının denetiminden memurları kurtarma ve onları kollama eğilimi, Fransız idare hukukunun zorba niteliğini de sergilemektedir. Bu zorbalığın haklılaştırılması eğilimi Fransız hukukularında yaygındır ve onlara egemendir. Özellikle de merkezi devletin kendi egemenliğinin uzantısı olan brakrasiyi koruma kaygısının, hatta feodal ve aristokratik özellikleri taşıyan XV. yüzyıl memur statüsünün 1799 tarihli Anayasanın 75. ve 1810 tarihli Ceza Yasasının 114. maddelerinin izleri hala silinememiş; idare hukuku Fransız hukukunun despotik niteliğini, özellikle "yönetsel güvence" kurumlaşmasıyla sürdürmüştür. O yüzden "idare hukuku" terimi Fransızcadır ve Fransız yönetimini meşrulaştırmak için bulunmuş bir terimdir <sup>2</sup>.

(2) ZABUNOğLU, s 379-390, VERSAN, 121, 122, MUMCU, U, Ultra , 49,50, FLOGAITIS, s 30 v d, özellikle s 45-49, 233, LEVY, Denis, *La responsabilit de la puissance publique et de ses agents en Angleterre*, L G D.J, Paris, 1957, s 3,4

37. Bununla birlikte, yöneten ve yönetilenin bulunduğu her ülkede bir yönetim hukukunun uç vermesi doğaldır <sup>1</sup>. İngiltere’de Dicey’nin düşüncelerine katılanlar yanında katılmayan hukukçular da olmuş, Dicey yaşamının son yıllarında görüşlerinden önemli ölçüde vazgeçmiş, orada da özerk bir idare hukuku ortaya çıkmış ve gelişmiş; ayrılıklarına karşın Fransa’dan esinlenmiştir <sup>2</sup>. Esasen, Dicey, döneminin Fransız idare hukukunun doğasını belirlemede ve önerdiği hukukun üstünlüğü (rule of law) kavramının konusuyla kapsamında yanılırlara düşmüş, özellikle 1799 Anayasasının 75. maddesinin izlerini silen 30.7.1873 tarihli Pelletier kararını iyi değerlendirememiştir. Dicey’nin önyargılarının gelecek kuşakları etkilediği nedensiz doğru ise, aynı kuşakların yine onun etkisiyle Fransız idare hukukuna yollama yaptıkları ve, İngiliz idare hukuku sorunları çözmede yetersiz kalınca, Fransız idare hukukundan esinlendikleri de o denli doğrudur <sup>3</sup>.

Ancak yönetimin yargısal denetimi, İngiltere’de, Almanya’da, Fransa’da, İtalya’da başka başka gelişmiştir. Çünkü bu ülkelerde siyasal örgütlenme başka başkadır. İdare hukuku ise, her ülkede kuramdan değil, ilkin uygulamadan doğmuştur. O yüzden bu başkalıkları doğal saymak gerekir <sup>4</sup>. Nitekim yönetimin sorumluluğuna ilişkin ilkeleri saptayan özerk bir hukuk özellikle ikinci dünya savaşından sonra İngiltere’de de ortaya çıkmıştır. Bu ise idare hukukundan başka bir şey değildir <sup>5</sup>.

38. Kaldı ki, 1947 tarihli Crown Proceedings Act adlı Yasadan önce İngiltere’de merkezi yönetim yargısal denetimin dışındaydı. Kuramsal olarak kral da hukuk kurallarına bağlıydı. Ancak uygulamada ona karşı hukuk kuralları yürütüleliyordu. Çünkü, mahkemeler, kralın mahkemeleriydi; kral da kendi mahkemesinde yargılanamazdı, yalnızca davacı olabilirdi. Zira “Taç”a karşı dava açılmazdı. Bu ise çağcıl devlete yaraşmayan bir durumdu; sakıncalar yaratıyordu. O nedenle “petition of rights” yöntemine başvurularak hak ihlallerinde yönetime karşı harekete geçebilme yolları aranmıştır. Bunun için bireyler haklarını aramak amacıyla merkezi yönetime başvuruyor, merkezi yönetim de “Attorney-general”ın onayıyla durumu adalet mahkemesine aktarıyordu. Yönetimin “petition”a “fiat justitia” (hak yerine getirilsin) damgası, yönetimin rızasını gösteriyordu. Mahkeme durumu saptar ve zorlayıcı gücü olmasa da verdiği karara (declaration) yönetim uyardı <sup>1</sup>.

37- (1) MUMCU, A, s 51

(2) Bu konudaki tartışmalar için bakınız FLOGAITIS, s 59-137, ZABUNOĞLU, s 391-410, MUMCU, *Ultra*, s 51

(3) FLOGAITIS, s 50-57, 233, 234

(4) VERSAN, s 122

(5) FLOGAITIS, s 23, 95 v d; ÖRÜCÜ, s 633-676, MUMCU, V, *Ultra*, s 51-66, CHITI, Mario, *Diritto amministrativo comparato, Digesto delle discipline pubblicistiche*, Torino, 1990, V, s 209-211 (n 4,5)

38- (1) FLOGAITIS, s 203 vd, LEVY, s 73 vd, 89-104, 143 v d, 379-408 ÖRÜCÜ, s 631, 632, VERSAN, s 134, 135, SEITZ, s 197

Buna karşılık, merkezi yönetimin sorumluluğunun olmadığı dönemlerde bile, kamu görevlileri İngiltere’de yönetsel bir korumadan yararlanmamışlardır. Adalet mahkemelerinde yargılanmışlar ve yönetimin buyruğuna göre davrandıkları yolundaki savunmaları geçerli sayılmamıştır. Öyle ki, laik mahkemeler ve özellikle sulh yargıçları kent işlerinde bile buyruk verebilmişlerdir. XVIII. yüzyıllarda bu çarpıcı bir olgudur. Gerçi memurların ilk mahkemelerde yargılanmaları, yönetimin takdirine karışılmaması gerekçesiyle daha sonra kaldırılmışsa da<sup>2</sup>, davaların memurlara karşı açılmış olması, yönetime karşı açılmış gibi olduğundan, 1947 Yasasıyla bu düzeltilmiş ve yönetimin davacı olması görüşü benimsenmiştir. Memurları koruyucu nitelikteki bu adım, nedense İngilizlerce hukukun üstünlüğünü pekiştiren bir çaba olarak değerlendirilmiştir<sup>3</sup>.

Kara Avrupasına göre değişik bir hukuk sistemine sahip olan Anglo-Sakson hukuk sisteminde, kuşkusuz ceza yargılaması da başka olacaktır. Nitekim İngiltere’de uzun süre savcılık örgütü kurulmamıştır. Uygulamada bu işi yurttaş üstlenmiştir. Ancak, 1879’da “Director of public prosecutions” (DPP) kurulmuş, adam öldürme gibi önemli kamu davalarını kovuşturma yetkisini üstlenmiştir. Ancak polisin yetkisinin fazla olmasının ve yeterli kanıt olmadan dava açma eğiliminin yarattığı rahatsızlık üzerine 1979’da “Royal on criminal procedure”un önerisiyle polisten gelen dosyaları inceleyen ve yeterli kanıt olmayanları eleyen bir örgüt, 1985 tarihli Yasayla (Prosecution of offences Act 1985) kuruldu. Bu bir tür savcılık örgütüydü ve adı “Crown prosecution service”ti (CPS). Bunu denetleyen Director of public prosecution örgütünün başkanı da bu örgütün başkanlığını üstlendi. CPS, aynı zamanda hükümetin üyesi olan Attorney general’e (bir tür başsavcı) de bağlıdır<sup>4</sup>.

İngiltere’de ilke olarak her yurttaş, kovuşturma yapabilmektedir (1985 Yasası, md.6). Ancak, çoğu zaman, kamu davasının alın yazısı, açılıp açılmayacağı polisin soruşturmasıyla ortaya çıkmaktadır. 1879’da Director of public prosecutions (DPP) ve 1985’te Crown prosecution service (CPS) kurumları oluşturularak kovuşturma yumuşatılmıştır. Çünkü CPS, polisin işlemlerini durdurabilmekte ya da ona tavsiyelerde bulunabilmektedir. Dahası, polisin kovuşturma isteklerini eleyebilmekte, kovuşturmasızlık kararı verebilmektedir. Ancak polis, davayı kovuşturmama sonucuna ulaşırsa, suçlanan kişiye uyarıda (caution) bulunmakta ve fakat dosyayı CPS’e göndermemektedir. O nedenle böyle bir soruşturmada, CPS’in kovuşturma yapması olanaksızdır. CPS’in bir görevi de yurttaşlarca yapılan ihbar/yakınma üzerine ge-

(2) ÖRÜCÜ, s 632; VERSAN, s 124

(3) VERSAN, s 122, ÖRÜCÜ, s 632

(4) PRADEL, *Droit pénal Comparé*, n 229, 233, 234

len kovuşturmaları çözüp sonuçlandırmaktır. Bu kovuşturmaları durdurup kovuşturmayabilmektedir. Özellikle kanıt yetersizse bunu yapmaya yetkilidir. Ancak bu durdurma, bir aklanma kararı değildir. Yeni kanıtlar söz konusu olduğunda her zaman dava açılabilir<sup>5</sup>.

İngiltere’de bir izin sistemi vardır. Bu da sistemin özelliğinden kaynaklanmaktadır. Ancak, Kara Avrupa’sında daha önceleri yaşananlara benzememektedir.

Gerçekten bu ülkede, 1889 ve 1906 tarihli yasalara göre memur suçlarının yolsuzluklarla ilgili önemli davaların tümünde ve 1911 Yasasına göre resmi sırlarla ilgili davalarda Attorney general’ın izni gerekmektedir. Director of public prosecutions ise 1961 Yasasına göre intihara yardım ve yakınlarla cinsel ilişki, 1967 Yasasına göre suçluya yardım, 1986 Yasasına göre kamu düzenini bozma gibi kimi hafif suçlarda izin vermektedir. Ancak, Attorney general ya da DPP’nin iznini beklerken polis gözaltı önlemine ve kişiyi suçlamaya gidebilmekte, yargıç tutuklamaya karar verebilmektedir. İznin henüz gelmemesi bunları önlememekte ve fakat yalnızca dava açılmamaktadır. Bu bir. Attorney general’ın yargısal konumu ve kimliği ağır basmaktadır. Bu iki.<sup>6</sup>

CPS, Attorney general’ın isteklerine uymak zorundadır. Attorney general’ın gücü fazladır ve önemlidir. Attorney general, yönetimin bir üyesidir, ama hükümetin (kabinenin) bir parçası değildir. Öbür bakanların isteklerine muhatap olmamaktadır<sup>7</sup>.

İngiltere’de bir bölüm davalar da, kimi ülkelerde ve bizde olduğu gibi, yönetimce kovuşturulmaktadır. Maliye, gümrük (uyuşturucu) kaçakçılığı, sağlık konularında ilgili yönetimler, kendi alanlarıyla ilgili olarak davaları kovuşturmaktadır<sup>8</sup>.

Özetle dün olduğu gibi bugün de İngiltere’de memurların yargılanması, sıradan bireyler gibidir; yargı organlarınca ve görevlilerince yürütülmektedir. Kimi önemli davalar için izin sistemi benimsenmişse de, bu da yargı organlarının yetkisi içindedir. Bakanlara verilen kimi yargısal yetkiler ise konumuzla ilgili değildir<sup>9</sup>.

Esasen Anglo-Sakson ülkelerinde ve özellikle İngiltere’de The Rule of Law kurallarıyla hiç kimsenin olağan mahkemeler dışında özel yargılamaya tabi tutulamayacağı ilkesi benimsenmiştir. Memurlara kimi ayrıcalıklar tanıyan Public Authority Protection Act (Kamu Otoritesini Koruma Yasası) bile bu konuda memura özel bir koruma getirmemiştir<sup>10</sup>. Amerika’da da durum aynıdır. Üstelik bu son Yasa orada yoktur. Denetimi 24.2.1935’te kurulan Courts of Claims’ler yapar. Bunların kararla-

(5) PRADEL, *Droit pénal comparé*, n 370, 384, 420

(6) PRADEL, *Droit pénal comparé*, n 379

(7) PRADEL, *Droit pénal comparé*, n 234

(8) PRADEL, *Droit pénal comparé*, n 370

(9) LEVY, s 334 vd, VERSAN, s 126, BONNARD, *Le contrôle*, n 69

(10) ÖZEK, *Türk Hukukunda*, s 35, 35, BONNARD, *Le contrôle*, n 69, 71, KARAMUSTAFAOĞLU, s 45-47

rını Yüksek Mahkeme denetler. Bu organlar adli yargıya ait özel mahkemelerdir. Kısaca ABD’de de denetimi adli yargı yapar<sup>11</sup>. Zira Anglo-Sakson ülkelerinde devlet yönetiminde çalışan personelin statüsü iş hukuku ilkelerine göre düzenlenmiştir. Oysa Kara Avrupası ülkelerinde, örneğin Türkiye’nin esinlendiği Fransa’da daha önce değinildiği üzere, vaktiyle özel bir rejim ve statü benimsenmiştir. Çünkü bu ülkelerde; “yönetmek, bir meslek değil, toplumsal bir görevdir” anlayışı egemendir<sup>12</sup>.

## 6. Belçika’daki gelişme

39. Belçika idare hukuku açısından Fransa ile Anglo-Sakson sistemleri arasında yer almaktadır. Kimileyin de adli yargıya daha geniş bir alan ayrılmaktadır<sup>1</sup>. Memur yargılamasında da Fransa’daki gelişmenin tam tersi yaşandığı ve özellikler sergilediği için, Fransa ve Anglo-Sakson sisteminden sonra incelemeyi uygun buldum.

Bakanların Yargıtayda yargılandığı Belçika’da (Anayasanın md.90)<sup>2</sup>, 7 Şubat 1831 Anayasasının 24 ve 1994 Anayasasının 31. maddelerine göre, bakanlar dışında kalan memurlara ait kovuşturmalar için yönetimden izin alınması yasaktır. Bu noktaya gelinmenin öyküsü ise ilginçtir.

Gerçekten devletin mutlak egemenliği ile yönetsel güvence kavramlarını çakıştıran; hem ceza ve hem de hukuk davası açılması için Danıştayın iznine gerek duyan, bu nedenle de birçok kötüye kullanımlara yol açan Fransız deneyimi, Belçika’ya ders olmuş; bu sisteme, Fransa 1970’te son verdiği halde, Belçika daha önce davranmıştır<sup>3</sup>. Anayasanın 24. maddesinde açıklanan ve görevliler için izin alınmasını yasaklayan 24. madde, önceleri Anayasa öntasarısında yer almamıştır. Bu maddeden önce de 4.2.1816’da Guillaume kararı ile Yargıtay yurttaşların yasalar önün-

(11) CONAC, Gérard, *La fonction publique aux Etats-Unis*, Paris, 1958, s 162, LOSCHAK, Danièle, *La fonction publique en Grande Bretagne*, Paris, 1972, s 47, BONNARD, *Le contrôle*, n 71, VEDEL, Georges/DELVOLLE, Pierre, *Droit administratif*, P U F, Paris, 1990, I, s 549, HAURIOU, Maurice, *Précis de droit administratif et de droit public*, Paris, 1927, s 315 Bu son yazar (Hauriou), yargısal otoritenin güçlü olduğu ülkelerde, memurlara karşı gereksiz suçlamalar yapılamayacağından, yönetsel güvenceye gerek duyulmadığını, Anglo-Sakson ülkelerinde durumun böyle olduğunu belirtmektedir Yazar, Fransa, Almanya, İspanya, İtalya gibi merkezîyetçiliğin ve dolayısıyla yönetsel otoritenin güçlü olduğu ülkelerde, adliye daha güçsüz olduğundan, memur için yönetsel güvenceye gereksinme duyulduğunu belirtmektedir (s 315)

(12) AUBY, J Marie, AUBY, J Bernard, *Droit de la fonction publique*, Dalloz, Paris, 1993, s 28, BONNARD, *Le contrôle*, n 65 Kanada’da ve bu ülkenin Anglo-Sakson ve Fransız Sistemlerini birlikte benimseyen Québec kesiminde de durum aynıdır (BELIVEAU, Pierre/LETENDRE, Bernard/VAUCLAIR, Martin, *Précis élémentaire de preuve et de procédure pénale*, Montréal, 1993, s 59; LETOURNEAU, Gilles/ROBERT, Pierre, *Code de procédure pénale du Québec annoté*, Montréal, 1995, DUBOIS, *Code de criminel annoté et lois connexes*, Coswanville, 1996, BELIVEAU, Pierre/LABRECHE, Diane, *Manuel de procédure pénale I*, Coswanville, 1981

39- (1) BONNARD, *Le contrôle*, n 86-88

(2) GIRON, A, *Le droit administratif de la Belgique*, Bruxelles, n 242 vd, CASETTA, *Garanzia*, s 485, HAURIOU, s 315

(3) ERRERA, n 176, DELPEREE, Francis, *Droit constitutionnel*, Bruxelles, 1987, n 175, BUTTGEBACH, N 366, THIRY, Fernand, *Cours de droit criminel*, Liège, 1909, n 417

de eşit olduklarına ve memurlara karşı izin alınmadan dava açılacağına karar vermiştir<sup>4</sup>.

1831 tarihli Anayasa Öntasarısında, devlet görevlilerinin haksız eylemlerine karşı yurttaşlara direnme hakkı tanınmıştır. Ancak Kongre, bu düşünceye karşı çıkmamakla ve bu direnme hakkını doğal bulmakla birlikte, bunun Anayasada yer almasını yararsız ve de koşulların bir metinle belirtilmesini soyut ve sakıncalı bulmuş, bu soyut ilkedен kaçınılmış, somut önlem getirilmesi kararlaştırılmış; sonuçta da memurlara karşı yurttaşların izinsiz dava açma hakları hak arama özgürlüğü olarak anayasal düzeyde benimsenmiştir<sup>5</sup>.

Memurların görevleriyle ilgili ve görevleri sırasında işledikleri suçlardan dolayı ceza ve hukuk davası açılmasının olağan koşullara bağlanması ilkesi, Belçika Anayasasına işte böyle girmiştir. Kamu gücü yönetimi ve tüzel kişilik yönetimi ya da kamu görevi yahut bir iş yapma (temşiyet) işlemleri ayırımlarının hiçbir önemi kalmamıştır. Memur, bu açıdan sıradan bir yurttaşdır. Memur, tıpkı ev satın alması, kiralaması, boşanması gibi; görevi sırasında yaptığı işlemde/eylemde de aynı derecede ve özel yargılamaya/izne tabi olmaksızın sorumludur<sup>6</sup>.

40. Ancak, uygulamada, bu maddeye karşın memurlara karşı çok az dava açıldığı, zira hiyerarşik yapı içinde sorumluluğun sonuçta bakanlara gelip dayandığı ve kurumun iyi işlemediği belirtilmiştir<sup>1</sup>.

Fransa'da, erkler ayrılığı ilkesinden yola çıkılarak, izin sistemi Anayasal düzeyde bir güvence olarak görüldüğü halde<sup>2</sup>, Fransız hukukuyla iç içe olan Belçika'da, yurttaşların yasalar önünde eşitliği, yönetimin yansızlığı ve saydamlığı, yurttaşların haksızlığa karşı savunma hakları, adalet önünde herkesin eşit koşullarda olmaları ve uyuşmazlıkları mahkemelerin çözmesi ilkelerinden yola çıkılarak<sup>3</sup> tam tersi bir ilkenin benimsenmesi çok düşündürücüdür. Belçika'da kuşkusuz Fransa gibi "parlement"ların olumsuz anıları ve yargıya güvensizlik diye bir olgu yaşanmamış ve Poulet'nin dediği gibi, bu zorbalık maddesine Belçika'da hiç gerek duyulmamıştır. Gerçekten bu ülkede yönetim yargı erkine bağlanmamakta, yargı erki yönetimin anayasal çerçevedeki işlemlerine saygı göstermektedir. Başkalarının haklarını ve ceza yasasını çiğneyen işlemler yaparak yetkisini kötüye kullanan kimselerin huktan kaçmaları önlenmektedir, o kadar. Yürütme erkinin yararları, bu koşullar içinde, her zaman ikincil planda kalmaya yargılıdır. Dahası 24. madde ile egemen-

(4) BELTJENS, Gustave, *La Constitution Belge, Encyclopédie du droit civil belge, Liège, 1894, s 333*

(5) *Par un docteur en droit, Exposé des motifs de la Constitution belge, Bruxelles, 1864, s 536-543*

(6) ERRERA, n 177

40- (1) ERRERA, N 178, ORBAN, n 175 x

(2) THONISSEN, J-J, *La Constitution belge, Bruxelles, 1879, n 146*

(3) THONISSEN, n 147, 380 vd, ORBAN, n 170

liğin halka ait olması da doğrulanmıştır<sup>4</sup>. Kimi Fransız yazarları da bunların ayırdına varmışlardı. Nitekim, 1799 tarihli Fransız Anayasasının 75. maddesini Hélie'den<sup>5</sup> önce, 1856'da A.de Tocqueville de ağır biçimde eleştirmiştir. Ona göre, bu konuda görüşü alınan Danıştay krallığın odağında yer alan bir yüce mahkeme idi. Ancak, üyeleri krala bağlıydı. Kral, haksız işlemi yapan kendi yöneticisine, örneğin hizmetindeki valiye buyuruyor, onun cezadan kurtarılmasını da hizmetindeki Danıştay üyesinden istiyordu. Bunun anlamı açıktı. Mağdur kraldan haksızlığın onarımını isteyecek, kral da bu haksız buyruğundan doğan zarardan dolayı nasıl adaletli olacaktı ki?!

41. 1831 Anayasasının 24. maddesi karşısında Belçika Yargıtayı, herkesin görevlerinden doğan suçları nedeniyle olağan yargı yolları içinde memurlara karşı ceza ve hukuk davaları açabileceğine karar vermiştir (14.4.1921, 24.3.1987). Verilen zararlardan dolayı yönetimin sorumluluğu kuşkusuz doğaldır<sup>1</sup> ve bu incelemenin dışındadır.

17 Şubat 1994 tarihli yeni Anayasanın 31. maddesinde de aynı ilkeye yer verilmiştir. Yani topluluk ve bölge üyeleri ile bakanlar dışında kalan memurlara karşı, herhangi bir ön izin alınmadan, görevleri sırasında işledikleri suçlardan dolayı dava açılabilir<sup>2</sup>.

Görülüyor ki, özet olarak söylemek gerekirse, Belçika, Fransa'da yaşanan deneyimleri iyi değerlendirmiş ve yönetsel güvence sistemine, geleceğin yasa koyucularını bağlayıcı nitelikte ve anayasal bir ilke düzeyinde yasak getirmiştir.

## 7. Kimi başka ülkelerdeki durum:

42. İnceleyebildiğim öbür ülkelere de kısaca değinmek istiyorum.

İdare hukuku açısından Anglo-Amerikan ve Fransız sistemleri arasında yer alan, “fiso kuramı”yla imparator mahkemelerinin denetimini önlemiş, prenslikleri denetlemiş olan Almanya'da<sup>1</sup>, yargı ile yönetim arasındaki ayırım, hiç bir zaman bir son düşüncesine dayanmamıştır. Ancak her ikisi birbirinden elbette bağımsızdır<sup>2</sup>.

Yönetsel merciler cezalandırma açısından özel bir korumadan yararlanırlar. Yönetime ve memurlara karşı suçların cezası daha ağırdır. Ancak Almanya'da memurlar için özel bir yargılama bulunmamakta<sup>3</sup> ve dava açma/yargılama koşulları

(4) ORBAN, n 170

(5) THONISSEN, n 147

41- (1) DEMBOUR, n 153 vd

(2) Yeni Anayasaya göre Belçika, Fransız, Flaman ve Alman topluluklarından oluşan, Valon, Flaman, Bruksel bölgelerine ayrılan, Fransız, Alman, Hollanda dilleriyle ve Bruksel'de iki dil konuşan, yani toplam dört dilin varlığını benimseyen federal bir devlettir (md 1-4)

42- (1) BONNARD, *Le contrôle*, n 107114

(2) FORSTHOFF, s 40, 173

(3) MAYER, Otto, *Le droit administratif allemand*, Paris, 1903, I, s 300, KOENIG, Pierre, *La fonction publique de la république fédérale allemande*, Strazbourg, 1962, s 79

arasında memurlar için yönetsel bir izin koşulu aranmamaktadır <sup>4</sup>.

İspanya <sup>5</sup>, Portekiz <sup>6</sup>, Danimarka, İsveç, Norveç, Finlandiya, İzlanda <sup>7</sup>, Yunanistan <sup>8</sup>, 1990 öncesi Romanya <sup>9</sup>, Çekoslovakya <sup>10</sup> ve Rusya'da durum aynıdır.

Rusya'da tarihsel dönemler IX.yüzyılda başlar. Bu dönemde Bizans'ın etkisi duyumsanır. Moğol egemenliği ve Batıyla ilk iletişim ve XVII.yüzyılda Büyük Petro'yla birlikte Batı hukukunun etkileri birbirini izler. 1832 tarihli Svod Zakonov'un yazarı, 1794 tarihli ünlü Prusya Yasasından esinlenir ve 60.000 maddedir. Böylece Rusya hukuku Roma-Cermen hukuk ailesine girmiştir <sup>11</sup>.

1989 öncesi Sovyetler Birliğinde, yeni Sovyet toplumsal yapısının temellerini, Marksgil hukuk anlayışından <sup>12</sup> esinlenen Ceza Yasası ile yönetsel kurallar çizmişti. Eski Ceza Yasasının 109. maddesi görevde yetkinin kötüye kullanılması, 111. maddesi de görevin savsanması suretiyle kurum ya da mahkemenin iyi işlemlerini önlemeyi cezalandırıyorlardı. Bu konuda Yüksek Mahkeme uygulamalarının ödünsüz olduğu görülmektedir. Yine, görevlilerin görevle bağdaşmayacak davranışlarından başlayarak, yiyicilik ve rüşvet gibi eylemler sıkı bir biçimde kovuşturulmuşlardır. Çünkü bu tür eylemler komünist sistemde, kapitalizmin bir uzantısı olarak düşünülmüştür. Sovyet sistemine göre savcı, ideolojik ve politik görüşleri içinde, komünist partiyi iyi algılayan, kamu hizmetini iyi değerlendiren, halkın hizmetinde olan, dürüst ve yüksek ahlaklı biridir. Yargıç ise, halkın seçtiği, Sovyet Yasalarını iyi bilen ve uygulayan dürüst bir kimsedir <sup>13</sup>.

Eğer bir kamu görevlisi, bir suç işler ya da disiplin soruşturmasını aşacak bir davranışta bulunursa, savcıya duyurulur. Soruşturmayı savcı yapar. Sovyet sisteminde, adli yargının yanı sıra ayrı bir idari yargı ve dolayısıyla parlamento bağımsızlıkları dışında, memurlar için ayrı bir düzenleme yoktur. Bu da, yukarıda belirtilen savcılık anlayışının doğal bir sonucudur <sup>14</sup>.

(4) ROXIN, Claus, *Strafverfahrensrecht*, München, 1995, (24. baskı), s 143-149, BAROSO, Vittorio, *Il processo penale tedesco dopo la riforma del 1965*, Milano, 1967, s 111 vd, GOMEZ COLOMER, Juan-Louis, *El proceso penal alemán, introducción y normas básicas*, Barcelona, 1985, s 67 vd

(5) MARTINEZ, Sara Aragoneses, (ortak yapıt), *Derecho procesal penal*, Madrid, 1994, s 283 vd, 311 vd, FENECH, Miguel, *Derecho procesal penal*, Madrid, 1960, I, s 288 vd

(6) CAETANO, Marcello, *Manual de direito administrativo*, Coimbra, 1990, II, n 311

(7) FUSILIER, Raymond, *Les pays nordiques*, Paris, 1965, s 266-271

(8) KARRAS, Argyrios, *Ceza Yargılama Hukuku*, Athènes-Komoténé (Atina-Gümülcine), Antoine Sakkoulas yayınları, 1993, n 341-355 (Bu yapıt Yunancadır Atina Üniversitesinden Dr Nicolas Livos tarafından 26 8 1966 tarihinde Max Planck Enstitüsünde yapılan Fransızca açıklamalara göre yollama yapılmıştır)

(9) VOLUNCIU, N, *Drept procesual penal*, Bucureşti, 1972, s 109

(10) KALLAB, Jaroslav, (ortak yapıt), *Tchécoslovaquie*, Paris 1932, s 200 vd

(11) DAVID/ , n 118-126

(12) FRIEDMANN, W, *Théorie générale du droit*, Paris, 1965, s 329-331, PRADEL, *Droit pénal comparé*, n 55, 93-95

(13) DAVID, René/HAZARD, John, N, *Le droit soviétique*, Paris, 1954, II, s 130-151 Bu sayfalarda yaşanan çeşitli dava örnekleri de verilmiştir

(14) DAVID/HAZARD, s 134-137, GELARD, M Patrice, (çev M Tosun) *Sovyetler Birliğinde devlet memurluğu*, *Amme İdaresi Dergisi*, Haziran 1969, sayı 2, s 200, 201, 205



Sovyetler birliğinde devlet memurluğu statüsüyle ilgili yazılı hukuk çoktur ve de karmaşıktır. Yani Ceza Yasasının 170. maddesinde, ceza hukuku açısından yapılan tanım oldukça geniştir. Esasen bu madde görevde yetkinin kötüye kullanılmasıyla da ilgilidir. Yetki aşımı (md.171), rüşvet (md.173, 174), belgede sahtecilik (md.174), görevi savsama da aynı biçimde suçtur<sup>15</sup>.

Ceza Yargılaması 1917-1958 Sovyet Rusyasında katı; otoriter rejimin yumuşamasıyla birlikte 1958-1990 Rusyasında daha yumuşaktır<sup>16</sup>.

43. Latin Amerika ülkelerinden Brezilya<sup>1</sup>, Arjantin<sup>2</sup>, Haiti (Ceza Yargılama Yasası, md-1), Ekvator<sup>3</sup>, Kolombiya<sup>4</sup>, Kostarika<sup>5</sup>, Meksika<sup>6</sup>, Peru<sup>7</sup>, Şili<sup>8</sup>, Uruguay<sup>9</sup>, Venezuella'da<sup>10</sup> yönetsel güvence, dolayısıyla izin sistemi dava koşulları arasında bulunmamaktadır. Latin Amerika ülkelerinden yalnızca Bolivya izin sistemini, 1861 yılından önce, yani bundan 135 yıl önce yaşamıştır. Bu tarihten sonra böyle bir sisteme bu ülke hukukunda yer verilmemiştir<sup>11</sup>.

44. Afrika ülkelerinden Fas<sup>1</sup>, Gabon<sup>2</sup>, Kongo<sup>3</sup>, Senegal (1985 tarihli Ceza Yar-

(15) GÉLARD, s 180, 194, 201, 202 Ayrıca bakınız de SANCTIS, Sergio, *La diversa concezione dei "reati dei pubblici ufficiali contro la pubblica amministrazione" nei codici penali socialisti*, *Archivio penale*, Ottobre/Dicembre 1986, s 455-514

(16) PRADEL, *Droit pénal comparé*, n 94, 95

43- (1) CALVANTI, T Brandao, *Curso de direito administrativo*, Rio de Janeiro, 1971, n 445, 446. MEIRELLES, H Lopes, *Direito administrativo brasileiro*, São Paulo, 1986, s 419, 420. MOREIRA NETO, D de Figueiredo, *Curso de direito administrativo*, Rio de Janeiro, 1989, s 262. TOURINHO FILHO, F da Costa, *Processo penal*, São Paulo, 1993, I, s 342 vd, ACOSTA, Valter P, *O processo penal*, Rio de Janeiro, 1995, n 41 vd, 47 vd

(2) CANASI, José, *Derecho administrativo*, Buenos Aires, 1972, I, s 721 vd, 761, 762. VASQUEZ ROSSI, Jorge Eduardo, *Curso de derecho procesal penal*, Santa Fe, 1985, s 222 vd, ODERIGO, Mario A, *Lecciones de derecho procesal penal*, Buenos Aires, 1985, s 344-352

(3) GUERRERRO V, Walter, *De la acción penal* Quito-Ecuador, 1978, s 121 vd, MARTINEZ, A Ponce, *Derecho procesal organico*, Quito Ecuador, 1991, s 408 vd

(4) PERDOMO, J Vidal, *Derecho administrativo*, Bogotá, 1977, s 535. ECHANDIA, H Devis, *Compendio de derecho procesal*, Bogotá, 1985, I, s 194. CAMACHO, J Azula, *Curso de teoria general del proceso*, Bogotá, 1986, s 148 vd, 248 vd, RODRIGUEZ, G Humberto, *Procedimiento penal colombiano*, Bogotá, 1982, s 36 vd, 41 vd

(5) *Código de procedimientos penales anotado*, Costa Rica, 1987, s 21

(6) RAMIREZ, S Garcia/DE IBARRA, V Adato, *Prontuario del proceso penal mexicano*, Mexico, 1988, s 21 vd, 28 vd, GONZALES BUSTAMANTE, J José, *Principios de derecho procesal penal mexicano*, Mexico, 1988, s 48, 49. SANCHEZ, G Colin, *Derecho mexicano de procedimientos penales*, Mexico, 1992, s 252-254, s 257 vd, FRAGA, Gabino, *Derecho administrativo*, Mexico, 1979, n 130

(7) RADA, D García, *Manual de derecho procesal penal*, Lima, 1975, s 19-23

(8) RIQUELME, R Fontecilla, *Tratado de derecho procesal penal*, Santiago, 1978, II, s 11 vd, 17 vd, FUENZALIDA, P Herrera, *Curso de derecho procesal penal chileno*, Santiago, 1993, s 114 vd, ALARCON, E Neira, *Manual de procedimiento penal chileno*, Bulnes, 1993, s 29

(9) MARTINS, D Hugo, *Estatuto del funcionario*, Montevideo, 1965, s 190 vd, 201 vd, BIDART, A Gelsi, *Cuestiones de la organización procesal*, Montevideo, 1977, s 324 vd, DE ANGELIS, Barrios, *Teoría del proceso*, Buenos Aires, 1979, s 136 vd, VESCOVI, Enrique, Montevideo, 1991, s 197-211

(10) CHIOSSONE, Tulio, *Manual de derecho procesal penal*, Caracas, 1981, s 131 vd

(11) D'AVIS, J Alberto, *Curso de derecho administrativo*, La Paz-Bolivia, 1860, s 345. MONCAYO, J Flores, *Derecho procesal penal*, La Paz-Bolivia, 1971, s 103 vd

44- (1) AMZAZI, Mobieddine, *Précis de droit criminel*, Rabat, 1994, n 297 vd

(2) REMONDO, Max, *Le droit administratif gabonais*, Paris, 1987, n 1183-1208

(3) BRETON, Jean-Marie, *Droit public congolais*, Paris, 1987, s 556 vd, RUBBENS, Antoine, *Le pouvoir, l'organisation et la compétence judiciaires*, Bruxelles, 1970, n 148

gılama Yasasının 23. maddesine göre)<sup>4</sup>, Tunus'ta<sup>5</sup> da durum aynıdır.

3.3.1983'te yayımlanarak yürürlüğe giren Togo Ceza Yargılama Yasasının (n.83-I, R.G. 3.3.1983. n.8) 442. maddesine göre, yargıçlar ve c.savcılar ile 447.maddesine göre vali, kaymakam, belediye başkanı, kanton şefleri haklarında yakınma ve suç duyuruları istinaf başsavcısına yapılmakta, o da olaya el koyarak durumu Adalet Bakanlığına bildirmektedir. Kovuşturma Adalet Bakanının buyruğuyla açılmaktadır. Soruşturmayı bir istinaf mahkemesi yargıcı ya da bu mahkeme başkanının belirlediği yargıç yapmaktadır. Dava açıldığı takdirde, davaya eylem cünha ise istinaf mahkemesi ceza dairesi, cinayet ise Yüksek Mahkemenin Adliye Dairesi bakmaktadır. Yargıçlar, savcılar ve bu görevliler ile suç ortakları hakkında yargılamanın nasıl yapılacağı Yasanın 443-446. maddelerinde gösterilmiştir.

Somali'de 1963 tarihli Ceza Yargılama Yasası, yürürlükten kalkan 1930 tarihli İtalyan Ceza Yargılama Yasasının Anayasa Mahkemesince iptal edilen 16. maddesinden de esinlenerek, mahkeme başkan ve yargıçlarının, Sayıştay görevlilerinin, yerel yöneticilerin, belediye başkanlarının, yönetsel bölüm komiserlerinin görevleri sırasında işledikleri suçlarla, kolluk memurlarının silah ya da fiziksel araç kullanarak işledikleri eylemlerden dolayı, Devrim Yüksek Kurulu izin verdiği takdirde dava açılacağını; bu hükümlerin eylemi yapana, eylemin yapılması için buyruk verene, bu eyleme yasal olarak yardım edene uygulanacağını öngörmüştür (md.69, 74).

Ortadoğu ülkelerinden Lübnan'da da memurlar hakkında soruşturmayı savcı yapmaktadır<sup>6</sup>.

45. Bu karşılaştırmalı hukuk çalışmasının amaçlarına gelince, bu konuda bir yazarımızın sanatla ilgili yazısından<sup>1</sup> esinlenerek, şunları söylemek olanaklıdır.

Karşılaştırmalı hukuk; öğreti/bilim ve uygulama için gerekli olan işlenmemiş (ham) maddenin toplanabileceği biricik alandır. Bu alanda, tarih, öğreti ve uygulamanın kotardığı ürünü, aynı zamanda işlenmemiş madde yapan gerçek, bu ürünün artık tamamlanıp bitirilmiş olması değil, tam tersine yeni girdiler ya da yeni dönüşümlerle yeniden üretilebilme yeterliliğidir. Bu yeniden üretim ise, karşılaştırmalı hukuk alanına girmiş olan öğreticinin, uygulamacının, tek sözcükle hukukçunun ürünün özünü yakalamasıyla gerçekleşebilir.

Konumuza döndüğümüzde, yönetsel güvence sistemi, merkezi devlet sistemini benimseyen ülkelerde, yönetimi koruma kaygısıyla ortaya çıkmıştır. Uygulama ise

(4) GAUTRON, Jean-Claude-ROUGEVIN-BAVILLE, Michel, *Droit public sénégal*, Paris, 1977, s 244 vd

(5) DURUPTY, Michel, *Institutions administratives et droit administratif tunisiens*, Paris, 1973, s 306 vd

(6) NAKIB, Atef/EL-AOUGI, Mustafa, (ortak yapıt), *Le droit libanais*, Paris, II, s 116

45- (1) OKAN, Mustafa, *Christo ve Jeanne-Claud'nun yüzleştirme çağrısı* Paketlenmiş Reichstag, *Adam Sanat*, Temmuz 1996, sayı 128, s 59

başarılı olmamış, devleti korumak şöyle dursun, ona olan güveni sarsmış, devleti zayıflatmıştır. Buna karşılık merkezi devlet sistemine uzak kalan Anglo-Sakson ülkeler ise, yargısal güvence sistemini benimsemişlerdir.

Yönetmel güvence sistemini benimseyen ülkeler ise, geçen yüzyılda yaşanan sakıncaları görmüşler ve yargısal güvence sistemine geçmişlerdir. Belçika 1831’de, Bolıvy 1861’de, Fransa 1970’te bunu gerçekleştirmiştir. Günümüzde Kara Avrupa-sının Romanist hukuk sistemini benimseyen Avrupa, Latin Amerika ve Afrika ülkelerinde yönetmel güvence sistemine artık rastlanmamaktadır.

Bunun tek istisnası İsviçre’dir. Bu da çok topluluklu ve çok dilli olan bu küçük ülkenin devlet yapısından/özel durumundan kaynaklanmaktadır.

Dahası, geçen yüzyılda yönetmel güvence sistemini benimseyen ülkelerde ve İsviçre’de bunun en yumuşak alt türü olan “yönetimden önceden izin alma” kurumu benimsenmiş, önsoruşturma ve kovuşturma bütünüyle yargı organlarına bırakılmıştır. Önsoruşturma kesinlikle yönetime/yürütmeye verilmemiştir. Geçen yıllarda bile bu böyle olmuştur.

İşte, tarih, öğreti ve uygulamanın kotardığı ürün budur. Batı hukukçusu yönetmel güvence sisteminin sakıncalarını yaşamış, onu hukuk tarihinin arkeolojisine gömmüş, edindiği deneyimlerle ürünün özünü yakalamış ve son çözümlemede yargısal güvencede karar kılmıştır. Şimdi işletilen ve üzerinde işlenilen sistem budur. Batı toplumlarındaki “temiz toplum” özlemi de, bu sistemi yetkinleştirme çabalarının bir yansımasıdır.

Peki ya Türkiye? Türkiye bu dünyaların, bu sistemlerin acaba hangisinde yer almaktadır ya da bunların içine girebilmiş midir?

Böylece sözü ülkemize getirmiş bulunuyorum.

Önce Osmanlı’dan başlayalım.

## B Ö L Ü M

# OSMANLI DEVLETİNDE MEMUR YARGILAMASI



# OSMANLI DEVLETİNDE MEMUR YARGILAMASI

## 1. Tanzimat öncesi dönem:

46. Tanzimat öncesi dönem hakkındaki bilgiler yeterli değildir. Merkezde, yönetimin başında padişah vardı. Padişah, siyasal, yönetsel, yargısal, akçalı nitelikteki bütün yakınmaları, “Divan-ı Hümayun” da dinler ve çözerdi. Bu kurul, Selçuklu, İlhanlı, Memlükler ve öbür Türk devletleri örnek alınarak oluşturulmuştu. Divan, günümüzdeki Parlamento, Yargıtay, Danıştay gibi kurumların görevlerini yerine getirirdi. Kararları, gerektiğinde şeyh-ül islama danışılarak bir yasa gibi benimsenir ve yürütülürdü. Divan, yargı yetkisini iki türlü kullanırdı. Ya ilk derece mahkemesi gibi davayı görüp hüküm verir yahut da şer’iye mahkemelerince verilen kararları inceler, bunları ya onar ya da, yanlışsa, ilk mahkemenin yerine geçerek kendisi hüküm verirdi. Kimileyin de davanın yeniden görülmesi için mahkemeye geri gönderirdi. Divanda din, soy, cinsiyet ayırımı gözetilmezdi ve kuruma herkes başvurabilirdi. Reayanın memurlar hakkındaki yakınmaları, kadılar aracılığıyla İstanbul’a bildirilirdi. Kuramsal olarak İslam hukukunda da soruşturma ve yargılama yansız, derin ve bilinçli olmayı gerektirirdi. Ama uygulamada buna uyulduğu söylenemez. Ancak Divan-ı Hümayunun, kadıların verdikleri hükümlere karşı yapılan itirazları çözdüğü ve Yargıtay işlevini gördüğü bir gerçektir <sup>1</sup>.

47. Vilayetlerde ise yönetimin başında kadılar bulunurdu. Kadılık İslam Ortaçağında ortaya çıkmış bir kurumdur ve İslam hukuk tarihinin odağında yer alır. İslam devletinin başlangıcında yargıçlık görevini Hz. Muhammet ve halifeler üstlenmişlerdi. Ne ki yargı, büyüyen her toplumda süreklilik, ayrıcalık, güçlülükle donatılan bir makama verilmiştir. İslam devleti de genişleyince bu kural işlemiş; Hz. Ömer döneminden itibaren kadılıklar ortaya çıkmıştır. Kadı, şer’i ve hukuki uyuşmazlıkları çözer, hükümleri yerine getirirdi. Kadı sözcüğü, “hükmeden”, “yerine getiren” anlamına gelirdi. Kadılara önceleri “hakim-üşşer’i”, sonraları “ale-l-ıtlak hakim” denmiştir. İslam topluluğunun başkanı ve erklerin sahibi olan halifenin hukuk işlerindeki naibi kadıdır. Osmanlı’dan önceki devletlerde, özellikle Emevilerle Abbasilerde, kadıyı ilkin halifeler, daha sonra valiler, en sonunda da merkezdeki “kaadiy-ül kudat”lar (hâkim-ül hükkâm) atamıştır. Kadılık, Osmanlı’da gittikçe ge-

46- (1) Ayrıntılı bilgi için bakınız MUMCU, Ahmet, *Divan-ı Hümayun*, Ankara, 1986, s 85-107 Ayrıca AKDAĞ, Mustafa, *Türkiye’nin İktisadi ve İçtimai Tarihi*, İstanbul, I, s 387 vd , MUMCU, Ahmet, *Osmanlı Devletinde Siyaseten Katl*, Ankara, 1963, s 101-104, *Tarih İçinde Genel Gelişimiyle Birlikte Osmanlı Devletinde Rüşvet*, Ankara, 1985, s 234-236, HALAÇOĞLU, Yusuf, *XIV-XVII Yüzyıllarda Osmanlılarda Devlet Teşkilatı ve Sosyal Yapı*, Ankara, 1995, s 8 vd , 147, ÇİN, Halil/AKYILMAZ, Ahmet, *Tarichte Toplum ve Yönetim Tarzı Olarak Feodalite ve Osmanlı Düzeni*, Konya, 1995, s 171-197, LEWIS, Bernard, (Çev M Kıratlı), *Modern Türkiye’nin Doğuşu*, Ankara, 1993, s 121

nişleyen yetkileriyle son yıllara dek sürmüştür. Abbasiler ve daha sonra Memlûklerde, iltizamla verilmeye başlanmış ve kurum bu andan itibaren de yozlaşmıştır<sup>1</sup>.

Esasen İslam hukukunun tarihinde kuram ile uygulama arasında çatışma bulunduğu, bu hukukun müslümanlar için İslam diyarında tam olarak, “dar-ül harb”de daha az ölçüde, müslüman olmayan ve fakat İslam diyarındakiler için sınırlı bir uygulaması olduğu; bu yüzden de evrensel geçerlilik iddiasında olmadığı belirtilmiştir<sup>2</sup>. Belki de bu saptama en çok kadı kurumunda su yüzüne çıkmaktadır ve çok önemlidir.

48. Osmanlı Devletinde kadılar, birçok nitelikler aranarak, padişah beratı ile atanırlardı. Süreleri belirsiz ve kısaydı. Her kadı kendi yargı bölgesindeki yükümlülüklerini yerine getirir, öbür bölgelerdeki işlere karışamazdı. Merkeze bağlıydılar ve yerel otoritelere karşı bağımsızdılar. Yargısal görevlerinin yanı sıra, yönetsel ve akçalı görevleri de vardı. Kentin birçok sorunlarını, atamaları v.b. işleri de yaparlar ve durumu merkeze “arz” ederlerdi. Bunca işin yapılmasında, kendilerine, subaşılar, asesler (yasakçılar), kale dizdarları, muhtesibler yardım ederlerdi<sup>1</sup>.

Kadılar, merkezden gönderilen müfettişlerce denetlenirlerdi. Yargılamayı danışmanlarına danışarak (meşveret), ama bir başına, herkese açık biçimde yapar, yansızlık kurallarına uyarlardı. Kadının kurduğu hükme “sultan” bile uymak zorundaydı. Ancak bu bağımsızlık her zaman sürdürülememiş ve yozlaşmalar da büyük ölçüde bundan kaynaklanmıştır<sup>2</sup>.

49. Özetle Tanzimattan önce, Osmanlı devletindeki memurların işledikleri bütün suçlar, ister görevden kaynaklansın, ister kaynaklanmasın, yönetsel kurullarca yargılanmıştır: Merkezdekiler Divan-ı Hümayunda, eyaletlerdeki Eyalet Divanında. Kadılar bu kurullarla yalnızca bir üye olarak katılmışlardır. Divan-ı Hümayunda sudur (kazasker), Eyalet Divanında ise kadı hazır bulunmuş, görüşlerinden yararlanılmıştır<sup>1</sup>. Bu dönemlerde kadıların yetkileri yanında, padişahın, beylerbeylerinin, sancak beylerinin de taşra yönetimlerinden görev yapan memurları yargılama yetkileri bulunduğu ileri sürülmüşse<sup>2</sup> de, Tanzimat öncesi zamanlara ait esaslı bilgiler yeterli olmaktan uzaktır. Fatih, Yavuz, II.Bayezit, Kanuni Sultan Süleyman, IV. Murat dönemlerinin yasalarınca memurların suçları için cezalar bulunmaktadır. Ancak memurların yargılanmasıyla ilgili hükümlere rastlanmamaktadır. Özellikle Kanu-

47- (1) OLTAYLI, İlber, *Hukuk ve İdare Adamı Olarak Osmanlı Devletinde Kadı*, Ankara, 1994, s 7-11; SCHACHT, Joseph, (Çev: M Dağ-A Şener), *İslam Hukukuna Giriş*, Ankara, 1977, s 193, 194; HALAÇOĞLU, s 124

(2) SCHACHT, s 203

48- (1) Ayrıntılı bilgi için bakınız: OLTAYLI, s 12-45; HALAÇOĞLU, s 124-128; MUMCU, A, *Tarih içinde*, s 187-190

(2) OLTAYLI, s 4-62, 71, v d

49- (1) AKALIN, Muzaffer, *Memurun Muhakematı ve İdari Teminat Meselesi*, *İdare Dergisi*, 1950, n 205, s 30-36

(2) TOSUN, Öztekin, *Memurların Özel Muhakeme Kuralları*, *Yargıtay Dergisi*, 1984, sayı: 2, s 10

ni'nin yasalarında, eşitlik ilkesinden yola çıkılarak, memurun da herkes gibi cezalandırılacağı vurgulanmıştır<sup>3</sup>. Ancak III. Selim dönemi tarihçilerinin aktardıklarına göre, âyanlara ve devlet memurlarına karşı yapılan yakınmaları, merkezden gönderilen “fermanlı mübşir-i mahsus”lar yerinde araştırıyor ve hükme bağlıyorlardı. 1203-1290 yılları arasında iç işlerinde yaşananları sergileyen “Netayic-ül vukuat” sahiplerinden Mustafa Nuri Paşa'nın aktardıklarına göre, vali ve mir-i liva gibi yüksek memurlar yetkilerini kötüye kullandıkları, sözgelimi, çoğu kez görüldüğü gibi, barış ya da savaş dönemlerinde halktan ayni ya da akçalı vergi toplama, zeamet ve aşarı fazla rüşvet verenlere ihale, yetkisini aşarak malların zoraltımına girişme gibi davranışlarda bulundukları takdirde, halk tarafından kovulmak, hatta parçalanıp öldürülmek, padişaha yakınma sonucu Divan-ı Hümayunda yargılanıp cezalandırılmak gibi sonuçlarla karşılaşabilmektedirler<sup>4</sup>.

50. Osmanlı devletinde, kamu hizmetinde çalışanların işledikleri bir suç da “zulüm”dü. Çoğu kez yöneticilerin, askerlerin, kadıların işledikleri “zulüm” suçunun içine yasa dışı vergi toplama, zor kullanma, sahtecilik, eşkiya ile işbirliği, yiyicilik gibi eylemler giriyordu. Bunlarda soruşturma yakınmayla başlar, kadı yakınma dilekçelerini İstanbul'a yollar, gelecek yanıtı göre davranırdı. Merkezde doğrudan doğruya Divana başvurulabilirdi. Divan-ı Hümayun ya da Sadrazam Divanında yakınmalar görüşülür, soruşturma yapması için ilgili kadıya gönderilirdi<sup>1</sup>.

51. II. Mahmut, memurların görevlerinden dolayı gerekli uyarıyı (tenbihat-ı ica-biye) yeterli görmemiş, cezalandırılmalarını istemiş, bunlar için ayrı cezalar uygulanmıştır. II. Mahmut ayrıca memurların görevle ilgili suçlarından dolayı yargılanmaları için bir Yasa hazırlatmıştır. Bu Yasa ile memurların Padişah buyruğuyla öldürülmeleri (siyaseten katl) kaldırılarak onlar için özel bir güvence sağlanmış; bu arada memurları yargılamakla da görevlendirilen “Meclis-i Valâyı Ahkâm-ı Adliye” kurulmuştur. Daha sonraları Mustafa Reşit Paşa 3 Kasım 1839'da (26 Şaban 1255) Gülhane'de “Hatt-ı Hümayun”u okurken, bu Meclisin bakanların ve devletin ileri gelenlerinin katılmasıyla büyütlebileceğini, can ve mal güvenliğinin sağlanmasıyla ilgili yasaların çıkartılacağını belirtmiştir. Bu kurumun bünyesinden daha sonra Danıştay (Meclis-i Valâ) ve Yargıtay (Divan-ı Ahkâm-ı Adliye) çıkaracaktır<sup>1</sup>.

(3) KEYMAN, Selahattin, *Memurin Muhakematı Kanunu*, A Ü.H.F. Dergisi, 1962, sayı 1-4, s.174; ORHUN, *Türkiye'de Memurların Hukuki Rejimi*, İstanbul, 1946, s 123; TANER, Tahir, *Tanzimat Devrinde Ceza Hukuku*, Tanzimat, Ankara, 1940, s.221; ERDOĞDU, Ahmet, *Danıştayın memurların yargılanması ile ilgili görevleri*, Yüzyıl Boyunca Danıştay, Ankara, 1968, s 871-873; AKGÜNDÜZ, Ahmet/CİN, Halil, *Türk Hukuk Tarihi*, Konya, 1989, I, s 277, 283, 284

(4) ORHUN, s 123; AKGÜNDÜZ/CİN, s 235

50- (1) MUMCU, Ahmet, *Osmanlı Hukukunda Zulüm Kavramı*, Ankara, 1985, s 9-28

51- (1) Ayrıntı için bakınız: BOZKURT, Gülnihal, *Batı Hukukunun Türkiye'de Benimsenmesi*, Ankara, 1996, s 134-149; MUMCU, A , *Rüşvet*, s 274-278; *Siyaseten Katl*, s 173, 174; ERDOĞDU, s 874, 875



## 2. Tanzimat Dönemi:

52. Osmanlı Devletinde yenilikçi girişimlerin başlamasıyla birlikte, kuşkusuz memurların görev sırasında işledikleri suçlar nedeniyle adli yargı önüne çıkarılmaları da ciddi bir sorun olmuştur. Birinci Meşrutiyete doğru yol alınırken, meşrutiyetçilerin başlıca kaygıları, yasallık ilkesine uygun bir yönetim kurmak, memurların yasa dışı tutum ve davranışlarını halkın temsilcileri aracılığıyla denetlemek olmuştur. Ancak, bu kaygının yanı sıra, devletçe memurun korunduğu da görülmektedir<sup>1</sup>.

Esasen bu dönemde henüz yönetsel ve yargısal güçler arasında tam bir ayrılık yoktur. Yalnızca memurlar için özel hükümler getirilmiş, belli derecedeki yüksek görevlilerin yargılanmaları belli mercilere verilmiştir<sup>2</sup>.

II. Mahmut Döneminde Meclis- Valâyı Ahkâm-ı Adliye kurulmuş ve, Lütfi tarihinin açıklamalarına göre, ülke yönetimi ve reformla ilgili yazılı hukuk düzenlemelerinde hem bir danışma organı işlevini yüklenmiş, hem de devletle bireyler arasındaki uyuşmazlıkları çözmeye ve dahası memurları yargılamaya başlamıştır. Ne var ki, bu kurumun görevlerini saptayan tüzük/yönetmelik gibi yazılı bir metne rastlanmadığından, hangi derecedeki memurları yargıladığı kesin çizgileriyle bilinmemektedir. Ancak Takvim-i Vakayi'nin kimi nüshalarından anlaşılacağı üzere, bu kurumun merkezdeki ve ayrıca taşradaki memurlardan yüksek dereceli olanları yargıladığı anlaşılmaktadır<sup>3</sup>. Gerçekten Takvim-i Vakayi'nin (tarih, 1266; olay, 466) aktardıklarına göre, 1851'de Konya Valiliğinden ayrılan Hasan Hakkı Paşa, kendisinin Han kazasında konaklaması konusunda gerekli hazırlığı yapmayan kaza müdürü Veli Ağa'yı direğe bağlatmış, 400 değnek vurdurarak dayak cezası uygulamış, ceza ölümle sonuçlanınca Paşa hakkında soruşturma açılmıştır. Meclis-i Valâyı Ahkâm-ı Adliyede yargılanan Paşa memurluktan çıkartılmış, 5 yıl Tokat'a sürgün cezasına ve ayrıca ölenin varislerine şer'i diyet ödemeye hüküm giymiştir. Aynı biçimde Filibe Nazırı Ethem Efendi ile Kocaeli Müşiri Arif Paşa da yargılanmışlardır<sup>4</sup>.

### A- 1855 (1271) *taribli Men-i İrtikâp Kanunu*:

53. Bu Yasa, memurların yargılanmalarıyla ilgili kimi hükümler öngörmüştür. Özellikle Yasanın 28. maddesi "Dersaadette bulunan memurin-i devlet-i âliyye ve saireleriyle taşra valilerinden ve defterdar ve mal müdürleri ve kaymakamlar ve

52- (1) YAYLA, s 26

(2) ORHUN, s 123

(3) TOSUN, II, s 10, 11; ORHUN, s 124

(4) Bu örnekler için bakınız: ORHUN, s 124

Meclis-i Kebire azasından bu töhmetlerle müttehem olanların muhakemesi mutlaka Dersaadette Meclis-i Valâyı Ahkâm-ı Adliye’de icra olunacaktır” hükmünü getiriyordu. Bu hüküm, daha önceleri var olan ve yukarıda sergilenen yargılamaların bir tür yazılı hukuka dönüşmesi olarak değerlendirilmiştir <sup>1</sup>.

Bu Yasanın çıkarılış nedeni, o dönemde rüşvet, zimmet, yiyicilik, devlet ihalelerine fesat karıştırma gibi eylemlerin salgın ve yaygın bir durum sergilemeleri idi. Yasanın 27-31. maddelerine göre, Yasada yazılı suçlardan dolayı memurların yargılanabilmeleri için, yapılan soruşturmada eylemlerin kanıtlanması, kanıtlanan eylemlerin padişaha “arz” ve ondan “irade” elde edilmesi gerekiyordu. Dersaadette bulunan memurlarla suç ortakları, taşra valileri, defterdarlar, mal müdürleri, kaymakamlar, meclis-i kepire üyeleri, Yasada belirtilen suçları nedeniyle Meclis-i Valâyı Ahkâm-ı Adliye’de; yukarıdakilerin dışında kalanlarla taşradaki memurlar, kaza müdürleri ise eyaletteki Meclis-i Kebirede yargılanıyorlardı. Eyaletteki Meclis-i Kebirenin kararları kendiliğinden Meclis-i Valâyı Ahkâm-ı Adliye’de ikinci kez inceleniyor, kararlar hukuka uygun bulunursa, padişaha “arz” ediliyor ve hüküm onun onamasıyla yerine getiriliyordu. Yeterli bulunmadığı takdirde Meclis-i Valâyı Ahkâm-ı Adliye sanığı Dersaadete çağırarak yeni baştan yargılıyordu <sup>2</sup>. Bu yargılama, o dönemde bile, bu makamın istinaf yetkisi bulunduğunu göstermektedir ve ülkemiz açısından çok önemlidir.

1271 yılında yayımlanan “Meclis-i Âli-i Tanzimatın Vezaif-i Mürettebesi Nizamnamesi”nin 16. maddesine göre, vekillerin eylemlerinden dolayı soruşturma ve yargılanmaları Meclis-i Tanzimat tarafından yapılıyor, düzenlenen belgeler Meclis-i Vükelâda inceleniyor ve padişaha “arz” olunuyordu <sup>3</sup>.

O tarihlerde yiyicilik, rüşvet gibi suçlarla ilgili yaptırımlar rütbe ve memurluğun geri alınması, sürgün gibi cezalardı. Yargılama çeşitli aşamalardan geçiyordu. Özetle, cezalar yetersiz, yargılama yavaştı. Bu koşullar altında suçlara karşı etkili bir savaşım yapmak çok güçtü <sup>4</sup>.

### ***B- 1859 (1275) tarihli Vülat-ı İzam ve Mutasarrifin-i Kiram ile Kaymakamların Vezaifini Mübeyyin Talimat:***

54. Yukarıda sargılenen yasa ve tüzüklerde memurlarla ilgili yargılama mercileri açıklanmış olmakla birlikte, kovuşturmayı hangi makamların yürüteceği belli edilmemişti. 1859 tarihli yönetmelikle bu konular çözüldü. Yönetmelik, ülkenin

53- (1) ORHUN, s 124

(2) ORHUN, s. 126

(3) ÖZEK, s 38

(4) TOSUN, s 11

eyalet, liva, sancak, kaza, karyelere ayrıldığını belirtiyor, eyaletlere ve bulundukları sancak içinde aynı yetkilere sahip bağımsız mutasarrıflara eyalet ile bağımsız sancağın sınırları içinde bulunan bütün memurlar hakkında, bu memurların görevlerinden kaynaklanan suçlarından dolayı, onların memurluğunu geri aldirtmak ve haklarında kovuşturma yaptırmak yetkisini veriyordu. Sancaklarda, sancak sınırları içindeki bütün memurları denetlemek, eylem ve işlemlerinden dolayı kovuşturma yapmak gerekiyorsa, durumu vali ya da mutasarrıfa bildirmek kaymakamların görevi idi. Kazalarda, memurlar hakkında kovuşturmayı gerektirecek bir durum varsa, bunu sancak kaymakamlığına bildirme görevi kaza müdürüne yüklenmişti<sup>1</sup>.

Görüldüğü üzere, memurların işledikleri suçlardan dolayı kovuşturma ve soruşturma, tıpkı Roma'nın son dönemleri gibi, Osmanlıda da çok zorlaştırılmıştır<sup>2</sup>. Yukarıda da değinildiği üzere, 1870 yılına değin Fransa'da da durum böyleydi. O yüzden de adaletin gerçekleşmesi zorlaşmış ve yakınmalara yol açmıştır.

55. Bu arada şunu da belirtmekte yarar vardır. Yukarıdaki düzenlemeler, şer'i yargıçları (naip) içine almıyordu. Onlar hakkında 17 Recep 1271 (1855) tarihli bir tüzük uygulanıyordu. 1286 (1870) tarihli "Şurayı Devlet Nizamname-i Dahiliyesi"nin yürürlüğe girdiği tarihe değin uygulanan bu tüzüğe göre, görevlerinde yetkilerini kötüye kullanan naip hakkında Ceza Yasası hükümleri uygulanıyor, yönetimin yalnızca durumu duyurma yetkisi olduğu, yargılama yetkisi bulunmadığı bildiriliyordu. 1870 Tüzüğüyle şer'i yargıçları yargılama yetkisi Danıştaya verilmiştir<sup>1</sup>.

Aşağıda incelenecek olan 1872 tarihli Tüzüğe değin ve bu Tüzükten sonra Fransız hukukunun etkilerine tanık olunmaktadır.

56. 1839'dan sonra Fransa'dan esinlenilerek Büyük Reşit Paşa tarafından taşra yönetimi kaldırılmış, halk tarafından seçilen vilayet ve kaza daimi meclislerine yönetsel ve yargısal yetkiler tanınmıştır<sup>1</sup>.

1861 tarihli Vilayet Nizamnamesi, ilkin Tuna Vilayeti için hazırlanmıştı. Ancak zamanla uygulama sınırları genişletilerek öbür vilayetleri de içine aldı. Buna göre, vilayet, liva ve kazalarda şer'i mahkemelerin yanı sıra "meclis-i deavi", "meclis-i temyiz", "meclis-i cinayet", "divan-ı temyiz" adında yargı mercileri kuruldu. Yönet-sel meclislerin yargı yetkileri kaldırıldı ve bunların yalnızca memurlarla ilgili olan yargılama yetkileri korundu<sup>2</sup>.

54- (1) ORHUN, s 127, 128, SARICA, s 709

(2) TOSUN, II, s 12

55- (1) Ayrıntı için bakınız ORHUN, s 128, 129

56- (1) TOSUN, II, s 12

(2) ORHUN, s 9

Mithat Paşa'nın memurların yargılanmalarıyla ilgili konularda çalışmalar yaptığı anlaşılmaktadır. Kendisi 1857'de Silistre ve Vidin Valileri hakkında yapılan yakınlmaları incelemekle görevlendirilmişse de, yaptığı soruşturma İstanbul'ca benimsememiş, bu iş yeni bir araştırmacıya verilmiştir. Bu yüzden Mithat Paşa'nın üzüldüğü ve Sadrazam Âli Paşa'dan izin alarak dinlenmek üzere Avrupa'ya gittiği bilinmektedir<sup>3</sup>. Paşa'nın Fransa'daki düzenlemeyi bu dönemde incelediği sanılıyor. Çünkü bizdeki düzenlemeler, o dönemde Fransa'da da vardı ve 1870 tarihine değin sürmüştü. Bu düzenlemeler, olasılıkla Padişahın adam kayırmaya yönelik tutumlarını önlemeyi amaçlıyordu. Mithat Paşa bu nedenle Fransız etkisinde kalmış olabilir. Mithat Paşa'nın oğlunun anıları da bu izlenimi vermektedir<sup>4</sup>. Nitekim, o dönemin ileri gelenleri, Mithat Paşa'nın Niş Vilayetinde uyguladığı yöntemi ve onun yardımıyla 1864 tarihli "Vilayet Nizamnamesi"ni benimsemişlerdir. 1868'de ise Mithat Paşa Devlet Şurasının Başkanıdır<sup>5</sup>.

57. Vilayet Nizamnamesi"ne göre, memur mahkeme önüne çıkarılmazdı. Soruşturma Danıştayın "bidayet" ya da "istinaf" dairelerinde; temyiz incelemesi ise "temyiz" dairesinde yapıldı. Anılan Tüzüğün hangi eylemleri kapsadığı tartışmalıdır. Kimilerine göre bütün suçları, kimilerine göre yalnızca görevden doğan suçları kapsıyordu. Kimi incelemeciler, memurların yargılanmalarıyla ilgili ilk düzenlemelerin 1865-1870 yılları arasında "İdare-i Vilayet Nizamnamesi"yle başladığını ileri sürmektedirler. "Memurin Muhakematı Nizamnamesi" de bu düzenlemeler arasında yer almaktadır<sup>1</sup>.

Kuşkusuz, bu düzenlemelerin yapıldığı dönemlerde henüz savcılık kurumları Osmanlı Devletinde yoktu. Bu kurumdan 1864 tarihli Vilayet Nizamnamesi ve 1876 Anayasası söz etmişlerse de, Osmanlı Devletinde savcılık kurumu 1879'da kurulmuştur. Oysa 1851 tarihli Ceza Yasasında ve bu tüzüklerde devlet kovuşturmasından söz edilmemiştir. O güne değin de İslam hukuku uygulandığından ve bu hukuk da kamu davasının savcı gibi bir devlet görevlisince kovuşturulacağından söz etmediğinden, davayı kadı önüne bireyler getiriyordu. O nedenle 1872 (1288) tarihli "Memurin Muhakemat Nizamnamesi" bu koşullar altında değerlendirilmelidir<sup>2</sup>.

(3) BAYKAL, Bekir Sıtkı, *Mithat Paşa, Siyasi ve İdari Şahsiyeti*, İstanbul, 1964, s 11

(4) TOSUN, II, s 13

(5) BAYKAL, s 16

57- (1) TOSUN, II, s 13

(2) TOSUN, II, s 14; UÇOK, Coşkun, *Savcıların Avrupa hukukunda gelişmesi ve Türkiye'deki kuruluşu*, Ord Prof Sabri Şakir Ansay'ın Hatırasına Armağan, Ankara, 1964, s 35 v d; KEYMAN, Selahattin, *Ceza Muhakemesinde Savcılık*, Ankara, 1970, s 62 v d; BOZKURT, s 105, 106; ERDOĞDU, s 881-894

### ***C- 1872 (1288) tarihli Memurin Mubakemat Nizamnamesi:***

58. Memur yargılamasıyla ilgili ilk derli toplu düzenleme budur. Nizamnameye göre, önsoruşturma ve sonsoruşturma yönetim tarafından yapılmakta, ceza yönetsel kurullarca verilmektedir. Bu kurulların kararlarına karşı da üst kurullara başvurulmaktadır. İşin özeti budur. Bu durumuyla Nizamname, yargılamanın bütünüyle yönetimce yapılması sistemini benimsemiştir ve yönetsel güvence üst sisteminde adli yargıya güvenmemenin en uç örneğini sergilemektedir.

Şimdi ayrıntılara geçelim.

Memurlar hakkında memurluk görevleriyle ilgili suçlardan dolayı soruşturma mensup olduğu bakanlık ya da daireye aitti. Memurun suçundan dolayı bakanlık ya da dairece sorguya çekilmesi ilk soruşturma niteliğinde sayılıyor ve böyle bir sorgulama hükme dayanak yapılmıyor, yalnızca o memurun hakkında dava açılıp açılmayacağını belirleme işlemi sayılıyordu (md. 2). Sorguya çekilen memur, sorgusunun tutulduğu tutanağı imzalar, imza atmasını bilmiyorsa mühürlerdi. Ayrıca soruşturma belgeleri mühürlenmiş bir özete bağlanırdı. Bu önsoruşturmanın sonunda liva mutasarrıfı, vali ya da Babıali davanın İdare Mahkemesine gönderilip gönderilmeyeceği konusunda izin verirdi. Liva mutasarrıfı, vergi kolcuları, gardiyanlar gibi görevlilerin üstünde olan memurların yargılanması için o memurun kolluk yüzbaşısından, teftiş memuru polis komiseri derecesindeki teftiş görevlileri için liva mutasarrıfından; daha yüksek rütbe ve derecedekiler için de validen izin almak gerekirdi.

Mutasarrıf, müfettiş-i hükkâm, defterdar ve yardımcısı, mektupçu gibi özel memurluklarda bulunanlar, bütün şer'i yargıçlar ve umur-u ruhaniye memurları için izin Babıaliden istenirdi. 1286 tarihli "Şurayı Devlet Nizamnamesi"nin 4. maddesinin yapılan bir yorumuna göre, valilerin, Babıaliden verilecek izin üzerine Danıştayca yargılanacağı sonucuna ulaşılmıştır.

59. Memurları yargılayacak merciler ise şunlardı: Alt kademedeki memurlar, işledikleri suçun ağırlığına göre, kaza, liva, vilayet yönetim kurullarınca yargılanır; hükümler ise yine derecelerine göre kaza, liva, vilayet yönetim kurulları ya da Babıali tarafından kurulurdu. Bunların üstünde yer alan memurlar ise liva ya da vilayet yönetim kurullarınca yargılanır, liva yönetim kurullarınca yapılan yargılamalarda vilayet yönetim kurullarınca hüküm kurulur; bir yıla değin özgürlüğü bağlayıcı cezalar valilerce yerine getirilir, bunun üstündekiler için Şurayı Devletin (Danıştay) onaylaması gerekirdi. İstanbulda bulunan ve irade ile atanan memurlar Danıştayda; irade ile atanmayanlar İstanbul vilayet yönetim kurulunda yargılanırlardı.

Nizamname, alt basamaktaki memurların dahi cezaları belli sınırların altında kaldığı (3 ve 5 yıl arası) takdirde yönetim kurulunun kararıyla; bunların üzerinde olursa Danıştayın onayıyla yerine getirileceğini öngörüyordu.

18.9.1888 (1304) tarihli irade-i seniye ile Danıştayın Muhakemat Dairesinden atanan bir üyenin başkanlığında iki üyeli bir Bidayet Heyeti oluşturuldu. Bu kurul, belediye meclislerine irade ile atanmayan memurların ilk soruşturmalarını yapıyordu.

Yargılamada memurun mensup olduğu daireyi temsil eden bir davacı (müddei) hazır bulunur; karar, suçlanan kişinin yüzüne karşı uygulanan madde de belirtilerek, açıklanırdı.

60. Nizamnamede yasa yolları da gösterilmiştir. Kaza yönetim kurulu yargılar ve hüküm kurarsa liva yönetim kuruluna; liva yönetim kurulu yargılar ve hüküm kurarsa vilayet yönetim kuruluna; vilayet ya da İstanbul yönetim kurulu yargılar ve hüküm kurarsa Devlet Şurasında incelenmek üzere Babıaliye başvurulurdu. Bu yasa yolu hukuk açısından kuşkusuz bir istinaftı. Bu yollar sonradan çıkan ek maddelere göre düzenlenmiştir. Bu arada vilayet yönetim kurulunun kararı Devlet Şurasının Muhakemat Dairesinde; Muhakemet Dairesinin verdiği karar ise Devlet Şurasının öbür dairelerinden gelen üçer üye ve öbür dairelerin başkanlarından birinin başkanlığında oluşturulan bir kurulda istinaf yoluyla incelenirdi.

Nizamname istinafin yanı sıra temyiz yolunu da düzenlemişti. Devlet Şurası Muhakemat Dairesi ya da yukarıdaki dairenin kararı, Devlet Şurası Genel Kurulunda temyiz yoluyla denetleniyordu.

İkinci bir ek hüküm, merci belirleme, davayı başka yere aktarma, suçlama kuruluna (heyet-i ithamiye) karşı yapılacak itirazlar ve harçlarla ilgiliydi.

Daha sonraları çıkan eklerde çeşitli hükümlerle, istinaf, yabancıların yargılanmaları düzenlenmişti. 8.10.1889 (1305) tarihli ek bir maddede ise ilginç bir düzenleme vardı. Buna göre bir kimse bir memurla birlikte suç işlerse, hem bu suç ortağı ve hem de memur, bu kişiye bağlı olarak genel (adli) yargıda yargılanıyordu ve bu konuda verilecek karara karşı iki ay içinde istinaf yoluna gidilebiliyordu.

61. Mülkiye memurları için uygulanan Devlet Şurasının görevlerini açıklayan “izahname” içeriğine göre, Memurin Muhakemat Nizamnamesinde açıklanmayan hususlarda Ceza Yargılama Yasasının (Usul-ü Muhakemat-ı Cezaiye Kanunu) uygulanacağı öngörülmüştü.

31.1.1883 (1299) tarihli İzahnameye göre, yargılanmaları Devlet Şurasınca yapılacak memurlardan biri hakkında görevleriyle ilgili yasaya aykırı bir eylemi söz konusu olduğunda, o memurun mensup olduğu bakanlık ya da vilayet tarafından

ilk soruşturma yapılır; soruşturma belgeleri Babıaliye sunulurdu. Eğer memurun görevini sürdürmesinde bir sakınca görülürse, işten ayrılması gerekip gerekmediği de ayrıca belirtilirdi. Ancak, önemli ve ivedi durumlarda, Babıalinin buyruğu beklenmeden de bu işlemler yapılabiliyordu. Babıali belgeleri Devlet Şurasına gönderir, Şura Savcısı gerekli incelemeyi yaparak memurun işten el çektilirilmesi ne yer olup olmadığını da açıklayarak düşüncesiyle birlikte bütün belgeleri Dahiliye Dairesine gönderirdi. Dahiliye Dairesi de incelemeyi bitirdikten sonra belgeleri Sadaret makamına sunardı. Sadaret makamı padişaha arz ederdi. Oradan çıkan iradeye göre Şurayı Devlet yargılama konusunu ele alırdı. Muhakemat Dairesi Başkanı, belgeleri bir sorgu yargıcı (müstantik) ve iki daire üyesinden kurulan bir encümene havale eder, sanık memur orada sorguya çekilirdi. Buradaki soruşturma Ceza Yargılama Yasası hükümlerine göre yürütülürdü. Cünha ve kabahat suçlarında tutuklamaya başvurulmazdı. Eylem cinayet türünden ise tutuklama için iradeye gerek vardı.

Soruşturma belgesinin altı sanığın mührü ile mühürlenir, encümendeki üyeler ve müstantik tarafından imzalanarak onaylanır, Muhakemat Riyasetine ve Savcılığa verilirdi. Savcının düşüncesi alındıktan sonra, suç kabahat ya da cünha ise yargılama Muhakemat Dairesinde yapılırdı. Müstantik ile Savcılık arasında çıkacak uyuşmazlıklar, suçlama kurulu (heyet-i ithamiye) görevini yapan Dahiliye Dairesince çözülmekteydi.

Muhakemat Dairesinin verdiği hükmü tebellüğ eden sanık memur istinafa başvurursa Devlet Şurası Başkanı bu dilekçeyi İstintak Heyetine (sorgulama kurulu) havale ederdi. Cünha ve kabahat türünden suçlamalarda, tutuklamaya gidilmediğinden, kefaletle bağlanarak yargılama sürdürülür; cinayet türünden suçlamalarda ise, yukarıda belirtildiği gibi, Devlet Şurasının Dahiliye Dairesine gönderilirdi.

Dahiliye Dairesi, cinayet işleriyle görevli savcının iddianamesini de inceleyerek, üç gün içinde bir karar verirdi. Dairenin kararı, memuru cinayetle suçlar nitelikteyse tutuklama isteğini içeren özetleme yazısı düzenlenerek bütün belgeler Sadaret Makamına sunulurdu. Bu makam da tutuklama kararı konusunda izin ister, bu konuda çıkan irade uyarınca davranır; Muhakemat Dairesi de yargılamayı yaparak karar verirdi.

52. Bu arada, memurların görevleriyle ilgili olmayan kişisel suçlarından dolayı savcılar ve sorgu yargıçlarınca (müstantik) yapılacak soruşturma ve sınırlamalara ilişkin kurallar, 4 Ağustos 1895 (1311) tarihli “irade” ile düzenlenmiştir. Buna göre, mülkiye memurları için özel kurallar yoktu ve bunlar hakkındaki işlemler genel

kurallara göre yürütülürdü. Suçüstü durumları dışında, dayanaksız yakınmalarla soruşturma açılmaması ve memurun onurunun kırılmaması için, ilkin yakınan (lar) ve tanık (lar) dinleniyor; sonra memur sorguya çekiliyordu. Eğer yükletilen suç hapis ya da daha ağır bir cezayı gerektiriyorsa, tutuklama yoluna gitmeden önce yerine bir başkasının atanabilmesi için gerekli önlemler alması amacıyla düzenlenecek kararname örneği memurun amirine veriliyordu. Suçlama kabahat ya da hafif cünha türünden ise, yasal kanıtların varlığı durumunda sorgu yargıcına havaleye gerek duyulmuyor, doğrudan doğruya mahkemeye başvurulması isteniliyor, eğer suç hapsi gerektiren türden ise durum savcı tarafından memurun amirine bildiriliyordu. Eğer memur irade ile atanmış ise bu konuda çıkacak irade bekleniyor; böyle değilse bakanlık ya da vilayetin en büyük memurunun emri ile memura ilkin işten el çektiriliyor, daha sonra da yargılanması yapılıyordu.

12 Aralık 1896 (1312) tarihli bir Nizamnameyle Devlet Şurası Dahiliye Dairesinin iradeyle atanan memurlarının işten el çektirilmesi ve yargılamalarıyla ilgili görevler, Memurin Mülkiye Komisyonuna aktarılmıştır.

Atanmaları ve işten çıkarılmaları doğrudan doğruya ya da Sadaret Makamının önerisi üzerine Padişaha ait olan divan görevlileriyle valilerden başka, gerek merkezde gerek vilayetlerde iradeyle atanan mülkiye ve maliye memurlarının yargılanmalarıyla ilgili ilk soruşturmayı yapmak ve sonuçlarını arz etmekle yükümlü olan bu komisyonun görevlerini sayan Nizamnamenin 16. maddesi yapılacak işlemleri de düzenliyordu. Buna göre, irade-i seniye ile atanan memurların yargılanmalarıyla ilgili olarak dairelerince düzenlenen soruşturma belgeleri, ilkin Babialî tarafından bu komisyona havale ediliyor; Komisyon Başkanlığı da 48 saat içinde inceleyip sonuçlarını bildirmek üzere bir üyeye veriyordu. Üyenin düşüncesi ve belge komisyonca görüşülüyor, sonuç Sadarete sunuluyordu. Nizamnamenin 15. maddesine göre, Komisyon, memurların yargılanmalarıyla ilgili hükümlerin değiştirilmesi ve iyileştirilmesi için Padişaha duyurulmak üzere gerekli girişimlerde bulunmak gibi önemli bir yetkiyle de donatılmıştı. Nitekim bu Nizamnameden bir süre sonra 3.6.1897 (1313) tarihinde yayımlanan Devlet Şurası Teşkilatının Islahı Hakkındaki Kararnameyle, 16. maddedeki görevler ve yetkiler, Devlet Şurasının Mülkiye Dairesine aktarılmıştır.

Bu arada şunu da belirtmek zorunludur. Yakınılan memur hakkındaki suçluların iftira oldukları soruşturma sonucunda ortaya çıkarsa, o memurun bağlı olduğu Bakanlık ya da Daire tarafından iftira davasıyla ilgili araştırma yapılıyor ve ilgili hakkında dava açılıyordu.



63. Osmanlı Devletinde, Batı örneğine uyularak, yargıçlar ve savcılar hakkında özel yargılama yöntemi benimsenmiştir ve incelenen Memurin Muhakemat Nizamnamesi yargıçlar ve savcılar için uygulanmamıştır.

5 Recep 1294 (1879) tarihinde yayımlanan Usul-ü Muhakemat-ı Cezaiye Kanun-u Muvakkati ile getirilen kimi hükümlerle yargıç ve savcıların yargılama yöntemleri belirlenmiştir.

Bu Yasanın 385. ve 386. maddelerine göre, nizamiye mahkemeleri başkanları, üyeleri, savcılar ve sorgu yargıçları (müstantik), görev dışında işledikleri cünha türünden bir eylemle suçlanırlarsa, üst mahkeme savcısına çağrılarak ora mahkemesinde yargılanırlardı. Eylem cinayet türündense üst mahkeme birinci başkanı, bir sorgu yargıcını, savcı da bir adli kolluk memurunu işin araştırılması için görevlendirirdi.

Yargıç ve savcıların görevleriyle ilgili suçların yargılanmasını düzenleyen 387-403. maddelere göre, temyiz yargıçlarının görevde yetkiyi kötüye kullanmaları ya da daha ağır cezayı gerektiren eylemlerini Yargıtay Birinci Başkanı ya da onun görevlendirdiği kişinin istediği bir savcı soruştururdu. Ancak cinai nitelikteki suçüstü durumlarında, asıl yetkili işe el koyuncaya dek, her adli kolluk görevlisi soruşturmayı yapmakla yükümlü idi.

Ticaret mahkemeleriyle sulh mahkemeleri genel kurullarına görevde yetkiyi kötüye kullanma ve daha ağır cezayı gerektiren bir cinayet türünden bir suçlama yapılır yahut bidayet ve istinaf mahkemeleri kurullarına ya da başkan ve üyelerden bir ya da birkaçına yahut da savcı ya da yardımcılarında birine görev sırasında işlediği cinayet türünde bir eylemle ilgili suçlamada bulunulursa, durum Adalet Bakanlığına bildirilir; Bakanlıkça Yargıtay Başsavcısı ya da istinaf savcısı görevlendirilirdi. Yargıtay Başsavcısı ya da istinaf savcısı da, gerekli görürse, olayın olduğu yerdeki sorgu yargıçlarından birini görevlendirebilirdi.

Soruşturma belgeleri, eğer sanık bidayet mahkemesinde ise istinaf mahkemesi başkanlığına, istinaf mahkemesi yargıcı ise Yargıtay Ceza Dairesi Başkanlığına sunulur; bu makamlar uygun görürlerse sanık geçici olarak tutuklanabilirdi. Daha sonra belgeler ilgili savcıya gönderilir, o da 5 gün içinde iddianameyle birlikte İstanbul'da ise Yargıtay Hukuk Dairesinde, vilayetlerde ise istinaf mahkemesi üyelerinden oluşacak suçlama dairesine (heyet-i ithamiye) gönderirdi. Yargıtay hukuk dairesi ya da suçlama kurulu, belgeleri inceleyerek, kabul ya da ret kararı verirdi. Ret kararı çıkarsa sanık hemen salıverilirdi. Kabul kararı çıkarsa hakkındaki geçici tutuklama sürekli tutuklamaya dönüştürülerek sanık ilgili mahkemenin cezaevine yollanırdı.

Bu Yasaya göre, Yargıtaydaki üye, savcı, yargıçlardan birinin görev sırasında ya da dışında işlediği cünha ve cinayet suçlarından dolayı Adalet Bakanının verdiği bilgi üzerine sanık Yüce Divanda (Divan-ı Âli) yargılanırdı. Vali, mutasarrıf, kaymakam, nahiye müdürü ve kolluk memurları, yasayla verilen yargı görevleriyle ilgili suçlarından dolayı, bir açıklık bulunmaması nedeniyle, 1288 tarihli Memurin Muhakemat Nizamnamesine göre yargılanıyorlardı.

Yasaya getirilen ek bir maddeyle mahkeme başkanlarının ve üyelerinin yargılanmaları bir üst mahkemeye verilmişti.

Şer'îye naipleri, şer'î niyabetle ilgili işlerden dolayı Meşihat Makamının; niza-miye mahkemesi başkanlığıyla ilgili işlerden dolayı da Adalet Bakanlığının verdiği bilgi üzerine yargılanırlardı. Şer'î işlerden dolayı yargılanmaları gereken naiplerden kaza naiplerinin, Meşihat Makamından izin alınarak mensup oldukları liva yönetim kurulunda; liva naiplerinin vilayet yönetim kurulunda; İstanbul'a uzak olan vilayet naiplerinin yakın bir vilayet yönetim kurulunda ve İstanbul'a yakın olan merkezlerdeki naiplerin de Devlet Şurası Muhakemat Dairesinde yargılanacakları öngörülmüştü.

64. Görüldüğü üzere Osmanlı Devletinde memur yargılamasıyla ilgili olarak yeterince ileri sayılabilecek düzenlemeler yapılmıştır.

İlkin, sanıklara, 1966 Newyork Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesinde bir insan hakkı olarak benimsenen istinaf yoluna başvuru hakkı, Osmanlı Devletinde hak arama özgürlüğünün bir parçası olarak tanınmıştır. Bu hak ülkemizde bugün de hala tartışılmaktadır. Oysa Osmanlı'da yargılama iki derecelidir.

İkinci olarak, soruşturma yapan, dava açan, yargılayan makamlar birbirlerinden ayrılmışlardır.

Üçüncü olarak, sanık menur, dava açılması durumunda kararı temyiz edebilmektedir. Bir başka deyişle sanık, temyiz denetim yolunun açık tutulması güvencesinden yoksun kılınmamıştır.

Dördüncüsü, iddia ve savunma makamları ayrılmıştır.

Beşincisi, tutuklama önlemlerinin sınırları özenle çizilmiştir. Bu konuda yetkilerin iyi paylaştırıldığı söylenebilir.

Altıncısı, yargıçlar ve savcılar hakkında özel hükümler getirilmiştir.

Buna karşılık, memurların yönetsel kurullarca yargılanması, yargılama aşamalarının çokluğuyla ortaya çıkan yavaşlık, genel kurallardan memurları kurtarma çabaları dikkat çekicidir. Böyle bir sistem içinde memurların çok güç yargılanıp cezalandırılacakları açıktır.

İşte bu koşullar içinde 1872 (1288) tarihli Nizamnamenin yerini, 4 Şubat 1913 tarihli (1329) tarihli ve 133 sayılı Memurin Muhakemat Kanun-u Muvakkatı almıştır<sup>1</sup>.

***D- 4 Şubat 1913 (1329) tarihli Memurların Yargılanmasına İlişkin Yasa (MYY: Memurin Muhakemat Kanun-u Muvakkatı):***

65. Bu Yasayla birlikte, Meşrutiyetten sonra kendini duyumsatan “yargı birliği” ilkesinin gerçekleşmesi yolunda önemli bir adım atıldığı belirtilmiştir<sup>1</sup>.

Fransa gibi bizde de, memurlar için özel bir yargılama benimsenmişse de, bu konudaki tarihsel evrimin genel kurallara doğru olduğu söylenebilir. Memurların Yargılanmalarına İlişkin Yasaya getirilen ayrık kurallar da bunu yansıtmaktadır<sup>2</sup>.

Gerçekten Batı kültürü bize Tanzimat döneminde Fransa kapısından girmiş; 1256, 1267 ve 1274 tarihlerinde Fransa örneğine göre ceza yasaları düzenlenmiştir. Yönetim yapısı da Fransız örneğine göredir. Gerçi bu yasaların şer’iye mahkemelerince uygulanmalarında güçlüklerle karşılaşmıştır. Ancak, yönetimin o dönemde çağcıl sayılabilecek nitelikteki bu yasaların uygulanabilmesi için eski yargılama yöntemlerini kaldırmaya, laik yargılama yöntemlerini benimsemeye çabaladığı açıktır. İşte memurlar için özel bir çaba gösterilmesinin bir nedeni buydu ve yukarıda incelenen 1872 tarihli Memurin Muhakematı Nizamnamesi bu çabanın ürünlerinden biriydi. Her ne kadar bu Nizamnameden 7 yıl sonra 1879’da ilk Ceza Yargılaması Yasası, 1808 tarihli Fransız Ceza Yargılaması Yasası çevrilerek Fransa’dan alınmışsa da, yönetim kendi işlerinde ve bünyesinde uygulanmak üzere bir Yasa bulunduğundan, buna bağlı kalmayı sürdürmüştür. Bir başka deyişle, daha önce bir boşluğu doldurduğu kuşkusuz olan Nizamname, çağcıl bir Ceza Yargılaması Yasasına karşın yürürlükte kalmış ve onun yerini MYY almıştır<sup>3</sup>.

Memurlar için özel bir çaba göstermenin bir nedeni de şuydu: Meşrutiyetçilerin temel amaçları yasal bir yönetim kurmak ve yönetimde memurların yasa dışı tutumlarını halkın temsilcileri aracılığıyla denetlemektir<sup>4</sup>. Bu amaç doğrultusunda

64- (1) SARICA, s 708-711, ORHUN, s 130-140, BEŞE, Hakkı Kâmil, *Memurlar Hakkında Muhakeme Usulleri*, Ankara, 1943, s 5-7, TOSUN, II, s 14, 15, KULAN, Rubi, *Açıklamalı, Uygulamalı, İçtihatlı Memurların Yargılanmaları Usulü ile 1609 Sayılı Kanuna Tabi Suçlar*, Ankara, 1985, s 3, HEIDBORN, A, *Droit public et administratif de l’Empire Ottoman*, Leipzig, 1908, s 187-191

65- (1) KEYMAN, s 175, ORHUN, s 140, 141, KUNTER, *Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku*, İstanbul, 1989, n 81

(2) Bından böyle bu Yasa, MYY, olarak gösterilecektir

(3) TOSUN, Öztekin, *Türk Suç Muhakemesi Hukuku Dersleri*, İstanbul, 1984, I, s 530, ÜÇÖK, Coşkun/MUMCU, Ahmet, *Türk Hukuk Tarihi*, Ankara, 1991, s 273

(4) YAYLA, s 266, YAYLA, Yıldızhan, *Anayasamızda Yönetim İlkeleri Tevsi-i Mezuniyet ve Tefrik-i Vezâif*, İstanbul, 1982, s 25, 26

devlet, devletin herkese eşit ve yasalara göre davrandığını kanıtlamak ve böylece kendi saygınlığını korumak kaygısıyla, memurlar hakkındaki yakınmaları önce kendi içinde inceleme yoluna gitmiştir. O yüzden 1872 tarihli Nizamname, Anayasanın 31. maddesiyle Padişahın memurlarını yargılama konusunda memurlar için doğrudan, devlet saygınlığı açısından dolaylı bir koruma yöntemi benimsemiştir. Bu benimsemenin temelinde yatan felsefe şudur. Bütün memurlarda ve memurluk kurumunda padişahın iradesine dayanan bir özellik vardır. Bir kesimini padişah doğrudan atar, bir kesimini de kendi adına atattırır: “Bütün memurini idare bilvasıta veya bilavesait Hükümdarın vekili sıfatıyla umur-u muamelatı temşiyet etmekte ve silsile-i meratip rabıtasıyla ona merbut bulunmaktadır”<sup>5</sup>. Görüldüğü üzere I. Meşrutiyetin hukuk anlayışına göre, memurlar Padişahın doğrudan ya da dolaylı vekilidirler. O nedenle de görevleriyle ilgili suçlamalarda bu nitelikleri gözetilerek korunmaktadırlar. Bu anlayış bakanlar (vükelâ) hakkındaki yakınmalarda da geçerlidir. Yüce Divanda bakanların yargılanabilmeleri için “Heyet-i Mebusan”ın üçte iki çoğunlukla karar vermesi yetmemekte, Padişahın kararına (irade-i seniye) da gerek duyulmaktadır (Kanun-ı Esasi, md.31)<sup>6</sup>.

66. Bu görüş, II.Meşrutiyet döneminde de benimsenmiştir. Gerçekten bu kez, memurların özel bir yargılamaya tabi kılınmalarının nedeni, artık padişahın değil, “milletin” vekili olmalarıdır: “... memur demek, umur-u devlet-i menafi-i umumiye-ye muvafık bir surette ifa için vekâlet-i milleti haiz olmak demektir”<sup>1</sup>. O nedenle de, bugün de yürürlükte olan MYY, bu kuramsal hukuk anlayışını yansıtmakta ve memurlar için ayrı bir yargılama getirmiş bulunmaktadır. Yasanın uzun süre yürürlükte kalması ve yasa niteliği bulunduğundan ancak bir yasa ile değiştirilebilmesi de, aynı anlayışın bugün de sürdüğünü<sup>2</sup> ve, hatta kanımca, bunun devletin saygınlığını koruma kaygısını marjinalleştirerek memuru kollama ve kayırmaya dönüştüğünü söylemek yerinde bir saptamadır.

MYY, aşağıda görüleceği üzere, soruşturma açısından yargılama birliğini sağlamış olmakla birlikte, ülkemizde 1985 öncesinde ilk soruşturma yürürlükte iken, bu soruşturmayı yönetim makamlarına bırakmıştı<sup>3</sup>.

Öte yandan, 12 Temmuz 1889 (1305) tarihli irade-i seniye ile, Osmanlı Devletinde çalışan yabancı uzmanların ve yukarıda belirttiğim üzere 8 Ekim 1889 (1305) tarihli ek maddeyle memurun suç ortağı sivil kişilerin soruşturmalarının adalet

(5) İSMAİL HAKKI, *İleten: YAYLA*, s 266

(6) YAYLA, s 266

66- (1) MUSLİHİTTİN ADİL, *İleten: YAYLA*, s 266.

(2) YAYLA, s 267

(3) KUNTER, n 81

mahkemeleri önünde yapılacağı kuralları getirilerek bu konuda önemli adımlar atılmıştır <sup>4</sup>.

Görülüyor ki, soruşturmanın bütün memurlar için adli yargı önünde yapılması kuralına Fransa 1789, Osmanlı Devleti 1913'te; yani Fransa'dan 124 yıl, 1872 tarihli Nizamnameden 41 yıl sonra ulaşılabilmiştir.

M.Y. Yasasının bir özelliği de geçici bir geçiş (intikali) yasası olmasıdır. 1876 Anayasasının (Kanun-u Esasi) 36. maddesi, Bakanlar Kuruluna (Heyet-i Vükelâ), Meclisin tatilde bulunduğu sırada ya da ivedi ve olağanüstü durumlarda, daha sonra Mebusan ve Âyan Meclislerinin onayına sunulmak üzere düzenlemeler yapma yetkisi tanımıştı. Bunlara “kanun-u muvakkat” (décret-loi) deniyordu. Bunlar Meclisin onayıyla yasalaşır, geçici olmaktan çıkarlardı. Meclisler toplanır ve onaylamlarsa yürürlükten kalkarlardı. Ancak, Meclisler toplanmadığı sürece, onaya sunma olanağı doğmadığından, yürürlükte kalmayı sürdürürlerdi. Organik açıdan bir yürütme işlemi olan bu “kanun-u muvakkat”ler; maddi açıdan birer yasama işlemiydiler. 1876 Anayasasının Meclislerin tatilde bulunduğu sırada verdiği yetki aktarma (délégation) sonucu çıkan bu tür yasalardan biri de işte bu M.Y. Yasasıdır. Ancak, Meclisler daha sonra hiç toplanamadıkları için, bu geçici (geçiş) yasaların bugün de yürürlükte oldukları belirtilmiştir <sup>5</sup>.

Görüldüğü üzere ülkemizde 1872 (1288)'den beri memurların görevlerinden doğan ya da görevleri sırasında işledikleri suçlardan dolayı özel bir soruşturma yöntemi uygulanmış, Şurayı Devlet Nizamnamesinde bu yöntemle Danıştay bağlantısı kurulmuş, 1913 tarihli MYY ile bugünkü uygulamaya gelinmiştir. Kurtuluş savaşı sırasında ve Cumhuriyetin ilk yıllarında devletin temel kurumlarının yetersizliği ve Danıştayın kurulamaması nedeniyle MYY'nın işlerliği aksamış; 1927'de Danıştaya bu konuda görevler verilmiş, böylece bugüne gelinmiştir. Oysa bu Yasa'dan sonra ülkemizde 1921, 1924, 1961 Anayasaları gibi kaldırılması çok zor olan yasalar tarihe karışmışlar; 1982 Anayasası yürürlüğe girmiştir. Ne ki bu Yasa, aşağıda görüleceği üzere, Anayasa yargısının süzgecinden geçmiş, Anayasa Mahkemesi Yasanın bir maddesini bütünüyle, bir maddesinin de yalnızca bir tümcesini iptal etmiştir. Bu son iptal nedeniyle doğan boşluk bir yasayla doldurulmuştur.

Böylece sözü, bu Yasanın uygulanmasına ve Cumhuriyet dönemine getirmiş bulunuyorum.

(4) ORHUN, s 133, 134

(5) ONAR, Sıddık Sami, *İdare Hukukunun Umumi Esasları*, İstanbul, 1966, I, s 398, KUNTER, n 81, 308, TOSUN, II, s 16, TEZİÇ, Erdoğan, *Anayasa Hukuku*, İstanbul, 1986, s 23

# B Ö L Ü M

## TÜRKİYE CUMHURİYETİNDE MEMUR YARGILAMASI



# TÜRKİYE CUMHURİYETİNDE MEMUR YARGILAMASI

## 1. Genel olarak:

67. Bu yargılamanın odağında iki yasa ve bir de Anayasa hükmü bulunmaktadır. Yasalardan biri, yönetsel hazırlık soruşturması sistemini benimseyen Memurin Muhakematı Hakkında Kanun-u Muvakkattır.

Yasalardan ikincisi, 14.7.1965 tarih ve 657 sayılı Devlet Memurları Yasasıdır. Bu Yasanın 24. maddesine göre, “Devlet memurlarının görevle ilgili veya görevleri sırasında işledikleri suçlardan dolayı soruşturma ve kovuşturma yapılması ve haklarında dava açılması özel hükümlere tabidir.” Böylece Yasa, aşağıda incelenecek olan yürürlükteki M.Y. Yasasının sistemini sürdürmüştür. Nitekim maddenin gerekçesinde de “halen yürürlükte bulunan sistemin devamı uygun görülmüş” denmektedir.

Hüküm ise, Anayasada yer almaktadır. Gerçekten 1982 Anayasası, 129. maddesinin son fıkrasında şu hükme yer vermiştir: “Memurlar ve diğer kamu görevlileri hakkında işledikleri iddia edilen suçlardan ötürü ceza kovuşturması açılması, kanunla belirlenen istisnalar dışında, kanunun gösterdiği idari merciin iznine bağlıdır.”

Türkiye’yi 1799 Fransız Anayasasının çizgisine götüren; 1831 Belçika’sının, 1861 Bolivya’sının ve 1870 Fransa’sının gerisine düşüren bu hükmün; Milli Güvenlik Konseyinin Anayasa Tasarısını incelemesi sırasında Anayasaya girdiği sanılmaktadır. Zira böyle bir hükme Anayasanın ilk Tasarısında rastlanmamaktadır. Danışma Meclisinde de bu maddeyle ilgili bir görüşme yapılmamıştır. Milli Güvenlik Konseyinin hazırladığı gerekçede ise doyurucu bilgi yoktur. Yalnızca, Danışma Meclisince benimsenen 137. ve 138. maddelerin birleştirilerek 129. olarak yeniden kaleme alındıkları belirtilmektedir, o kadar.

Anayasanın bu hükmüyle hem MYY ve hem de Devlet Memurları Yasasının 24. maddesiyle benimsenen sistem sürdürülmüş ve hatta anayasal düzeye yükselti- lerek bir bakıma taçlandırılmıştır.

Dahası, Anayasa hükmünde görevle ilgili suçlarla kişisel suçlar birbirlerinden ayrılmamışlardır. İzin sisteminin kişisel suçlarda genellikle uygulanmadığı ve 657 sayılı Yasanın yukarıda değinilen 24. maddesi göz önüne alınırsa, hükmün sadece görevle ilgili suçları kapsadığı düşünülebilir<sup>1</sup>. Ancak hazırlık soruşturmasını yönetsel mercilere bırakan M.Y. Yasasının, izin arayan Anayasa hükmüne aykırı<sup>2</sup> ve fa-

67- (1) TOSUN, II, s 29

(2) TOSUN, II, s 29



kat ondan daha uç noktada olduğunu söylemek olanaklıdır<sup>3</sup>.

68. Ancak, asıl konumuz olan MY Y ile ilgili incelemeye geçmeden önce, araştırmanın “Giriş” bölümünde değ indiğ im geniş anlamdaki “yö netsel güvence”nin günümüz Türk hukukundaki kimi örneklerine kısaca değ inmekte yarar vardır.

İlkin MY Y gibi iç bünyede yö netsel bir ö nsoruşturma yapmayı ö ngö ren özel yasalar bugün de vardır. Sö zgelimi, Anayasa Mahkemesi başkanı ve üyeleri için bir üye hazırlık soruşturmasını yapar; üç üyeden oluş an kurul sonsoruşturmanın açılıp açılmamasına karar verir (Anayasa Mahkemesi Yasası, md.55).

Yargıtay Birinci Başkanı, birinci başkan vekilleri, daire başkanları, C.Başsavcısı ve Başsavcıvekili hakkında hazırlık soruşturmasını bir daire başkanı yapar, sonsoruşturmanın açılıp açılmamasına Birinci Başkanlık Kurulu karar verir (Yargıtay Yasası, md.46).

Danıştay Başkanı, başkan vekilleri, daire başkanları, üyeleri, Başsavcısı hakkında hazırlık soruşturmasını bir daire başkanı ile iki üyeden oluş an kurul yapar. İdari İşler Kurulu sonsoruşturmanın açılıp açılmamasına karar verir (Danıştay Yasası, md.82).

Askeri Yargıtay Başkanı, İkinci Başkanı, daire başkanları, üyeleri, Başsavcısı için, Genel Kurulun görevlendireceğ i bir kişi ya da üç kişilik bir kurulca hazırlık soruşturması yapılır. Sonsoruşturmanın açılıp açılmamasına Genel Kurul karar verir (Askeri Yargıtay Yasası, md.37).

Askeri Yüksek İdare Mahkemesi Başkanı, İkinci Başkanı, daire başkanları, üyeleri, genel sekreteri, Başsavcısı için Genel Kurulun görevlendireceğ i bir kişi ya da üç kişilik bir kurulca hazırlık soruşturması yapılır. Sonsoruşturmanın açılıp açılmamasına Genel Kurul karar verir (Askeri Yüksek İdare Mahkemesi Yasası, md.32).

Sayıştay Başkan ve üyeleri için hazırlık soruşturması Genel Kurulca seçilen üç daire başkanı ve iki üyeden oluş an bir kurulca yürütölür. Sonsoruşturmanın açılıp açılmamasına Genel Kurul karar verir (Sayıştay Yasası, md.96).

(3) Sö zgelimi, 3628 sayılı Mal Bildiriminde Bulunulması, Rü şvet ve Yolsuzluklarla Savaşım Yasası, “izin” sistemi ni dışlamış, yalnızca c savcısına belli mercilere bilgi verme yükümlölülüğ ü getirmiştir (md 8, 9) Bilindiğ i gibi “izin”, yerindelik/uygunluk ölçütüne göre bir irade bildirimidir ve verilmemişse kovuşturmayı engeller Bilgilendirme ise kovuşturmayı önlemez Kovuşturma açısından daha ileri bir sistemdir Ancak kanımca bu sistemin Anayasaya aykırı olduğ u ileri sürülemez Zira anayasalar genel kuralları koyar, yasalara istisnaları getirirler O nedenle burada “izin” kuralına bir istisna getirilmiştir (Aynı görüş YURTCAN, Erdener, 1609 sayılı Yasa taribe karış tı, İstanbul Barosu Dergisi Ekim-Aralık 1990, s 805-807, ULUSOY, Halil, 3628 sayılı Mal Bildiriminde Bulunulması, Rü şvet ve Yolsuzluklarla Mücadele Kanunu ve uygulanması hakkında inceleme, Türk İdare Dergisi, 1991, sayı 392, s 137, 167) Yasa Koyucuyu “izin” sisteminden ayıran neden gerekçede açıklanmıştır 1609 sayılı Yasanın etkili uygulanamaması ve MY Y’na getirilen istisnai özelliğ in silinmesi Bir uygulamacı olarak bu gerekçeyi yerinde buluyorum Ne var ki, Yö netici Sayın Ulusoy, bu gerekçeyi doğ rılayacak veri olmadığ ını belirtmekte ve eleştirmektedir (s 168)

Yine Yüksek Öğretim Yasasına göre, yüksek öğretim üst kuruluşlarının başkan ve üyeleriyle kurum yöneticileri, öğretim üyeleri ve 657 sayılı Yasaya göre bu kurumlarda çalışan memurlar hakkında yönetsel bir soruşturma yapılmaktadır (md.53).

Öte yandan yine “Giriş”te sözü edildiği üzere, rastlantısal (yapay, özüne uygun düşmeyen), nesnel nitelikte izin, T.C.Yasasının 160. ve 173. maddelerinde öngörülmüştür. Kaldırılan 1609 sayılı Yasa da buna bir örnek oluşturunuyordu. Bu son Yasada “izin” yerine “müsaade” ve “muvafakat” terimleri kullanılmıştı.

Kişilerin niteliğini gözetken gerçek, öznel ve edilgin nitelikte izin ise, Hâkimler ve Savcılar Yasasında (md. 82, 87, 89); Avukatlık Yasasında (md.58), Noterlik Yasasında (md.153) yer almıştır. İlk ikisinde Adalet Bakanlığı, sonuncusunda Adalet Bakanı izin vermektedir.

Hemen belirteyim ki, MYY, memurlar açısından, genel nitelikte bir Yasadır. Elbette, gerek suç, gerekse görev ve kişi yönünden bu Yasaya ayrık hükümler getiren yasalar bulunmaktadır. Ancak şu anda yapılan incelemenin odak noktası bu Yasadır.

Yasa Cumhuriyet döneminden önce on yıl uygulanmıştır. Daha önce değinildiği üzere o dönemdeki Danıştay (Şurayı Devlet), Yasanın uygulanmasına kararlarıyla yön vermiştir.

## **2. MYY’nın uygulama alanı:**

69. Yasanın 1. maddesine göre, bugünkü dille: “Memurların memurluk görevlerinden doğan ya da görevlerini yaptıkları sırada işledikleri suçlarından dolayı yargılanmaları, aşağıdaki koşullar altında adliye mahkemelerine aittir.”

Görüldüğü gibi bu maddede Yasanın uygulama alanı, hem kişi ve hem de konu açılarından gösterilmektedir. Yasanın 13. maddesine göre bu sınırlar içinde suç işleyen memurla ilgili sonsoruşturmanın açılması kararına bağlı tüm belgeler C.Savcılığına verilecek ve sanık hakkında sonsoruşturma başlayacaktır.

### ***A- Kişi açısından: Suçlanan kişi memur olmalıdır:***

70. Düzenlemenin kapsamına yalnızca memurlar girmektedir.

MYY Osmanlı döneminde çıktığı ve bu dönemdeki yasaların ilk maddelerinde genellikle kavramların tanımları verildiği halde, bu Yasada memur tanımı yapılmamıştır. Ancak, bu Yasanın yürürlüğe girmesinden sonra çıkan T.Ceza Yasası, memurlarla ilgili iki temel yasa ve başka yasalarda “memur” terimine yer verilmiş; bu

arada, T.B.M. Meclisinin yorum, Yargıtay ve Danıştay kararları; öğretilerdeki değişik görüşler, kavramı büsbütün karmaşıkleştirmiştir.

Gerçi bu karmaşıklık, biraz da konunun özünden kaynaklanmaktadır. Ancak, Batıda, özellikle Roma, Cermen ve Kilise hukuklarının uzantısı olan ülkelerde, sözelimi, Fransa<sup>1</sup> ve İtalya'da<sup>2</sup>, Almanya, Belçika, İspanya, Arjantin, Tunus, Brezilya ve İsviçre'de<sup>3</sup> karmaşanın bizdeki boyutlarda olmadığı bir gerçektir.

Bu konuda karmaşa sürmektedir. Kimi ülkelerde de karmaşa bulunması, bizdeki karmaşanın elbette özürlü olamaz.

71. Kanımca ilk karmaşa, kural/istisna ilişkisinin koordinatlarının iyi belirlenmemesinden kaynaklanmıştır.

Ceza Yargılama Yasası, genel bir Yasadır ve, yargılama birliği ilkesinin gereği olarak da, bu Yasanın hükümlerinin herkese uygulanması kuraldır. Buna karşılık, MYY, belli bir küme insanı kapsayan özel bir Yasadır ve bu Yasanın hükümlerinin uygulanması da, yargılama birliği ilkesinin ve dolayısıyla C.Yargılama Yasasının bir istisnasını oluşturmaktadır. Aşağıda değineceğim 1255 sayılı T.B.M. Meclisi yorum kararından sonra, T.C. Yasasının 279. maddesinde öngörülen “memur” tanımına gi-

70- (1) AUBY , n 21 vd, PLANTEY, *Traité* , n 25 vd ; PEISER, s 5-11, LECLERCQ/ , s 461-468, DUPUIS/ , s 283 vd , VITU, *Droit pénal spécial*, I, n 246, CHAPUS, II, n 31, 32

(2) DI BENEDETTO, P Severino, *Modifiche* , s 335-354, GRISPIGNI, Filippo, *Pubblici ufficiali e incaricati di pubblico servizio*, *Scritti giuridici di onore di V Manzini*, Padova, 1954, s 563 vd , ANTOLISEI, Francesco, *Sulla nozione di pubblico ufficiale*, aynı yapıt, s 29-37, *Manuale di diritto penale, p speciale*, Milano, 1977, II, s 707-713, PAGLIARO, s 6-14, ZUCCALÀ, C Stella, *Commentario breve al Codice penale*, Padova, 1992, s 657 vd , GOLDONI, Umberto, (ortak yapıt), *Codice penale commentato*, Torino, 1990, I, s 664, 665, SEGRETO/ , s 5 vd , s 51 vd , RUSSO, s 6, MANZINI, *Trattato di diritto penale* , 1982, V, n 1267-1285, MAJNO, Luigi, *Commento al Codice penale italiano*, Torino, 1924, II, n 1063, 1074, FIORELLA, Antonio, *Ufficiale pubblico*, *incarico di un pubblico servizio o di un servizio di pubblica necessità*, *Enciclopedia del diritto*, Milano, 1992, XLV, s 563-582, GIANNINI, M Severo, *Impiego pubblico*, *Enciclopedia del diritto*, Milano, 1970, XX, s 293-305; COLACITO, Mario, *Impiego statale*, aynı yapıt, s 305-367, TERRANOVA, Salvatore, *Funzionario*, *Enciclopedia del diritto*, Milano, 1969, XVIII, s 280-289

(3) KNAPP, n 3107 vd , RODRIGUEZ DEVESA, J Maria/SERRANO GOMEZ, Alfonso, *Derecho penal español, p especial*, Madrid, 1993, s 1124-1130, ERMAN, Sabir, *Ceza tatbikat ve takibatında memur*, S B O Dergisi, 1947, sayı 1-2, s 237, 238, KOENIG, s 1 vd , LOGOZ, Paul, *Commentaire du Code pénal suisse, p générale*, Neuchâtel, 1939, s 402, 403 İngiltere, ABD, Almanya, Rusya, İtalya, İspanya, Fransa'da yerel yönetim ve görevlileri hakkında bakınız DEBBASCH, Charles, *Institutions* , 1991, I, s 372-436, *Les fonctions publiques locales, comparaisons européennes*, I I A P , yayını, Paris, 1991, DURUPTY, s 296, BUTTGEBACH, n 347, MAST/ , n 138, FLAMME, II, n 263 vd , VELU/ , n 461, 462, DEMBOUR, n 146; PARADA, II, 420 vd , MEIRELLES, s 393 vd , DI RUFFIA, n 57, MUNOZ CONDE, Francisco, *Derecho penal, p especial*, Valencia, 1993, s 758-762, NAVARRETE, M Polaino, (ortak yapıt), *Manual derecho penal, p especial*, Madrid, 1994, s 241-243, BARJA DE QUIROGA, J Lopez, *Manual de derecho penal, p especial*, Madrid, 1992, III, s 150 vd , BALESTRA, *Derecho* , s 805, DE JESUS, IV, s 101-103, DA COSTA, III, s 178 24 Kasım 1995 tarihinde Resmi Gazetede yayımlanan ve son 7 maddeye göre yayımlanmasından altı ay sonra 25 Mayıs 1996'da yürürlüğe giren 1995 tarihli İspanya Ceza Yasasının 24 maddesinin 2 bendine göre “Bir Yasa hükmünce doğrudan ya da seçimle, yetkili mercice atanmayla kamu görevini yerine getirmeye katılan kimse memur” sayılmaktadır (Kanımca yayımlama tarihine göre Yasanın 24 Mayıs 1996'da yürürlüğe girmesi gerekir Nitekim, Yasanın yayımlanmasından sonra basılan bir yapıtta bu tarih gösterilmiştir (LUZÓN PENA, Diego, *Manual, Curso de derecho penal, p general*, I, Madrid, 1996, s 127-128) Ancak, İspanya Yüksek Mahkeme eski üyesi meslektaşım Prof Marino Barbero Santos, sorunun İspanya'da uzun tartışmalara yol açtığını ve sonunda Yasanın 25 Mayıs 1996'da yürürlüğe girdiği görüşünün benimsendiğini, Freiburg'daki incelemelerim sırasında bana açıklamıştır)

ren herkes hakkında MYY'nın uygulanarak genellik kazanması ve kimi yasalarda MYY'nın uygulanmayacağına ilişkin hükümlerin gereksiz olarak yer alması; uygulamada bu Yasanın genel ve uygulanmasının asıl/kural olduğu, ancak özel yasalarda açıklık bulunduğu takdirde uygulanmaması gerektiği yolunda bir sanı yaratmıştır. Bu yanlıştır. Ancak, bu yanlışın düzeltilebilmesi için, her şeyden önce iki şeyin düzeltilmesi zorunludur. Bunlardan biri yasamayı ilgilendirmektedir. Özel yasalarda MYY'nın uygulanmayacağına ilişkin hükümlere her zaman yer verilmemelidir. Çünkü, istisnai yasada hüküm olmayınca, genel olan C.Y.Yasası kendiliğinden uygulamaya girecektir. Eğer böyle hükümler her zaman konulursa, yineleme pahasına belirtiyim ki, MYY geneldir sanısı ve hatta kanısı sürüp gidecektir. Bu konuda, aşağıda değinileceği üzere, bir ilke kararı geliştirilmelidir<sup>1</sup>. İkincisi de yargıyı ilgilendirmektedir. Yargı, T.C. Yasasının 279. maddesinde yer alan “memur tanımını”, MYY'nda yer alan “memur kavramı”yla özdeşleştirmekten vazgeçmeli, MYY'nın kavramının ışığında idare hukuku ile ceza hukukunun bileşkesini alarak, MYY hükümlerinin uygulanacağı “memur” teriminin sınırlarını özenle çizmelidir. Nitekim, 1930 tarihli İtalyan Ceza Yasasının T.C.Yasasının 279. maddesine kaynaklık eden 357. maddesindeki memur tanımı yapılırken bu yöntem izlenmiş; Zanardelli Yasasının 207. maddesinde yer alan tanımdaki öznel (sübjektif) anlayış eleştirilmiş ve idare hukuku ile ceza hukuku arasındaki ikiliğin kaldırılması amaçlanmıştır.

Kanımca sorunu çözmek için, MYY'nın istisnai niteliği gözetilmeli ve Yasanın uygulanması, idare hukuku ile ceza hukukunun kesiştiği “memur” kavramı ile sınırlandırılmalıdır.

“Memur” kavramının incelenmesine geçmeden önce şunu da belirtmekte yarar vardır. Yasanın adında ve tüm maddelerinde “memur” terimi kullanıldığı halde, 4. maddesinde “müstahdem: hizmetli” sözcüğüne yer verilmesi, bu sözcüğün ayrı bir anlamı taşımasından değil, belki memur kavramını yorumlama, ona yollama yapma çabasından<sup>2</sup> ya da yasa koyucunun gerekli özeni göstermemesinden kaynaklanmaktadır. Çünkü, Yasanın adında, öbür hükümlerinde bu sözcük geçmemektedir. Ayrıca soruşturma belgelerinin verileceği mercii belirleyen 4. maddede “kaza ve liva” yönetim kurullarından söz edilirken sözcüğe yer verildiği halde, “vilayet” yönetim kurulundan söz edilirken sözcük kullanılmamaktadır. Demek, bu bir

71- (1) ERMAN, Sabir, *Ceza tatbikat ve takibatında memur*, Siyasal Bilgiler Okulu Dergisi, 1947, sayı 3-4, s 275, DÖNMEZER, Sulhi, *Mahkeme İçtihatları*, I Ü H F M , 1943, sayı 1-4, s 319 T B M Meclisinin 27 I 1930 tarih ve 543 sayılı ve Yargıtayın 14 3 1940 tarih ve 27/48 sayılı İçtihatları Birleştirme Kararı da aynı doğrultudadır (BEŞE, s 12, 13 Karşı görüş ÖZEK, s 44, 45; ÖZTÜRK, Babri, *Memurların özel bir muhakeme usulüne tabi olmasının sakıncaları ve Anayasa Mahkemesinin kararları*, Ceza Hukuku ve Kriminoloji Dergisi, İstanbul, 1978, sayı 1, s 62)

(2) BEŞE, s 10, 11

özensizlik ürünüdür. Ayrıca o dönemdeki yazılı hukukta da böyle bir ayırıma rastlanmamaktadır. O nedenle Yasada “müstahdem” sözcüğü memur sözcüğüyle eşanlamda kullanıldığından, burada yalnızca memur kavramı üzerinde durulacaktır.

### **1) Memur kavramı anlayışında yaşanan evreler:**

72. Memurun tanımı konusunda üç evre yaşanmıştır.

Birinci evrede belirleyici öge, yapılan görevdir.

Osmanlı döneminde Kanunu Esasiye göre Danıştayın (Şurayı Devlet) yasaları yorumlama yetkisi bulunuyordu. Danıştay 27.8.1918 (1334) tarihli kararında memur niteliğinin saptanmasında belirleyici ögenin, görevlinin görevlendiriliş biçimi değil, gördüğü kamusal görev olduğu sonucuna ulaşmıştır. Maaşlı, maaşsız, ücretli, ücretsiz, asaleten ya da vekâleten “umur-u hükümete ait muamelâtı” yerine getirmekle yükümlü olan, yani kamusal görev yapan herkes “memur” olup, MYY da bunlara uygulanacaktır. Bu ölçüt, kuşkusuz klasik memur tanımına göre geniştir. Çünkü maaş v.b. öğeleri dışlamaktadır. Ancak, devlete ait işlemleri yapma, yani kamu görevi ölçütü gözetildiğinde dardır. Çünkü devlet işlerine ait maddi hizmet görevlerini dışlamıştır. Bu ise devlet işlerinin çok az alanda yürütüldüğü o dönemin gereklerine hem uygun düşmekte<sup>1</sup>, hem de, T.C. Yasası’nın 279. maddesinde yer alan memur tanımıyla hemen hemen örtüşmektedir<sup>2</sup>.

73. İkinci evre; yaşamada saymaca (kazuistik) ve yargıda ampiriktir.

Birinci evre, 27.1.1930 tarih ve 543 sayılı T.B.M. Meclisinin kararına değin sürmüştür. Bu tarihten önce, memuru idare hukuku açısından 1. maddesinde tanımlayan Memurlar Yasası (Memurin Kanunu) ve ceza hukuku açısından 279. maddesinde tanımlayan T.C. Yasası yürürlükteydi. Parlamento 543 sayılı kararında, Memurlar Yasasının 1. maddesi doğrultusunda devlet hizmetinde çalışan, özel sicilde kaydı olup genel ya da özel bütçeden maaş alan kimseleri “memur” olarak tanımlamış ve böyle olmayan kişiler hakkında istisnai nitelikteki MYY’nın değil, C.Yargılama Yasasının uygulanacağını belirtmiştir. Bu nedenle o dönemde özel yasalar saymaca (kazuistik) yöntemi benimsemiş, MYY’nın uygulanıp uygulanmayacağı konusunda açık hükümler getirmişlerdir<sup>1</sup>. Ne var ki, aynı yıl 10.4.1930 tarih ve 556 sayılı Meclis kararında, 543 sayılı kararın tersine, Memurlar Yasasının 1. maddesindeki tanımdan uzaklaşarak, “ücretli müstahdem” sayılanların da MYY uyarınca

72- (1) DÖNMEZER, s 820; ÖZEK, s.41, BEŞE, s 11, KIRMIZIGÜL, Hüsamettin, *Uygulama ve Teoride Memurlar Hakkında Tatbikat ve Muhakeme Usulü, İstanbul, 1995, s 37*

(2) ERMAN, s 271.

73- (1) KIRMIZIGÜL, s 52

yargılanacakları görüşü benimsenmiştir<sup>2</sup>. Bu kargaşa karşısında yargı, ampirik bir yöntem izlemiş, her olayda MYY'nın uygulanıp uygulanmayacağını çözme yoluna gitmiştir. Yargıtayın da çıkış noktası, genelde Meclis kararı doğrultusunda, yani Memurlar Yasasının 1. maddesi olmuştur. Nitekim Yargıtay 14.3.1940 tarih ve 27/48 sayılı İç. Bir. kararında, failin MYY gereğince yargılanıp yargılanmayacağının saptanması için, ilkin Memurlar Yasasının kapsamına ve tanımına girip girmediğinin araştırılmasını; o tanıma girmediği takdirde, o zaman özel yasasında bir hüküm bulunup bulunmadığının incelenmesini, yoksa genel hükümlere göre yargılanmasını öngörmüştür.

74. Üçüncü evre, T.Ceza Yasasındaki memur tanımını odak yapmıştır.

Yargıtayın 1940 tarihli kararı karşısında, bir milletvekilinin isteği üzerine, T.B.M.Meclisi 8.8.1941 tarih ve 1255 sayılı yorum kararıyla, T.C. Yasasının 279. maddesinde öngörülen memur tanımının yalnız ceza uygulamasında değil, ceza kovuşturmasında da esas alınacağına karar vermiştir. Böylece bir ilke kararına ulaşılmıştır.

Bu yorum kararı (yasası) yürürlükte ve yargı kararlarına ışık tutmayı sürdürmektedir<sup>1</sup>. Artık sorun, T.C.Yasasının 279. maddesindeki memur tanımının yorumunda düğümlenmiştir. Tartışma bu tanımın üzerinde odaklaşırken, bir başka tartışma daha ortaya çıkmıştır. O da şudur: 1255 sayılı yorum kararından sonra acaba MYY artık mutlak anlamda genel bir yasa kimliğini mi kazanmıştır? Bence, hayır<sup>2</sup>. Yasa, C.Yargılama Yasasına göre yine özeldir, istisnaidir. Çünkü Yasa, yalnızca T.C.Yasasının 279. maddesindeki tanıma giren memurlar için uygulanabilmektedir. Ancak, kimi devlet kuruluşlarının özel yasaları, MYY'na göre elbette daha özeldir. O zaman yapılacak iş şu olmalıdır. Eğer o kuruluşun görevlileri T.C.Yasasının 279. maddesindeki memur tanımına giriyorlar ve yasa koyucu da böyle istiyorsa, ayrıca hüküm getirmeye gerek yoktur. MYY, o yasaya göre daha genel olduğundan, uygulama çevrimine girecektir. Tam tersine görevliler memur tanımına girmiyorsa ve yasa koyucu da bu kişilerin MYY'na göre yargılanmalarını istemiyorsa bunu ayrıca belirtmeye yine gerek yoktur. Haklarında C.Yargılama Yasası uygulanacaktır. Ama, tersini istiyorsa o zaman istisnanın istisnası olarak ayrıca hükme gerek vardır. Özetle T.C.Yasasının 279. maddesi burada anahtar hüküm-

(2) GÖZÜBÜYÜKOĞLU, İzzet, *Memurlar Hakkında Tathikat ve Mubakeme Usulü*, Ankara, 1942, s 20

74- (1) Örneğin, Y C G K , 25 4 1988, 171/187

(2) Karşı görüş ÖZEK, s 44, 45 Yargıtay bir kararında MYY, "Sade özel bir usul Yasası olup Ceza Yasasındaki hükümlere göre kapsamının genişletilmesi düşünülemez " demiştir (C G K , 18 9 1972, 271/282) Bir başka kararda da memurların görevlerinden dolayı kovuşturulacak suçlarda da MYY'nın kural olduğu belirtilmiştir (C G K , 28 5 1996, 111/117)

dür. Bu madde anlamında memur sayılmayanlara MYY'nın uygulanmaması asıl olmalı ve uygulanması yolundaki istisnai hükümlere, ayrıcalıklı bir katman (sınıf) yaratmamak için, ilke olarak yer verilmemelidir. Bu nedenlerle MYY, C.Yargılama Yasasına göre daima özel ve istisnai, ancak kurumların özel yasalarına göre geneldir. Bir yasanın kural/istisnai, genel/özel olup olmadığını eşitlik ve koruma kaygıları<sup>3</sup> değil, niteliğinin ve kapsamının belirlediği inancındayım. Ayrıca MYY, memur yararına<sup>4</sup> değil, devlet yönetimi yararına bir yasadır. Uygulamanın sürgit memur yararını gözetmesi ve bu yüzden Yasanın gerçek yörüngesinden çıkması yalnızca bir yanılgıdır. Yanılgılar ise kıdem kazanınca doğruya dönüşmez, yalnızca müzminleşirler, o kadar.

Üstelik, ceza yasalarının uygulamasında "memur" tanımı, özel hükümlerde yer almakla birlikte, T.C.Yasasının 10.maddesine göre, öbür özel ceza yasalarına aykırı düşmedikçe uygulanması gereken genel bir kuraldır. Ancak ceza kovuşturmasında kimi açmazlara yol açabilecek niteliktedir.Çünkü ceza uygulamasında devlet ya da kamu kurumuyla iş (istihdam) ilişkisi içinde olmadığı halde memur sayılan bir kimseye bu yasayı uygulamak eylemli olarak olanaksızdır. Dahası geniş uygulamanın ayrıcalıklı bir katman oluşturmaya tehlikesine her zaman açık uçludur; bu da, olması gereken hukuk açısından, suç ve ceza politikasıyla bağdaşmamaktadır. O yüzden ceza kovuşturması bakımından memur tanımının idare hukuku kapsamında kalan yazılı hukuka, sözgelimi Devlet Memurları Yasasına göre algılanması gerektiği ileri sürülmüştür<sup>5</sup>. Bu görüş ise bir çırpıda çürütülebilecek nitelikte değildir.

Öyleyse yapılacak iş bellidir. İdare ve ceza hukuklarının memur tanımında keşsettikleri alanı belirlemek. Şimdi bunu görelim.

## 2) İdare hukukunda memur:

75. İdare hukukunda memur tanımının çok karmaşık olduğu, tek anlamda kullanılmadığı ve hiçbir ülkede devlet memurlarının türdeş bir yapı sergilemediği sık sık söylenegelmiştir<sup>(1)</sup>.

Kuramsal açıdan idare hukukuna göre memur, kavramın genel ve ortak ögeleri gözetilerek, kendisine bir kamu hizmeti verilen, yönetimin sürekli, yerleşip otur-

(3) ÖZEK, s 44, 45; MUMCU, U, s 149, 150

(4) ÖZEK, S 44; MUMCU, U, s 150

(5) ERMAN, s 275; ÖZEK, s 43, 44; KEYMAN, s 187

75- (1) TERRANOVA, s 280; PLANTEY, *Traité*, n 29; MAST- , n 138; DUPUIS/, s 283; CHAPUS, II, n 131 A; ONAR, II s 1074; KEYMAN, s 183; BAŞKÖY, Sabri, *Memurin Muhakematı Hakkında Kanunla ilgili bazı öneriler*, *Türk İdare Dergisi*, Mart 1993, s 215; GREGOİRE, Roger, *La structure de la fonction publique turque*, Abadan'a Armağan, Ankara, 1969, s 341

muş, olağan kamu hizmetleri kadrosu içine girmiş ve bu kadronun dereceleri içinde kaynaşmış bir kimsedir<sup>2</sup>.

Görüldüğü üzere, idare hukukunda memur anlayışı, devlet ya da kamu yönetimiyle görevli arasındaki bağlantıyı gözetmekte, atama ya da organik ilişkiye dayanmaktadır. Bunları öznelci (subjektif) kuramlar adı altında toplamak olanaklıdır<sup>3</sup>.

76. Türk yazılı hukukunda ilk “memur” tanımını, 1926-788 Memurlar Yasası yapmıştır (md.1): “...Kendisine devlet hizmeti tevdi olunan ve sicilli mahsusunda mukayyet olarak umumi veya hususi bütçelerden maaş alan kimseye memur denir.” Buna göre, bir kimsenin memur olabilmesi için, kendisine bir devlet hizmetinin (görevinin) verilmesi, özel bir sicilde yazılı olması, genel ya da özel bütçelerin birinden maaş alması gerekmektedir.

Bu tanım her ne kadar dar ise de, yukarıdaki kuramsal tanıma az çok uymaktadır. Zira sicilde yazılı olmak, kamu görevi kadrosuyla kaynaşmaktan başka bir şey değildir. Ancak Danıştayın o dönemdeki kararına göre genel bütçe Devlet, özel bütçe özel idarelerin bütçesi anlamına geldiğinden, belediye görevlileri bu tanımın dışında kalmış; sonradan 2919 sayılı Yasa ile ücretliler için de sicil tutulduğundan sicille yazılı olmak koşulu ve, 3656 sayılı Yasayla Memurlar Yasası dışında kalanlar da maaşa bağlandığından, maaş ölçütü önemini yitirmiştir<sup>4</sup>.

1961 Anayasasının 117. maddesi de: “Devletin ve diğer kamu tüzel kişilerin genel idare esaslarına göre yükümlü oldukları kamu hizmetlerinin gerektirdiği asli ve sürekli görevler memurlar eliyle yürütülür”

“Memurların nitelikleri, atanmaları, ödevleri ve yetkileri, hakları ve yükümlülükleri, aylık ve ödenekleri ve diğer özlük işleri kanunla düzenlenir” diyordu.

Maddede sözü edilen Yasa, kuşkusuz daha sonra çıkarılan 14.7.1965 tarihli ve 657 sayılı Devlet memurları Yasasıdır. Bu Yasanın değişik 4. maddesi kamu hizmetlerinin memurlar, sözleşmeli personel, geçici personel ve işçiler eliyle yürütüleceğini belirttikten sonra (A) bendinde memuru şöyle tanımlamıştır: “Mevcut kuruluş biçimine bakılmaksızın, devlet ve diğer kamu tüzel kişilerin genel idare esaslarına göre yürütülen asli ve sürekli kamu hizmetlerini ifa ile görevlendirilenler, bu kanunun uygulanmasında memur sayılır.”

“Yukarıdaki tanımlananlar dışındaki kurumlarında genel politika tespiti, araştırma, planlama, programlama, yönetim ve denetim gibi işlerde görevli ve yetkili olanlar da memur sayılır.”

(2) ONAR, II, s 1075-1078, ŞEKERCİOĞLU, C Metin, Ceza Hukukunda Memur Kavramı, İstanbul, 1974, s 11

(3) EREM, Faruk, Türk Ceza Kanunu Şerhi, Ankara, 1993, II, s 1493

76- (1) KIRMIZIGÜL, s 38, Benzer bir tanım 3 Haziran 1968 tarihli Yasanın 2 başlığında yer alan 16 maddesinde Tıms yazılı hukukunda yer almıştır (DURUPTY, s 296 )



Öte yandan Yasanın kapsamı 1.maddede şöyle çizilmiştir: “Bu Kanun, genel ve katma bütçeli kurumlar, il özel idareleri, belediyeler, il özel idareleri ve belediyelerin kurdukları birlikler ile bunlara bağlı döner sermayeli kuruluşlarda, kanunlarla kurulan fonlarda, kefalet sandıklarında veya beden terbiyesi bölge müdürlüklerinde çalışan memurlar hakkında uygulanır.”

Yasanın kapsamı dışında kalan memurlar ise aynı maddenin son fıkrasında yer almıştır.

Yasanın 33. maddesinde de memurun kadrosuz çalışamayacağı öngörülmüştür.

77. İdare hukuku açısından da “kamu hizmeti”, devlet ya da öbür kamu tüzel kişileri ya da bunların gözetim ya da denetimleri altında bir özel girişim tarafından genel ve ortak gereksinimleri karşılamak ve gidermek, kamu yararını sağlamak için yürütülen, kamuya sunulmuş bulunan sürekli ve düzenli etkinliklerdir <sup>1</sup>.

Bu hükümler ve bilgilerin ışığında idare hukukuna göre memur; devlet ya da bir kamu tüzel kişiliğinde, asli ve sürekli biçimde kadrolu olarak kamu hizmetini yürüten kimse olarak tanımlanabilir.

Ulaştığım bu tanım yukarıdaki kuramsal tanıma az çok denk düşmektedir. 11.1.1984 tarihli Fransız Yasasının 2. maddesinde de Devlet Memurları Yasasının 4. maddesine benzer bir tanım yer almış; memurun tek yanlı bir idare işlemiyle atanması, yaptığı işin sürekli olması, yönetsel hiyerarşide bir derecenin sahibi olması gerektiği belirtilmiştir <sup>2</sup>.

Şunu da ekleyelim ki, 1982 Anayasasının 128. maddesi de 1961 Anayasasının 117. maddesi doğrultusundadır. Yalnızca “diğer kamu görevlileri” ve “kamu iktisadi teşebbüsleri” terimleri eklenmiştir. Böylece Anayasa, Devlet Memurları Yasasına, yani yürürlükteki yazılı hukuka bir kez daha hukuksal dayanak oluşturmuştur.

### **3) Ceza hukukunda memur:**

78. T.Ceza Yasasının 279. maddesine göre; “Ceza Kanununun tatbikatında: 1- Devamlı veya muvakkat surette teşrii, idari veya adli bir amme vazifesi gören devlet veya her türlü amme müesseseleri memur, müstahdemleri; 2- Devamlı veya muvakkat, ücretsiz veya ücretli, ihtiyari veya mecburi olarak teşrii, idari veya adli bir amme vazifesi gören diğer kimseler memur sayılır.

77- (1) ONAR, I, s 13

(2) PEISER, s 8; LECLERCQ/ , s 463-465; CHAPUS, II, n.32 7.2 1964 tarihli İspanyol Yasasının 1. maddesinde de benzer bir tanıma rastlanmaktadır (RODRIGUEZ DEVESA..., s.1126) Ayrıca aynı ülkede 28 1984 tarihli Yasanın 1 ve 2 Nisan 1985 tarihli Yasanın 89 ve bunları izleyen maddelerine bakınız

“Ceza kanunun tatbikatında amme hizmeti görmekle muvazzaf olanlar: 1-Devamlı veya muvakkat surette bir amme hizmeti gören devlet veya diğer amme müessesesinin memur ve müstahdemleri; 2- Devamlı veya muvakkat, ücretli veya ücretsiz, ihtiyari veya mecburi surette amme hizmeti gören diğer kimselerdir.”

Daha önce de değinildiği üzere, bu madde, ceza kovuşturmasında değil ve fakat ceza uygulamasında özel (yan) ceza yasalarına da uygulanacaktır (T.Ceza Yasası, md.10).

“Memur”, etkin ya da edilgin özne (fail, mağdur) olarak, kimileyin bir suçu öbür suçlardan ayıran önkoşul ya da bulunması zorunlu kurucu öge, kimileyin de ağırlaştırıcı neden bulunduğundan, ceza hukuku uygulamasında çok önemli bir kavramdır. Bu, hemen hemen tarihin her döneminde böyle olmuştur. Eski Roma, Yunan, Cermen ve Kilise hukuklarında buna rastlanmaktadır <sup>1</sup>.

Çağdaş ceza yasalarına gelince, devlet yönetimine karşı suçları ayrı bir bölümde düzenlemeyen, yasaya serpiştirenlerde genellikle bir tanıma rastlanmamaktadır. Öbürlerinde ise memur tanımı, ya tanımlar bölümünde ya da memurlarla ilgili özel kesimde yapılmaktadır. Tanıma yer verenlerden bir bölümü (Avusturya, md. 74/4, İtalya, md.357, 358; İsviçre, md.110/4; Türk, md. 279) memuru, deyim yerindeyse, çift çatallı (dichotomique) biçimde tanımlamaktadır. Bir bölümü ise (Alman 1872 Yasası, md. 359, 1975 Yasası, md.11; Arjantin, md.77, Hollanda, md. 84, Yunan, md. 13/a, Yugoslavya, md. 99, Brezilya, md. 327) tek boyutlu bir memur tanımına yer vermiştir <sup>2</sup>. Kanada (md.2), 1962 İsveç (xx-md.12) ve 1995 İspanya (md.24/2) ceza yasaları gibi kimileri de memurun kimler olduğunu saymışlar ve uzun uzun tanımlamışlardır.

79. Kaynak Zanardelli Yasasının 207. maddesine oranla memuru çok kısa tanımlayan T.C. Yasasının ilk metninde: “Kanunun tatbikatında, devlet ve vilayet ve nahiye ve karyelerin nezareti altında bulunan bir hizmette, maaşlı veya maaşsız, daimi veya muvakkat vazife görenler memur sayılır” deniyordu. Zanardelli Yasasının kamu görevlisini (pubblico ufficiale) tanımlayan 207. maddesinde 1.bent genel tanımı vermiş, 2. ve 3. bentlerde ise saymaca yöntem benimsenerek duraksamalar giderilmeye çalışılmıştı. İtalya’da bu madde bile ağır eleştirilerin konusu olmuş <sup>1</sup> iken, Türkiye’deki özet düzenlemenin gereksinimleri karşılayamayacağı açıktı. Milletvekilleri dışlanıyor, rüşvet suçunda yeni bir tanım (md.211) yapılıyordu. Bu nedenle 1930 tarihli İtalyan Ceza Yasasının 357. ve 358. maddelerinden esinlenile-

78- (1) *ERMAN*, s 237, 238

(2) *ÖNDER, Ayhan, Türk Ceza Hukuku, Özel Hükümler, İstanbul, 1994, s 92, ERMAN, s 238*

79- (1) *ERMAN*, s 239

rek 11.6.1936 tarih ve 3038 sayılı Yasayla yeni bir düzenlemeye gidildi. Ancak bu Yasanın “Kamusal zorunluluk sonucu hizmet yapan kişiler”le ilgili 359. maddesi Yasamıza alınmadı ve bu nedenle Kaynak Yasadan ve görüşlerden yararlanma bir ölçüde sınırlanmış oldu. Kanımca bu tutum tutarlı olmamıştır.

Memur kavramıyla ilgili tanımı bu olan T.C. Yasasının terim birliği konusunda da titiz olmadığı görülmektedir. Salt “memur”dan söz eden maddelerin (md.202, 208, 209, 228, 229, 230, 235, 237, 240 gibi) yanı sıra, “işçi niteliğini taşımayan kamu hizmeti görevlisi”nden (md.236), “memur veya amme hizmetini ifa ile mükellef kimse”den (md.138), “hidematı ammeden biri ile muvazzaf bulunan şahıslardan biri”nden diye kaleme alınan maddeleri de vardır. Bunlar, yasa koyucunun terim birliği konusunda hiç de titiz olmadığını göstermektedir.

T.Ceza Yasasının 279. maddesinde kanımca kullanılan sözcükler ve ayrımlar dikkati çekmektedir. Bunlar, memur, müstahdem, diğer kimse, kamu hizmeti görevlisi (amme hizmetini görmekle muvazzaf olan)<sup>2</sup>, kamu görevi (amme vazifesi) ve kamu hizmeti (amme hizmeti) ve kamu kuruluşu (amme müessesesi) terimleridir.

*a) Kamu görevi ve kamu hizmeti kavramları:*

80. “Memur” tanımının saptanmasında en çok tartışılan konu “kamu görevi” ile “kamu hizmeti” ayırımında odaklanmış ve bu kavramlar nedeniyle idare hukukunun tersine ceza hukukunda nesnel nitelikte bir memur kavramı geliştirilmiştir<sup>1</sup>. T.Ceza Yasası Öntasarısında da, onca eleştiriye ve tartışmaya karşın, bu ayırımın korunduğu gözlenmektedir (md. 4/4). 1990 ve 1992 değişikliklerinde İtalyan Ceza Yasasının da ayırımı koruduğu anlaşılmaktadır. Yasada bu kavramlar tanımlanmadığına göre, öğreti ve uygulamanın bunu yapması zorunludur<sup>2</sup>. Nitekim, İtalya’da da bu konu ve ayırım çok ciddi tartışmalara ve çelişik yargı kararlarına konu olmuştur. Çünkü orada da “kamu görevlisi” ile “kamu hizmeti yapmakla yükümlü/görevli olan kimse” ayırımı, son çözümlemede “kamu görevi” ve “kamu hizmeti” ayırımıyla bütünleşmektedir<sup>4</sup>. Yasanın gerekçesinde de bunun çözümünün ceza yasası koyucusuna değil, idare hukuku bilimine başvurularak öğreti ve yargıya bırakıldığı belirtilmiştir. Ne var ki, bu gerçekçi bir tutum değildir. Çünkü bu konuda görüşler uzlaşmamaktadır<sup>4</sup>.

(2) 1987’de tamamlanan Türk Ceza Yasası Öntasarısında buna “kamu hizmeti yapmakla görevli olan kimse” denmiştir (md 4, bent 4, fıkra 2)

80- (1) EREM, Faruk, Türk Ceza Kanunu Şerhi, Ankara 1993, II, s 1493

(2) ÖNDER, S 95

(3) ANTOLISEI, n 174, 175; ZUCCALÀ, s 657 vd , 664 vd ; GOLDONI, s 664 vd , 671 vd ; PAGLIARO, s 6-18; RUSSO, s 5-8; SEGRETO/ , s 5-82

(4) ANTOLISEI, n 175; KUNTER, Nurullah, Ceza Kanunu tathikatında amme vazifesi, amme hizmeti tarifleri, I Ü H F M , 1947, s 1-4 s 762

Aynı konuda Türk öğretisi ilkin ikiye bölünmüştür.

*aa) Kamu görevi ile kamu hizmetini eşanlamli sayan görüş:*

81. Azınlıkta kalan bu görüş, her iki terimin eşanlamli sayılabileceğini ileri sürmekte, Danıştayın bir kararıyla (1.D., 10.11.1941, 3092/2900), 1936 tarihli Yasa değişikliğinin gerekçesini gözetmekte ve sonuçta, görev ve hizmette temel ögenin kamu gücünün kullanılması olduğunu belirtmektedir<sup>1</sup>. Görev yaparken kamu gücünü kullanmayan ya da bu gücün kullanılmasını gerektiren icrai karara katılmayan, gereç sağlamayan kişilerin anılan maddeye girmeyeceğini belirterek, hükmü sınırlandırmakta<sup>2</sup> ve bir ölçüde örtülü olarak ayırma yaklaşmaktadır<sup>3</sup>.

Bu görüşü paylaşmak olanaksızdır.

İlkin, T.C. Yasasının 279. maddesi, 1930 tarihli İtalyan Ceza Yasasının iki maddesini birleştiren bir maddedir. Bunlardan 357. madde kamu görevlisini (memur, müstahdem) tanımlamakta ve bunu kamu görevi temeline oturtmaktadır. Bu madde T.C. Yasasının 279. maddesinin ilk fıkrasına yansımıştır. 1930 İtalyan C.Yasasının 358. maddesi ise kamu hizmeti görevlisini tanımlamakta ve bunu da “kamu hizmeti” temeline yerleştirmektedir. Bu madde ise T.C. Yasasının 279. maddesinin 2. fıkrasına yansımıştır. Fıkranın bentleri ise birbirinin hemen hemen benzeridir. Kamu görevi ile kamu hizmetini eşanlamda kullanan bir yasa koyucunun böyle bir yinelemeye (toto-loji) başvurması elbette düşünülemez. 1936 değişikliğinden önce yalnızca “memur”u tanımlayan Yasa, gerekçede belirtildiği gibi, T.C. Yasasının öbür maddelerinde geçen (md.138, 483) kamu hizmeti görevlisini de tanımlamak gereğini duymuştur.

Kaldı ki, böyle bir yorum, ceza hukukunda metne bağlılık ilkesine aykırı olduğu gibi, yerindelik açısından da sakıncalıdır. Zira o zaman kamu kuruluşlarında çalışan herkes “memur” olarak benimsenecek, onların işledikleri ya da onlara karşı işlenen suçların cezaları artacaktır. Oysa yasa koyucu bu açıdan o denli cömert değildir. Salt “memur” kavramı odağında biçimlenen suçları özenle sınırlandırmıştır. Dahası, Yasanın sistemine göre, kamu görevi gören memurların eylem ve cezaları kamu hizmeti görenlere, kamu hizmeti görenlerin eylem ve cezaları sıradan yurttaşlara oranla daha ağırdır<sup>4</sup>.

Öte yandan, salt “memur”larla ilgili olan MYY’nın uygulama alanı da çok genişleyecek, gereksiz yere birçok insanın olağan yargıdan kurtulmasına yol açacaktır<sup>5</sup>.

81- (1) DÖNMEZER, s 822, BENGÜ, Cemil, Ceza tathikatında memur; Siyasi İlimler Mecmuası, 1944, sayı 158, s 119

(2) DÖNMEZER, s 824

(3) ÖNDER, s 94, KEYMAN, s 186

(4) ANTOLISEI, n 176

(5) KUNTER, Ceza , S 759-762, ERMAN, s 353-356 ONAR (s 1078) ve KEYMAN (s 186), memur kavramını T.C Yasasının 279 maddesinin iki fıkrasını kapsayacak biçimde algılamaktadırlar

Günümüz Türk hukukçuları arasında, bu görüşü savunan hemen hemen kalmamış, ayırımı karşı çıkan sayın yazarımız da daha sonra bu ayırımın varlığını benimsemiştir<sup>6</sup>.

*bb) Kamu görevi ile kamu hizmetini ayıran görüşler:*

82. İlkın şunu belirteyim ki, ceza hukuku ve ceza yargılaması hukuku açısından, bu ayırımın önemi yasama ve yargıda değil, özellikle yürütme erkini kullanmada, yani yönetimde ortaya çıkar.

Gerçekten yasama ve yürütme erkini kullanırken devlet zaten bunlara özgü etkinliklerin özünde saklı olan amaçlarına ulaşır. Yasama ve yargı görevleri devletin amacı değil, devletin genel yararı gerçekleştirme amacını hazırlayan etkinliklerdir. Yasama, yazılı hukuk kurallarını koyarak hukuk düzenini kurar. Yargı, somut olaylara onu uygulayarak hukukun ne olduğunu açıklar. Amaçları bir, kullandıkları yöntem ayırdır. Bunların amacı hukuksaldır. Bunlar devletin düşünen beyinleridir; hukuk oluşturmakla yetinirler. Özellikle yargı edilgindir; hukuku açıklayıcıdır. Oysa yürütme/yönetim, adı üstünde, etkindir. Yarattılan ve açıklanan hukuk kurallarını yürütür, uygular, onlara göre davranışlar sergiler. Her gün değişen gereksinimleri ve kamu yararını karşılamak için, hukuka uygun olarak ve genel yararı gözeterek eylemli davranışlar içine girer. Yasama görevinin soyut, genel, nesnel etkinlikler olmasına karşılık, yönetim görevi somut, belirli ve bireysel, öznel etkinlikler, işlemler bütünüdür. Yönetim bütün bunları bir örgütlenme içinde ve insanlar aracılığıyla yapar. Yine yönetim organları ve kamu kuruluşları, hizmetleri bireylerle ilişkilerinde yönetimin üstünlük ve ayrıcalığını sağlayan kamu gücünü kullanarak gerçekleştirir. Kamu görevi ya da kamu hizmetini yürütecek olan kişiler ise, kamu görevlileri, yani memurlar ya da kamu hizmetini gören kimselerdir<sup>1</sup>.

İşte bu gerçek karşısında, kamu görevi ve kamu hizmeti konusundaki T.Ceza Yasasında sergilenen ayırım yönetim açısından önem kazanmakta, bunların içerik ve sınırlarını belirlemek öğreti ve yargıya düşmektedir. Çünkü yasama ve yargı etkinliklerinin kamu görevine girdikleri konusunda bir tartışma yoktur.

Kimi yazarlara göre, kamu görevi (pubblica funzione) kamu kuruluşunu temsil niteliğini haizdir. Bir başka deyişle kamu kuruluşunun iradesini biçimlendirip oluşturan ya da bu oluşuma katılan ve bu iradenin yürütülmesinde onu temsil eden güçtür. Kamu hizmeti (servizio pubblico) ise, zorunlu kamu etkinliği şeması içinde kalmadığı takdirde, böyle bir niteliği haiz değildir<sup>2</sup>.

(6) DÖNMEZER, *Sulhi, Özel Ceza Hukuku Dersleri, İstanbul, 1984, n 85*

82- (1) ONAR, I, s 1-8, MIELE, *Pubblica funzione e pubblico servizio, Archivio giuridico, 1933, s 172 vd*, ERMAN, *Sabir, Kamu İdaresine Karşı İşlenen Suçlar, İstanbul, 1992, n 818 Ayrıca bakınız dip not, n 80/3*

(2) MALINVERNI, *Pubblico ufficiale, incarico di pubblico servizio nel diritto penale, Torino, 1951, s 5 vd*, SEGRETO/ , s 12 vd , 34 vd , s 64 vd , s 75 vd , PAGLIARO, s 10 vd , s 14 vd , s 17 vd

İkinci bir görüş, yönetimin hukuksal ve toplumsal etkinliğini gözetir. Devletin hukuksal etkinlikleri, temel görevlerini; toplumsal etkinlikleri ise, yalnızca toplum için yararlı olanları amaçlar. Bu ikinciler, birlikte yaşayan toplum bireylerinin bedensel, düşünsel ve ekonomik iyileşmeleriyle uğraşır. Birinci etkinliğinden devlet vazgeçemez. İkinci etkinliklerinden vazgeçebilir ve onları özel kesime, bireylere bırakabilir. Bu berikileri devletin kendisinin yapması, onların özünü değiştiremez. İşte bunlardan birinci etkinlikler kamu görevine; ikincilerse kamu hizmetine girerler<sup>3</sup>.

Üçüncü bir görüşe göre, egemenlik ya da yön verme (komuta etme) iradesini içeren, bir başka deyişle, yurttaşların gücüne göre hukuken daha üstün bir gücü yansıtan, üstün ve önce olma hakkının yerine getirilmesinde somutlaşan iradeyi içerenler kamu görevi, bundan yoksun olanlarsa kamu hizmetidirler<sup>4</sup>.

Bu görüş Fransız ve Türk idare hukukunda geçen egemenlik ve iş görme (temşiyet) işlemleri ayırımına uygun düşmektedir<sup>5</sup>.

Kamu hizmetinin özel etkinlikten ya da girişimden ayrılmasının ölçütleri ise çeşitlidir. Uygulanan hukuksal rejim ya da devlet tarafından da yapılabilir olması yahut da kamu hizmetlerinin genel/kamusal gereksinimleri karşılamak için devlet ya da kamu kuruluşlarınca yerine getirilmesidir<sup>6</sup>.

83. Kuşkusuz bütün bu görüşler çeşitli açılardan eleştirilebilir ve bu konuda belirsizliğin bugün de sürdüğü söylenebilir. Hatta bu konudaki tartışmaların kesin çözüm getiremeyeceği, sürgit kuramsal planda kalacağı ileri sürülebilir<sup>1</sup>. Ancak, bu, öğretinin bir ölçüt koymamasının özrü olamaz. Değil mi ki Yasa bu ayırım üzerine temellendirilmiş, öyleyse öğreti ve yargının görevi, bu konudaki içerik ve sınırları saptamaktır.

Görüldüğü üzere, kamu görevini yalnızca etkinliğin konusu değil, öznesi de belirlemektedir. Kamu görevi, kamu yararının gerçekleştirilmesi için devletçe, kamu kuruluşlarınca zorunlu görülen bir etkinliktir. Kamu hizmeti ise nesnel hukuki anlamda kamu görevi gibi zorunlu değildir. Dahası kamu görevi mekanik değildir. Oysa kamu hizmeti mekaniktir. Özel hukuki anlamda kamu hizmetinin ille de devlet ya da kamu kuruluşunca yapılması zorunlu olmuyor. Ancak politik ve eko-

(3) Ayrıntılı bilgi için bakınız GALLO, Mario, *Nozione del pubblico ufficiale, dell'incaricato di un pubblico servizio e dell'esercente di un servizio di pubblica necessità nel nuovo Codice penale, Annali di diritto e procedura penale*, 1933, s 12-82, PAGLIARO, s 5-20, QUERALT, Joan, *El concepto penal de funcionario publica, Cuadernos de política criminal*, 1985, n 27, s 477-507, ERMAN, s 244, 245

(4) Ayrıntılı bilgi COSTA, *Studio sulle nozioni di pubblico ufficiale, incaricato di pubblico servizio, esercenti di servizio di pubblica necessità e sue applicazioni*, Torino, 1933

(5) ONAR, III, s 1869, 1870, ERMAN, *Ceza*, s 245-247, ÖNDER, s 95

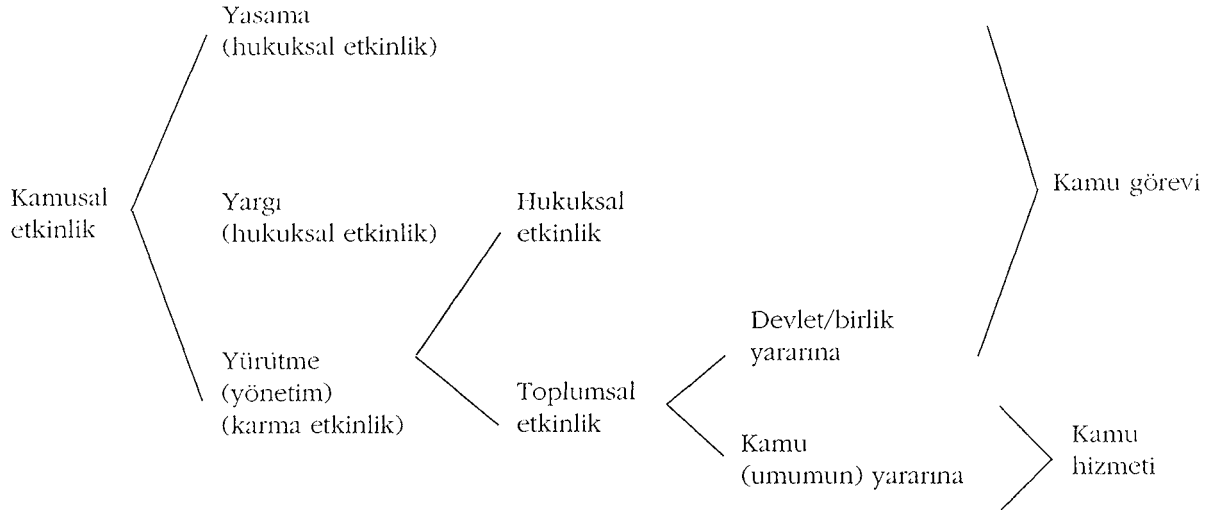
(6) ONAR, I, s 26, KUNTER, *Ceza*, s 766, LECLERCQ, s 36-37

83- (1) ANTOLISEI, n 175, 176

nomik anlamda hukuken ve fiilen tekелci bir nitelik sergilediğinden, bir kamu organının denetimine açık bulunuyor<sup>2</sup>.

Şimdiye dek yazılanların bileşkesini aldığımızda şu sonuca ulaşmak sanırım olanaklıdır: Kamu görevi, yasama ve yargı etkinliklerinin yanı sıra devletin olmazsa olmaz birincil amaçlarının gerçekleşmesi için, öznel açıdan devlete özgü, devletçe yapılması zorunlu; egemen/üstün gücün, yetkinin ve kamu hukuku kurallarına (genel idare esaslarına, Anayasa, md.128) göre oluşturulan iradenin kullanılıp örgütlenmesini yansıtan etkinlikler bütünüdür. Kamu hizmeti ise, devletin ikincil nitelikteki amaçlarını gerçekleştirmek için, başkalarına da bırakabildiği etkinliklerdir<sup>3</sup>.

Bu tanımı Grispigni'den esinlendiğim aşağıdaki tablo içinde biçimlendirmek olanaklıdır<sup>4</sup>.



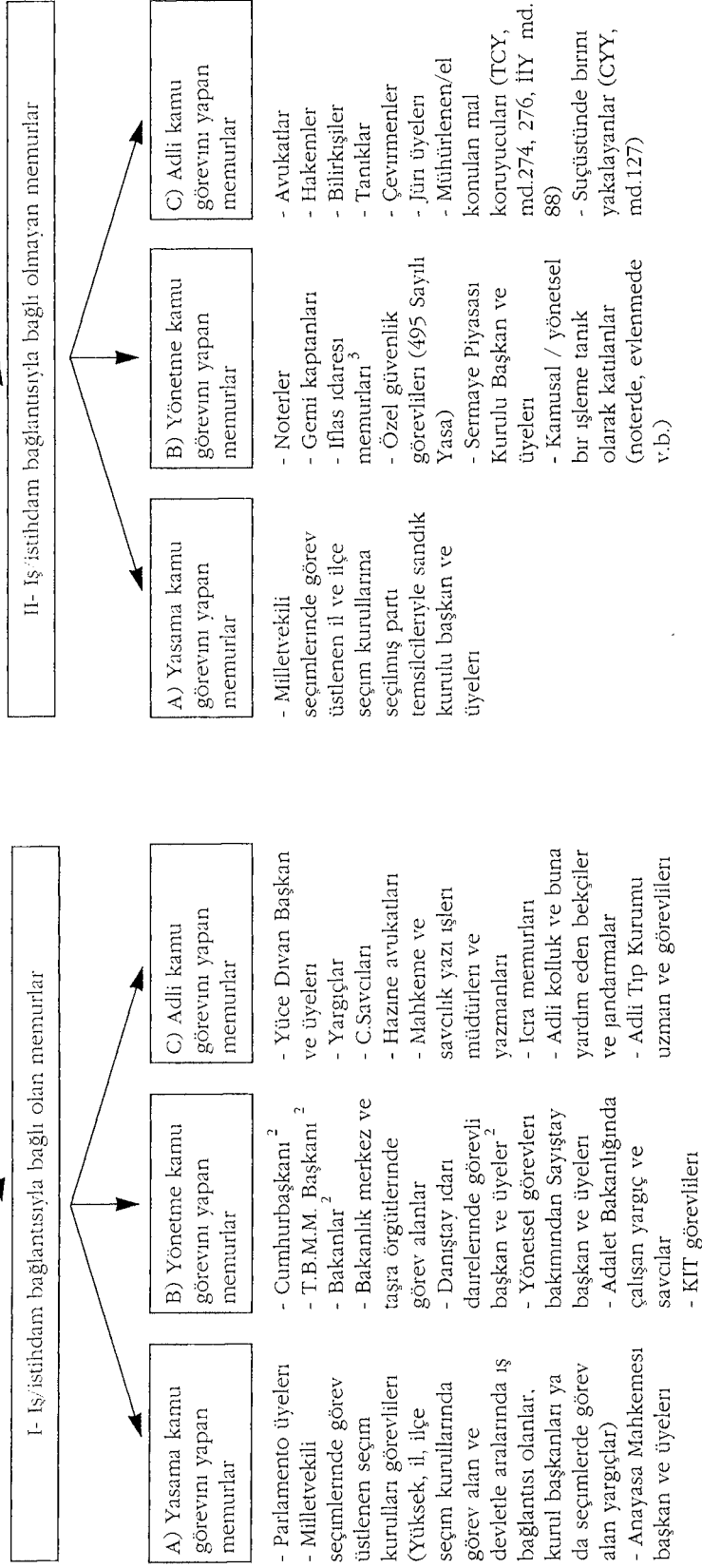
84. T. Ceza Yasasına göre memurları da ekli çizelgeye göre somutlaştırmak olanaklıdır.

(2) MANZINI, V, n 1261

(3) ERMAN, *Devlet İdaresine*, n 918, ERMAN, *Ceza*, s 251, 252, DÖNMEZER, *Özel*, n 95, POLATCAN, *İsmet, Memur ve Resmi Heyetlere Karşı Hakaret ve Sövme Cürümleri*, İstanbul, 1983, s 54, KUNTER, *Ceza*, s 765, ANTOLISEI, n 176, SEGRETO/, s 12-82, PAGLIARO, s 5-20, KÜÇÜKBAYRAK, A Adnan, *Memur kavramı ve C Y U Y 'nın 154 maddesi üzerine bir inceleme*, *Mali Hukuk Dergisi*, 1986, sayı 6, s 47, YARSUVAT, Duygun, *Devlet idaresi aleyhine işlenen cürümlerin genel prensipleri*, *İÜ HFM*, 1964, sayı 1-4, s 683-685, MALKOÇ, İsmail/GÜLER, Mahmut, *Öğreti-Uygulama-Mevzuat Eşliğinde Zimmet, İrtikâp, Rüşvet ve Başlıca Memur Suçları*, Ankara, 1993, s 477 Ayrıca tanım ve örnek kararlar için bakınız ÇAĞLAYAN, Muhtar, *Ceza Kovuşturmasında memur kavramı, Memurları Yargılama Usulü Kurumu ve uygulamalarımız*, *Adalet Dergisi*, 1976, sayı 1-2, s 33-37, YURTCAN, Şerb, IV, s 352-424, YAŞAR, Osman, *Uygulamada ve Öğretide Asliye Ceza Davaları*, Ankara, 1994, s 394-442, SAVAŞ, Vural-MOLLAMAHMUTOĞLU, Sadık, *Türk Ceza Kanununun Yorumu*, Ankara, 1995, II, s 2575-2630, MALKOÇ/, s 248-289, PINAR, s 61-144, YAŞAR, Hakkı, *Ceza Kanunu uygulamasında memur kavramı ve memuriyet görevini ihmal ve kötüye kullanma suçlarının tab-lili ve tathiki*, *Adalet Dergisi*, 1966, sayı 11, s 793 vd

(4) GRISPIGNI, Filippo, *Pubblici ufficiali e incaricati di pubblico servizio*, *Scritti giuridici in onore di Vincenzo Manzini*, Padova, 1954, s 572

**T.C.Yasasına göre memur sayılanlar <sup>1</sup>  
(md.: 279, fıkra: 1, bent: 1 ve 2)**



Kuşkusuz, bu çizelgede belirtilen esaslar, kamu hizmeti görevlileri için de uygulanır. Yeter ki, görevlinin yaptığı etkinlik, yukarıda açıklananlar doğrultusunda bir kamu görevi değil, kamu hizmeti olsun <sup>4</sup>

84- (1) Bu çizelge, Rahmetli Prof. Dr. Sabır ERMAN'ın "Kamu İdaresine Karşı Suçlar" adlı yapıtından (s.919-926) ve "Ceza tatbikat ve takibatında memur" başlıklı incelemeinden (s.257-270) esinlenilerek düzenlenmiştir (S.Selçuk).

(2) Cumhurbaşkanlığı, T.B.M.M. Başkanı, Bakanlar, Danıştay Başkanı ve üyeleri yasama işlemlerinde teknik ve hukuki açıdan görüş bildirirken yasama görevi yapan memurlardan sayılırlar (ERMAN, Ceza tatbikat... s.259, 260).

(3) ERMAN, bunları yapıtında yönetim (n.924), incelemeinde (s.268,269) adli kamu görevi yapan memurlar kesimine sokmaktadır.

(4) ERMAN, Kamu..., n.927 Ayrıca bakınız: paragraf, n.86.



85. Bu çizelgelerden de anlaşılacağı üzere, yasama ve yürütme etkinlikleri hukuksal nitelikte ve her zaman kamu görevi kapsamındadır. Yönetim etkinliğinin hukuksal nitelikte olanları ise yine kamu görevi içindedir. Ancak toplumsal etkinlik biçiminde olanlardan devletin devlet olarak bütünlüğüyle ilgili olanlar kamu görevi, herkesin yararına olanlar ise kamu hizmeti kapsamındadırlar. Kanımca bu çizelgeler, yukarıdaki ayrıntılı tanımı yalınlaştırmakta, devletin kendi kamusal gereksinimini gidermeye yönelik etkinliğini kamu görevine; halkın tüm bireylerinin gereksinimlerini gidermeye yönelik etkinliğini de kamu hizmetine sokmaktadır<sup>1</sup>.

Yargıtay ve Danıştay kararlarının da kamu görevi ve kamu hizmetini birbirinden ayırdıkları görülmektedir. Danıştay çeşitli kararlarında bu ayırımı değinmiştir<sup>2</sup>.

Yargıtay Özel Dairesi neredeyse elli yıl önce devletçe yapılması zorunluluk ölçütünü benimsemiş<sup>3</sup>, aynı ölçütü daha sonraki kararlarında<sup>4</sup> da sürdürmüştür.

Nihayet Yargıtay C.Genel Kurulu ayrıntılı bir kararında; “devlete ait hukuki bir erk ve yetkinin kullanılmasına ilişkin hukuksal işlem ve eylem” ve “bunların gerçekleştirilmesine kamu hukuku yöntemine uygun biçimde katılma ve yardım” etkinliklerini kamu görevi olarak benimsemiştir<sup>5</sup>.

Yüce Yargıtayın bu konuda nesnel bir ölçüt geliştirdiğı ve ayırımı bu ölçüte göre yaptığı söylenebilir<sup>6</sup>.

Ancak ne olursa olsun, her iki kavram arasındaki belirsizlik bugün de sürmektedir.

Bunun başlıca nedeni, belki de ceza hukukunun bu konuda kendini tam özerk ilan ederek idare hukukundan uzaklaşması olarak gösterilebilir. Ancak idare hukukunda da geniş anlamda kamu hizmeti kavramı saydam değildir. Bir de bunun içinden kamu görevi ve dar anlamda kamu hizmeti kavramlarını çıkarmak, kuşkusuz oldukça güç bir çabadır.

En iyisi, Anayasadaki “toplumsal devlet” kavramının gereğine uymalı, kamu yönetiminin sarsılmaması için, ceza yasası metinlerinin açık ve sınırları çizilebilir kesinlikte olması ilkelerinin ışığında ve ceza hukukunun amaçları doğrultusunda

85- (1) GRISPİGNI, s 567

(2) Örneğın 2 D , 14 2 1984, 4521/457, 27 10 1983, 3291/2443 PINAR, İbrahim, Açıklanmalı-İçtihatlı Memur Suçlarında İdari Soruşturma, Ankara, 1987, s 133, 140

(3) 4 3 1947, 173/116 (POLATCAN, s 54, dip not 41)

(4) 5 C D , 3 2 1982, 3889/232, 4 C D , 28 6 1993, 3652/5219 (ÇETİN, Erol, Açıklanmalı-İçtihatlı KİT Personelinin ve Kooperatif görevlilerinin Ceza Sorumlulukları, Ankara, 1994, s 13) 4 C D , 30 6 1992, 4413/4920, 8 7 1993, 4651/5206, 14 9 1995, 5141/5683, 3 10 1995, 5178/6226, 3 7 1995, 853/504, 15 9 1992, 4526/5443, 25 6 1992, 3622/4795, 28 6 1993, 3652/5219, 1 10 1994, 5399/8241, 24 11 1994, 7439/10167, 8 2 1995, 130/867

(5) C G K , 25 11 1985, 410/595 Aynı doğrultuda C G K , 21 12 1987, 500/673, 25 4 1988, 41/168

(6) EREM, Faruk, Türk Ceza Kanunu Şerhi, II, Ankara, 1993, s 1498, KIRMIZIGÜL, s 43 İçtihatlar için bakınız ÇAĞLAYAN, s 46-48, 1876, sayı 3-4, s 228-237

“memur” kavramı yeniden tanımlanmalı, belirsiz kavramlara yer verilmemelidir<sup>7</sup>.

Bu nedenlerle Öntasarının (md.4/4) T.C.Yasasının 279. maddesindeki tanımı, dili yalınlaştırarak alması yerinde olmamıştır.

86. Ceza uygulamasında kişi olarak memur ve kamu hizmeti görevlisi tanımlarına geçmeden önce, anılan 279. maddedeki kimi kavramlar üzerinde durmayı sürdürelim.

“Kamu kuruluşu ya da kurumu (ente pubblico)”, bir bireyler topluluğu biçiminde ortaya çıkar ve kamu yönetiminin yanı sıra malvarlığının bir amaca özgülenmesi ve kamu yararına işletilmesi olarak kendini gösterir<sup>1</sup>. Devletin ve kamu kuruluşlarının yaptıkları ise, kamu etkinlikleridir. Bunlar kamu görevi ya da kamu hizmeti olarak ortaya çıkarlar<sup>2</sup>.

Öyleyse, yukarıdaki kamu görevi ve kamu hizmeti kavramlarının tanımı ışığında, ceza yasası uygulamasında “memur”; kamu görevini/etkinliklerini yapan, onları oluşturan, onlara katılan kimsedir. Kamu hizmeti görevlisi de, bu hizmeti yürüten kimsedir.

Şimdi de “müstahdem” ve “diğer kimse” terimlerine geçebiliriz.

“Müstahdem” ve “diğer kimse” terimleri, hem kamu görevi ve hem de kamu hizmetinden söz eden fıkralarda kullanılmıştır.

“Müstahdem”, bir bedel karşılığında, kendi özgür iradesiyle sürekli olarak bir işi yapan kimsedir. Eğer o işi zorla yaparsa, “müstahdem” değil, “yükümlü (mükellef)” söz konusu olur. Devlet Memurları Yasasının 4. maddesindeki memur tanımı aslında “müstahdem”in tanımıdır. O yüzden, bir “memur” ya da “kamu hizmeti görevlisi”, ceza hukuku anlamında kamu yönetiminin ya da kuruluşunun müstahdemi olur ya da olmaz. Söz konusu 279. maddenin 1. ve 2. fıkralarının ilk bentlerinde müstahdem sayılan memur ve kamu hizmeti görevlilerinden bu nedenlerle söz edilmiştir<sup>3</sup>.

Öte yandan iş/çalışma (istihdam) bağlantısı olmayan kimseler de vardır. Anılan 279. maddelerin 1. ve 2. fıkraların 2.bentlerinde de bunlardan söz edilerek, müstahdem olmadığı halde memur ya da kamu hizmeti görevlisi sayılan kimselere değinilmiştir.

Böylece ortaya çıkan sonuç şu olmaktadır:

T.Ceza Yasasının 279. maddesine göre, memur sayılanların, bir bölümü, kamu yönetimi ve kuruluşlarıyla bir iş/çalışma (istihdam) bağlantısı içindedirler. Bunlar

(7) EREM, s 1499

86- (1) ONAR, II, s 1002 vd, OTTAVIANO, Vittorio, *Ente pubblico, Enciclopedia del diritto*, XIV, Milano, 1965, s 963-975, BARILE, s 361, ALESSI, I, n 38, 39, MORTATI, II, s 821 vd

(2) ERMAN, *Ceza*, s 258

(3) ERMAN, *Ceza*, s 257, 258

yasama görevini yapan milletvekilleri; yargı görevinde çalışan yargıçlar, savcılar, adliye yazı işleri müdürleri, tutanak yazmanları, icra müdür ve memurları v.b. ile yönetimde görev alan Cumhurbaşkanı, bakanlar, müsteşarlar, bakanlıklarda ya da taşra yönetiminde, katma bütçeli kuruluşlarda, yerel yönetimlerde çalışanlar v.b.'dir. Memur sayılan "diğer kimseler" ise, iki kesimde toplanabilirler. Bir bölümünün iş bağlantısı vardır, ama teknik anlamda müstahdem değildir. Çünkü görevlerini meslek edinmemişler, kadroya girip görevle kaynaşmamışlardır. Bunlar "fahri ajanlar" olup, eğer yukarıda tanımlandığı gibi kamu görevi yapıyorlarsa memur, kamu hizmeti yapıyorlarsa kamu hizmeti görevlisidirler. "Diğer kimseler" in memur sayılan ikinci kesimi ise özgür bireylerdir. İş ilişkileri yoktur. Kamu görevi ya da hizmeti görmeleri, ya bir zorunluluktan ya da kamu yararından kaynaklanır. Memur sayılan bu diğer kimselere, yasmada görev yapan seçim sandık kurulu üyeleri; yargıda görev yapan tanık, bilirkişi, çevirmen, yediemin; yönetimde görev yapan noterler, gemi kaptanları, iflas idaresi memurları, sermaye piyasası başkan ve üyeleri, özel güvenlik görevlileri girerler.

Memur sayılmayan kamu hizmeti görevlilerinin iş bağlantısıyla çalışan kamu iktisadi devlet teşebbüsleri çalışanları ile odacı, kaloriferci, şoför, aşçı, otobüs biletçisi, itfaiye eri ve çavuşu, park ve mezarlık bekçileri gibi kişiler, "diğer kimseler" dir <sup>4</sup>.

87. İdare ve ceza hukukuna göre memur kavramını belirledikten sonra, bunların hiç de birbirleriyle örtüşmediklerini söylemek gereğini bile duymuyorum. O nedenle, T.Ceza Yasasındaki "memur" tanımının idare hukukundaki, yani Devlet Memurları Yasasının 4. maddesindeki tanıma oranla daha dar <sup>1</sup> ya da geniş <sup>2</sup> olduğunu a priori olarak söylemek olanaksızdır.

Gerçek şudur: Ceza ve idare hukukundaki tanımlar kimi zaman çakışır. Sözgelimi, vali, kaymakam, hem yönetimin kadrosu içinde asli, sürekli kamu görevlerini yürütürler, bu açıdan idare hukukuna göre memurdurlar ve hem de yukarıda tanımlanan anlamda kamu görevi yaparlar ve bu açıdan ceza hukukuna göre memurdurlar.

Kimi zaman da idare hukuku anlamında memur kavramı ceza hukuku anlamında memur kavramından daha geniştir. Sözgelimi KİT personeli idare hukuku anlamında memurdur. Ama ceza hukuku anlamında, 11.2.1992 tarihinde yürürlüğe giren 3771 sayılı Yasada özel hüküm (md.3) bulunmasa idi, yine memur sayıla-

(4) ERMAN, *Ceza* , s 257-270, *Kamu İdaresine* , n 919-927, ANTOLISEI, n 176, FIORELLA, s 563 vd., RUSSO, s 5-8, ZUCCALA, s 657-667 GOLDONI, s 664-673, PAGLIARO, s 6-18, SEGRETO/ , s vd, 51 vd, GRISPIGNI s 572-587, RANIERI, Silvio, *Manuale di diritto penale, p speciale, II, Padova, 1962, s 185 vd, Modifiche* , s 335 vd

87- (1) ÖNDER, s 71 ve C G K , 20 1 1969, 31/17

(2) KEYMAN, s 183

mazlardı. Çünkü bu personel ceza hukukundaki anlamda kamu görevi yapmamaktadır. Maaşlı imam, vaiz de böyledir.

Kimileyin de durum tersinedir. İdare hukuku anlamında memur, ceza hukuku anlamında memur kavramından daha dardır. Sözelimi, bilirkişi, tanık, noter ceza hukuku anlamında memur, idare hukuku anlamında memur değildir<sup>3</sup>.

88. O nedenle T.B.M.Meclisinin 1255 sayılı yorum kararı, ceza uygulama ve kovuşturmasındaki memur kavramlarını özdeşleştirmekle tam bir yanlışlığa düşmüştür. Karar öncesi Adalet Komisyonunun 16.5.1941 tarih ve 4/27-44 sayılı gerekçesinde belirtildiği gibi, MYY'dan sonra çıktığı halde T.C.Yasasında ayrıca "memur" tanımlamasının yapılması ve 279. maddede yalnızca "ceza uygulamasında" denilmesi de bunu gösteriyordu. Buna karşılık Meclis İçişleri Komisyonunun 4.8.1941 tarih ve 4/27-37 sayılı düşünce yazısında bunun tersi savunulmuş ve 1255 sayılı karar da bu görüşü benimsemiştir. Oysa bu görüş yanlış kavram ve temellere dayanıyordu. Bu görüşün gerekçesine göre, memurun MYY'na göre yargılanması, görevini karşılayan bir "hak"tı. İşte yanlış olan buydu. Zira "hak" kavramında iradilik vardır. Haktan vazgeçilebilir. Oysa, bir memur, MYY'na göre yargılanacaksa bundan vazgeçemez. Tıpkı milletvekilinin yasama dokunulmazlığından vazgeçememesi gibi. İkinci gerekçeye göre özel yasalarda kimi memurların MYY'na tabi olduklarının gösterilmesi, bu Yasanın D.Memurları Yasasıyla sınırlı olmadığını göstermektedir. Gerçek durum tam tersinedir. Çünkü o zaman özel yasalarda gösterilmeyen durumlar nasıl açıklanacaktır? Üçüncü gerekçe de şu idi: (O dönemdeki) Memurlar Yasası, daha önce yürürlüğe giren MYY'nın kapsamını belirleyemezdi. Peki ondan 13 yıl sonra yürürlüğe giren T.C.Yasası MYY'nın kapsamını nasıl çizecektir? Dördüncü ve beşinci gerekçeler ise ne Danıştay kararlarını ve ne de Ceza Yasasının 279. maddesini doğru algılayabilmişlerdir<sup>1</sup>.

Yukarıdaki açıklamalara göre, MYY, yönetimin saygınlığını korumak amacını taşıdığına göre, elbette buradaki memur, her şeyden önce idare hukuku anlamında memur olmalıydı. Ancak, ceza hukuku anlamında memur ile bunun sınırlı tutulması yerinde olacağından, doğru yargı da şu olmalıydı: "Hem idare ve hem de 'ceza hukukunda memur kavramının örtüştükleri kişiler hakkında MYY uygulanmalıdır". Zira idare hukukundaki her memur ceza hukukunda memur olmadığından, KİT görevlileri, imam, vaizler hakkında MYY uygulanmayacaktır<sup>2</sup>. Öte yandan, ceza hukukundaki her memur da idare hukukunda memur olmayacağından, tanık,

(3) Aynı görüş DE JESUS, s 101-103

88- (1) BEŞE, s 14-20, ERMAN, Ceza , 273, 274

(2) ERMAN, Ceza , s 262; CGK, 8 4 1985, 891/214; 26 5 1986, 97/310

bilirkişi, noter hakkında da MYY uygulanamayacaktır. Esasen bu, eylemli olarak olanaksızdır.

Öte yandan Emekli Sandığı<sup>3</sup>, Bağ-Kur<sup>4</sup> personeli hakkında da MYY uygulanmamaktadır.

Buna karşılık, köy muhtarları<sup>5</sup> ve 4541 sayılı Yasanın 3. maddesindeki görevlerini yaparken işledikleri suçlar nedeniyle mahalle muhtarları<sup>6</sup>, köy bekçileri (korumalar)<sup>7</sup>, 4081 sayılı Yasanın 23. maddesi uyarınca çiftçi mallarını koruma bekçileri<sup>8</sup>, 2803 sayılı Yasanın 15/d.maddesi gereğince jandarma erleri<sup>9</sup> hakkında MYY. uygulanacaktır.

Görüldüğü gibi, bugün de yürürlükte olan 1255 sayılı TBMM kararı, son derece yüzeysel ve uygulamacıyı açmazlara düşürücü niteliktedir. Uygulamacının bu konuda idare hukukundaki ve ceza hukukundaki memur kavramlarının boyutlarını iyi algılaması ve geometrik izdüşümlerinin kesişme noktalarına göre alanını belirlemesi zorunludur.

Bu nedenlerle 4235 sayılı Ankara Elektrik ve Havagazı ve Adana Elektrik Müesseseleri İdare ve İşletmeleri Hakkında Yasanın 17; 2804 sayılı Maden Tetkik ve Arama Enstitüsü Yasasının 12; 4750 sayılı İller Bankası Yasasının 2. maddeleri, görevliler hakkında MYY'nın uygulanmayacağını öngörmüşlerdir.

Buna karşılık 1329 tarihli İdare-i Umumiye-i Vilayet Yasasının 77/2.maddesi özel idare memurlarının, 1580 sayılı Belediye Yasasının 102.maddesi belediye başkanı, belediye memurları ve müstahdemlerinin, 442 sayılı Köy Yasasının 11.maddesi köy muhtarı ve suç ortaklarının, 2843 sayılı Yasayla değişik 625 sayılı Özel Öğretim Yasasının 49.maddesi uyarınca özel öğretim kurumları yöneticisi ve öğretmenlerinin görevlerinden doğan ya da görev sırasındaki işledikleri suçlardan dolayı MYY'nın uygulanacağı öngörülmüştür.

Yargıtay, haklı olarak, özel yasalarda yer alan “memur gibi cezalandırılır” biçimindeki deyişleri, “memur gibi yargılanır” anlamında algılamamış ve özel hüküm olmadıkça bu kişilerin MYY'na tabi olmayacağı sonucuna ulaşmıştır. Danıştayın kararları da bu doğrultudadır<sup>10</sup>.

(3) Danıştay 2 D , 23 5 1961, 643/1971

(4) ÇETİN, Erol, Memurların Yargılanmalarına ilişkin Yasa Yürürlükten Kaldırılmalıdır, Mali Hukuk Dergisi, Ocak-Şubat 1994, Sayı 49, s 17 Nitekim Yargıtay, bir kararında Meclisin 1255 sayılı kararını dışlayarak, T Ceza Yasasına göre memur sayıldıkları halde trafik muayene ve sınav kurulu üyeleri hakkında MYY'nın uygulanmayacağına karar vermiştir (C G K , 18 9 1972, 271/282)

(5) C G K , 11 2 1980, 8/56

(6) C G K , 21 2 1987, 443/652

(7) 5 C D , 16 10 1983, 1583/2255

(8) C G K , 23 9 1985, 310/481

(9) 4 C D , 11 11 1988, 6633/7136

(10) KIRMIZIGÜL, s 56, CGK, 8 3 1971, 467/67, 25 1 1971, 382/32

## **B- Konu açısından: Eylem görev bağlamında bir suç olmalıdır:**

### **1) Eylem suç olmalıdır:**

89. Eylem, her şeyden önce Türk yazılı ceza hukukunda öngörülen, tipe uygun, hukuka aykırı ve kusurlu olmalı, yani cezalandırılan bir suç bulunmalıdır. Yasasız suç olmaz kuralının doğal sonucu budur (T.C.Y., md.1). Bu nedenle, yazılı hukukta öngörülmeleyen bir davranış suç olmaz. Ama disiplin suçunu oluşturabilir, ödence gibi hukuksal sonuçlar doğurabilir. O nedenle müdür yardımcısının selâmını almama eylemi suç oluşturmadığından dava açan il yönetim kurulu kararı bozulmuştur<sup>1</sup>.

MYY'nın 1.maddesindeki "cürüm" terimi suç anlamındadır. Çünkü, o dönemde yürürlükte bulunan ve Fransız Ceza Yasasından alınan 1858 tarihli eski Ceza Yasasının 2.maddesinde suçlar üçe ayrılıyordu: "terhip" cezasını gerektirenler cinayet (md.3), "te'dip" cezasını gerektirenler cünha (md.4), "tekdir" cezasını gerektirenler kabahat idi. Bu suçların ortak adı da "cürm=cürüm", "ceraim" de cürümlerin çoğulu idi<sup>2</sup>. O nedenle burada kullanılan "cürüm" sözcüğü, suç anlamına gelmekte, bugünkü sistemimizde, bütün cürüm ve kabahatleri kapsamaktadır<sup>3</sup>.

Ancak özel yasalarla kimi suçlar, MYY kapsamının dışına çıkarılmıştır.

5816 sayılı Atatürk Aleyhine İşlenen Suçlar Hakkında Yasanın (md.3)<sup>4</sup>, 298 sayılı Seçimlerin Temel Hükümleri ve Seçmen Kütükleri Hakkında Yasanın (md.174, 179)<sup>5</sup>, 1402 sayılı Sıkıyönetim Yasasının (değişik maddeler: 13,15)<sup>6</sup>, 2845 sayılı Devlet Güvenlik Mahkemelerinin Kuruluş ve Yargılama Usulleri Hakkında Yasanın (md.2/7, 9) kapsamındaki suçlar, MYY'na göre değil, genel hükümlere göre c.savcılarınca kovuşturulur. Sıkıyönetim Yasasının kapsamına giren suçlar ise askeri mahkemelerde görülecektir<sup>7</sup>.

### **2) Suç görev bağlamında olmalıdır:**

90. MYY uyarınca kouştırma yapılabilmesi için, suç oluşturan eylem, ya görevle bağlantılı olmalı ya da görev sırasında işlenmelidir. Bu olmadığı takdirde, yani kişisel suç söz konusu ise, kovuşturma genel hükümlere göre yapılacaktır<sup>1</sup>.

89- (1) 2 D , 18 1 1984, 4248/163

(2) GÖKCEN, Ahmet, Tanzimat Dönemi Osman Ceza Kanunları, İstanbul, 1989, s 28 vd , 117, BOZKURT, s 100

(3) KUNTER, Muhakeme , n 81 Karşı görüş Y 7 CD , 13.5 1980,YKD, 1980, s 1660

(4) Dn 2 D , 8 11 1974, 1483/3031, 16 11 1973, 1196/2298, 9 3 1990, 2423/778, 9 C D , 6 2 1979, 210/262

(5) Dn 2 D , 5 3 1990, 1476/710

(6) Dn 2 D , 4 12 1972, 2631/2527, Uyuşmazlık Mah 22 6 1987, 46/63

(7) Geniş bilgi için bakınız FIRAT, Ahmet, Kuruluş kanunları ile Yargıtay ve Danıştay kararları ışığı altında Memurin Muhakematı Hakkındaki Kanuna tabi olan memurlar ve istisnaları, Adalet Dergisi, Temmuz-Ağustos 1986, s 49-81, ALVER, Cemil, Memur Suçları ve Memur Soruşturması, Ankara, 1996, s 144-183

90- (1) YCGK , 30 4 1962, 42/39, 13 3 1972, 1/32, 22 6 1963, 59/38, 13.12 1990, 48, 11 5 1992, 129/151, 18 11 1991, 286/316, Dn 2 D , 24 3 1964, 481/609

*a) Suçun görevden kaynaklanması:*

91. MYY'nın uygulanabilmesi için kamu görevi yapan memurun eylemi görevden doğmalı, yani yapılan görev ile eylem arasında nedensellik bağı bulunmalıdır. Yargıtay, okul aracının bizzat öğretmen tarafından kullanılması eyleminde bu nedensellik bağının varlığını benimsemiştir <sup>1</sup>.

*b) Suçun görevin yapılması sırasında işlenmesi:*

92. Memur görevini yürütürken suç işlediği takdirde yine MYY uygulanacaktır. Suçun ayrıca görevle bağlantısı aranmamıştır <sup>1</sup>. Yasa koyucu, devlet yönetiminin saygınlığının çığnenmemesini amaçladığından ve maddede görevden kaynaklanma da ayrıca belirtildiğinden görevle ilişki arayan görüş <sup>2</sup> kanımca yerinde değildir. Memurun o sırada görevli olması yeterlidir. Ayrıca görev yerinde bulunması gerekmez.

*c) İstisnai hükümler:*

93. Ancak kimi yasalarla, görevden kaynaklanan ve/ya da görev sırasında memurca işlenen suçlarda MYY'nın uygulanmayacağına ilişkin hükümler getirilmiştir.

Sözgelimi, 1412 sayılı C.Yargılama Yasasının 154. maddesinde sayılan görevlilerin işledikleri suçlarla adli göreve ilişkin suçlar, İcra ve İflas Yasasının 357. maddesindeki suç, evlendirme memurlarının evlenme işlemi nedeniyle işledikleri suçlar, 3628 sayılı Mal Bildiriminde Bulunulması, Rüşvet ve Yolsuzluklarla Savaşım Yasasının kapsamındaki suçlar, 2547 sayılı Yüksek Öğretim Yasasında belirtilen suçlar (md.3), Hakimler ve Savcılar Yasasına, Yargıtay Yasasına, Danıştay Yasasına, Anayasa Mahkemesinin Kuruluşuyla ilgili Yasaya, Askeri Hakimler Yasasına göre yargıç ve savcılarının görevi sırasında işledikleri suçlarda MYY uygulanmayacaktır <sup>1</sup>.

### **III- MYY'na göre soruşturma:**

94. Ceza yargılaması bir süreç, oluş (processus) olgusudur. Organiklik ilkesi gereğince evrelere ayrılır <sup>1</sup>. Ancak önsoruşturma, 1985 değişikliğiyle bugün ülkemizde hazırlık soruşturmasına indirgenmiş, böylelikle zengin ve daha güvenceli ilk soruşturmaya kıyılarak yargılamada yoksullaşmaya kayılmıştır. Yani Türkiye çağcılığın tersine bir gelişme yaşamıştır.

91- (1) YCGK, 7 10 1985, 384/517

92- (1) YCGK, 5 11 1984, 496/365, 18 11 1991, 286/316, 11 5 1961, 233/219, 30 4 1962, 42/39, 2 D, 13 10 1977, 2340/4631, 5 6 1978, 1614/1277, 10 10 1962, 1009/1397, 5 6 1961, 2110/2788

(2) KEYMAN, s 188, 189

93- 1) Ayrıntı için bakınız KIRMIZIGÜL, s 61-83, MUMCU, s 167-171, ÖZEK, s 58-76, ŞEKERCİOĞLU, s 92-99

94- (1) KUNTER, Mühakeme, n 404, 405, FOSCHINI, II, s 3-8

Aşağıda görüleceği üzere, MYY, bugün soruşturma öncesindeki önsoruşturma evresinde çağcıl yargılama hukukunu yansıtan yasalardan biridir. Çünkü kanıt toplayan makam ile sonuç çıkaran (davayı açan ya da açmayan) makam ayrıdır. Ayrıca bu kararlara karşı yasa yolu da bulunmaktadır<sup>2</sup>.

MYY'nın varlığını sürdürmekte haklılık gerekçesi ne denli tartışmalı olursa olsun, benimsediği bu sistemin çağcıl olduğu tartışma götürmez. Gerçi, 4.7.1985 tarih ve 3206 sayılı Yasanın 82. maddesiyle ilk soruşturma kaldırılmış ve 83. maddesiyle yazılı hukukta geçen "ilk soruşturma" teriminin bundan böyle "hazırlık soruşturması" olarak algılanacağı, o tür yasalarda C.Y.Yasasının ilk soruşturma hükümlerine yapılan yollamaların, kamu davasının hazırlanmasına ilişkin hükümlerine yapılmış sayılacağı, C.Y.Yasasının 163. ve onu izleyen maddelerindeki hükümlerin soruşturmayı yapmakla görevli kılınanlar tarafından uygulanacağı, öbür yasalarda ilk soruşturmayı öngören hükümlerin kaldırıldığı belirtilmişse de, MYY'nın failler için taşıdığı güvenceler, özellikle yasa yollarına başvuru hakkı bugün de sürmektedir.

Bu kısa açıklamadan sonra, hazırlık soruşturmasının (önsoruşturmanın) evrelerine geçebiliriz. Ancak, sonsoruşturma adli yargıda olacağından ve hukuken yargılama açısından herhangi bir özellik taşımadığından, bu araştırmanın dışında bırakılmıştır.

#### ***A- Hazırlık soruşturması (önsoruşturma):***

Bu soruşturma üç evrede yürütülmektedir: Önyoklama, soruşturmanın yürütülmesi, sonuç çıkarma.

##### ***1) Önyoklama evresi:***

95. MYY'nın 2. maddesine göre, bir memurun görevinden doğan ve/ya da görevini yaptığı sırada bir suç işlediği, gerek doğrudan doğruya, gerek yakınma ve bildirme (ihbar) üzerine "anlaşıldıkta" o memur hakkında soruşturma yapılacaktır (Ayrıca md.1).

Memurun bir suç işlediği, çoğu kez gözetim görevini yapan amir ya da denetim görevini yapan denetmen (müfettiş) tarafından saptanır. Bildirme ve yakınma ise yazılı ya da sözlü olur. Sözlü olduğunda ilgilinin verdiği bilgiler tutanakla saptanmalı, yetkili makama yapılmamışsa ona sunulmalıdır. Bu konuda C.Yargılama Yasasının 151. maddesi esas alınmak gerekir (MYY, md.2).

Bildirme elbette kural olarak zorunlu değildir. Ancak bunun iki istisnası vardır.

(2) KUNTER, *Muhakeme* , n 448



Birincisi T.C.Yasasının 235. maddesindedir. Buna göre, bir memur görevini yaptığı sırada bir başka memurun kamu adına kovuşturulacak bir suç işlediğini öğrendiği takdirde bunu merciine bildirmek zorundadır. Öbürü de MYY'nın 14.maddesinde yer almıştır. Buna göre, soruşturma sırasında mahkeme, sanık memurun bir başka suç işlediğini ya da başka memurların o suça ortak olduklarını anlarsa, bunu ilgili mercie bildirmek zorundadır.

Devlet Memurları Yasasının 25. maddesine göre, bu bildirme ve yakınmaların, kinden, düşmanlıktan kaynaklandığı, soyut ve uydurma oldukları anlaşılırsa, merkezde memurun en büyük amiri, illerde valiler, suçlamada bulunanlar hakkında kamu davası açılmasını isteyebilirler.

96. MYY'nın 2.maddesinde geçen “anlaşıldıkta” sözcüğünün “anlaşıldığı takdirde, anlaşılınca” anlamlarına geldiği belirtilmiştir. Zira MYY'nın memurun ve dolayısıyla yönetimin saygınlığını örselememek kaygısıyla çıktığı gözetilerek, Yasanın ciddi olmayan iddialardan dolayı memur hakkında soruşturma açılmasını istemediği sonucuna ulaşılmıştır. Gerçekten yasa koyucu, soruşturmaya başlamadan önce bir önyoklama yapılmasını öngörmüş, “anlaşıldıkta” sözcüğünü bilinçli olarak kullanmıştır. O nedenle suçu öğrenen makam, ya kendisi ya da görevlendireceği kişiye ilkin bir önyoklama yapmasını buyurur. Belgeler incelenir, tanıklar antsız dinlenir ve fakat kuşkulu memur dinlenmez. Önyoklama da böylece sona erer. Ancak, uygulamada bu gereklere özenle uyulduğunu söylemek olanaksızdır.

Önyoklamanın sonuç çıkarma bölümü, bunu yaptıran makama aittir. Yasanın 2.maddesinde bu makamlar soruşturma mercileri olarak gösterilmiştir. Aşağıda buna değinilecektir.

Önyoklama sonucunda anılan makam, ya soruşturmaya gerek görmez ya da gerek görür. Bu ikinci durumda bir “soruşturma buyruğu” verir.

Kanımca, “soruşturma buyruğu” 1985-2306 sayılı Yasanın 82. maddesiyle kaldırılan, ilksoruşturmanın açılmasını isteyen ve c.savcısınca düzenlenen “talepname”nin koşutunda bir belgedir. “Talepname”de, suçlanan sanığın kimliği ile suçun/suçların, yani eylem(ler)in ne olduğunun açıklanması zorunluydu (md.172). “Soruşturma buyruğu”nda da durum aynıdır. Eğer soruşturma sırasında sanığın başka eylemler işlediği anlaşılırsa, bu konuda soruşturma buyruğunu vermeye yetkili makama duyuru yapılmalı, makamdan ek soruşturma buyruğu istenmelidir. Bu buyruk, ileride çıkması olası eylemleri kapsayacak biçimde a priori olarak verilemez. Bu bir yetki devri olur. Bu ise hem yasaya ve hem de “davasız yargılama ol-

maz” ilkesine aykırıdır. Danıştay bu konuda çok duyarlı<sup>1</sup> olmakla birlikte, uygulama o denli duyarlı değildir.

*a) Soruşturma buyruğunu vermeye yetkili makamlar:*

Yasanın 2.maddesinde bu ikiye ayrılmıştır: Merkez memurları ve il memurları.

97. Merkez memurları başkentte ve bir bakanlıkta çalışan memurlardır. Ortak kararname ile atanıp atanmamaları, bu konuda etkili değildir. Merkezle bağlantıları sürdürdüğü sürece geçici olarak taşrada görev yapanlar da bu kavramın içindedir. Bakanlıkların ya da bakanlıklara bağlı genel müdürlüklerin kuruluş yasalarında ve örgütlerinde çalışanların tümü merkez memuru sayılır<sup>1</sup>.

Merkez memurları da ikiye ayrılırlar: Ulusal iradeyle atananlar ve bu iradeyle atanmayanlar.

MYY’nın 10.maddesine geçen “irade-i seniye”den amacın “ulusal irade”, “irade-i seniye ile mansup”tan amacın, atanmaları Cumhurbaşkanının imzasıyla gerçekleşen memurlar bulunduğu, bu deyimın içine hem Bakanlar Kurulunun kararnamesiyle ve hem de üçlü kararnameyle atananların girdiğı belirtilmiştir<sup>2</sup>.

Ulusal iradeyle atanan memurların kimler oldukları, 2451 sayılı Bakanlıklar ve Bağlı Kuruluşlarda Atanma Usulüne İlişkin Yasaya ekli “1” ve “2” sayılı cetvelde gösterilmiştir.

İşte bu kişilerle bağımsız genel müdürlüklerin ulusal iradeyle atanmış memurları hakkında soruşturma buyruğı ilgili ve bağılı oldukları bakan tarafından verilecektir<sup>3</sup>.

Ulusal iradeyle atanmayan merkez memurları hakkında soruşturma buyruğı, ilgili ve “yetkili amir” tarafından verilecektir. Bakanlıklarda merkez örgütü içinde görevli olan ve ulusal iradeyle atanmayan memurlar hakkında bizzat bakan; bağımsız yönetimlerde çalışan memurlar hakkında idarenin en büyük amiri soruşturma buyruğı vermeye yetkilidir. MYY’nın 2.maddesinde geçen “daire” terimi ile bakanndan bağımsız ve kendi adlarına özgürce davranabilen birimler anlatılmak istenmiştir. Bu niteliklere sahip olmayan, bakanlık örgütüne bağılı genel müdürlükler bu terimin dışındadır<sup>4</sup>.

96- (1) Dn 2 D , 1 10 1973, 1573/1861, 8 3 1985, 277/804, 17 1 1992, 2354/2552, 1 5 1990, 984, 1496, 13 4 1987, 44/1404, 13 4 1987, 423/1399, 25 5 1981, 1672/1295, 23 10 1979, 2586/2329, 6 7 1981, 2195/1823, 30 1 1967, 81/108, 20 9 1982, 2680/2957, 3 5 1991, 1022/1101 (ÜNLÜ, A Hamdi, Açıklamalı - Örnek Kararlı Memurların Yargılanmasına İlişkin Yasa, Ankara, 1992, s 59 vd )

96- (1) Dn 2 D , 1 10 1973, 1573/1861, 8 3 1985, 277/804, 17 1 1992, 2354/2552, 1 5 1990, 984, 1496, 13 4 1987, 44/1404, 13 4 1987, 423/1399, 25 5 1981, 1672/1295, 23 10 1979, 2586/2329, 6 7 1981, 2195/1823, 30 1 1967, 81/108, 20 9 1982, 2680/2957, 3 5 1991, 1022/1101 (ÜNLÜ, A Hamdi, Açıklamalı - Örnek Kararlı Memurların Yargılanmasına İlişkin Yasa, Ankara, 1992, s 59 vd )

97- (1) GÖZÜBÜYÜKOĞLU, s 27,28, MUMCU, s 151, ERDOĞDU, s 899, KIRMIZIGÜL, s 89,90

(2) Dn 3 D , 29 4 1977, 437/477

(3) Dn , 2 D , 9 1 1978, 38/46

(4) KIRMIZIGÜL, s 94

98. İl memurları, kadroları il örgütüne bağlı olan ve bu nitemle görev yapan memurlardır. Her bakanlığın kadro ve örgütlenme yasalarında il memurlarının kimler oldukları gösterilmiştir. Bunların 5442 sayılı İl İdaresi Yasasının 4. ve 27. maddelerinde ilin ve ilçenin başında vali ve kaymakamın, her bakanlık örgütünün başındaki şube amir ve başkanları (idari birimlerin üstleri) olduğu belirtilmiştir. Ayrıca Yasanın 21. ve 37. maddelerinde de sorumlulukları açıklanmıştır.

MYY'na göre soruşturma buyruğunu, vali, kaymakam ve o memurun bağlı bulunduğu yönetimin amiri ya da başkanı verebilir (md.2). Bu yetkiyi üst yöneticiler, kaymakam, vali, bağlı olunan bakanın ancak kendisi kullanabilir. 5442 sayılı Yasanın 9. maddesine göre, valinin yetkisi il sınırıyla belirlendiğinden, bölge müdürleri hakkında yetki, bağlı olduğu bakanlığındır<sup>1</sup>.

Yasanın 8.maddesi valiler ve valiye vekâlet eden yardımcılar hakkında özel bir düzenleme getirmiştir. Bildirmeleri (ihbarları) İçişleri Bakanlığı değerlendirerek soruşturma için o ile bir ya da birkaç kişiden oluşan bir kurulu gönderir. Soruşturma buyruğunu da bizzat bakan verir (Mülkiye Teftiş Heyeti Tüzüğü, md.2/son).

Yasanın 9.maddesine göre, elçiler hakkında, tıpkı valiler gibi soruşturma Dışişleri Bakanlığınca yürütülecek ve soruşturma buyruğunu bakan verecektir.

Yasanın 11.maddesine göre, müsteşarlar hakkında da, ulusal iradeyle merkeze atanmış memurlar hakkında uygulanan yöntemle göre soruşturma yapılacaktır (md.10). Soruşturma buyruğunu da ilgili bakan verecektir.

#### *b) Soruşturmacılar:*

99. Merkez memurları, valiler, elçiler, müsteşarlar hakkında soruşturma Yasada gösterilen kurullarca, il memurları hakkında ise bizzat soruşturma buyruğunu veren yetkili ya da yetkilinin görevlendireceği kişi tarafından yapılır (md.2,10). 2.maddede yer alan “bizzat”, “bilvasıta” sözcüklerinin anlamı budur. Kişiler ise, denetmenler “müfettişler” ya da “muhakkik”lerdir (soruşturmacılardır).

Öğretide, yerindelik ilkesi açısından, soruşturmacıların, hakkında soruşturma yapılan memura oranla, “makam, görev, kıdem” açısından daha üstün ya da eşit olması gerektiği belirtilmiştir. Soruşturma buyruğunu veren makamın soruşturmacıyı atama konusunda takdir yetkisi varsa da, bu yetkisini kullanırken, soruşturmacının yansız, görev ve derece açısından en az eşit düzeyde, konusunda uzman ve deneyimli biri olmasına özen göstermesi Danıştay kararlarında belirtilmiştir<sup>1</sup>.

98- (1) KIRMIZIGÜL, s 94-97, ÜNLÜ, s 49

99- (1) Dİİ 2 D , 26 1986, 2412/2019, 2 11 1986, 2530/3383, MALKOÇ/İsmail, MALKOÇ, Aytac, Memurları ve Suçları, Ankara 1988, s 241, KIRMIZIGÜL, s 106-108, ÖZEK, s 49, PINAR, s 53

100. Soruşturmacı kişi ya da kurulların hukuksal yetkilerine gelince:

Yukarıda da belirtildiği üzere 1985-3206 sayılı Yasadan önce MYY'nın 2. ve 6.maddeleri karşısında, soruşturmacılar, sorgu yargıçları yetkisiyle donatılmışlardı ve ilk soruşturmayı yapıyorlardı. Zira, bu soruşturma, ilk soruşturma niteliğindedir <sup>1</sup>. Kural olarak, soruşturmacı sorgu yargıcının bütün yetkilerini kullanabilirdi. Ancak tutuklama, elkoyma (zapt), arama gibi işlemler için yargıca başvurusu gerekiyordu. Öğreti bu yolda gelişmişti. Adalet Bakanlığının 8.8.1930 ile 3.2.1938 tarih ve 18 sayılı görüş yazılarında da bu belirtilmişti <sup>2</sup>.

Ancak, yukarıda değinilen 3206 sayılı Yasanın 83.maddesi karşısında, ilk soruşturma kalktığından ve yasalarda geçen ilk soruşturma, hazırlık soruşturması olarak algılanacağından, artık soruşturmacılar sorgu yargıcı değil, c.savcısı; yaptıkları da ilk soruşturma değil, hazırlık soruşturması niteliğindedir <sup>3</sup>.

Evet, 3206 sayılı Yasanın 83. maddesi uyarınca soruşturmacının hukuken c.savcısı konumuna getirildiği açıktır. Ancak MYY ile CYY'nın arasındaki ayrılıklar nedeniyle iki görevlinin ve yetkilerinin birebir örtüştüğü söylenemez. C.savcısı hazırlık soruşturmasını yapıp davayı açtığı ya da açmamaya karar verdiği halde, soruşturmacının böyle bir yetkisi yoktur. Soruşturmacı "soruşturma buyruğu" çerçevesinde işini yürütecektir. C.savcısı için böyle bir sınırlama ve buyruk söz konusu değildir. MYY'nda hüküm bulunmayan durumlarda CYY'nın uygulanacağı kuralı da her zaman konuyu çözmektedir. İşin özelliğine bakılarak CYY'nın 4, 34, 143, 153, 154, 155, 212, 215, 219, 263, 265, 294, 302, 312, 337, 339, 396, 415.maddelerindeki yetkileri soruşturmacının kullanamayacağı ileri sürülebilir <sup>4</sup>. Ancak, ceza yargılaması diyalektikçe dayanır. Yargıcın yapması gereken bir işte c.savcısının yerine geçtiği belirtilen soruşturmacı düşüncesini belirtmekten (CYY, md.31) alıkonursa bu diyalektik kurulamayacaktır. Bu konuda sorular bitmemektedir.

Böyle bir düşüncenin alınmaması durumunda elde edilen kanıt hukuka uygun olacak mıdır? Yargıçtan karar istendiğinde ve bu reddedildiğinde buna karşı yasa yolu açık olacak mı, açıksa kim başvuracak? En basiti, soruşturmanın dış yönetim birimleriyle yazışma yetkisinin boyutu ne olacak? Gerekğinde bunu soruşturma buyruğunu veren yetkili mi yapacak? İşte uygulamanın yerindelik ilkesine göre ya da örnekseme (kıyas) yoluyla çözmesi gereken bir sürü sorun.

100-(1) TANER, *Tabir, Ceza Muhakemeleri Usulü, İstanbul, 1955, s 27*

(2) KIRMIZIGÜL, s 109, 110

(3) ÖZTÜRK, s 675, ÖZTÜRK, *Babri, Ceza Muhakemeleri Kanununu Değiştiren 3206 Sayılı Kanunun Memurların Muhakemesine Etkileri, Yargıtay Dergisi, 1986, n 3, s 259 vd, ÜNLÜ, s 48, Dn, 1 D, 9 2 1987. 372/33*

(4) ALVER, s 47-50

## 2) Soruşturmanın yürütülmesi evresi:

### a) Öninceleme:

101. Bu konuda 1985-3206 sayılı Yasadan önceki duyarlılık çoğu kez uygulamada sürmektedir.

Uygulamada “mucip” diye anılan “soruşturma buyruğu”nu alan soruşturmacının ilk yapacağı iş, bunun kişi ve eylem/işlem açısından sınırlarını saptamaktır. Soruşturma buyruğu kim(ler) ve hangi eylem(ler) nedeniyle verilmişse yalnızca o kişi(ler) ve eylem(ler) hakkında soruşturma yapılabilir.

Soruşturmacı, suçlama konusu eylem birden çok ise, bu eylemlerden hangisinin adli yargının, hangisinin salt disiplin soruşturmasının konusu olabileceğini saptamak, adli yargı konusu olacaklardan yakınmaya bağlı olanı varsa çok dikkatli olmak zorundadır. CYY'nın 344. ve bir bölüm özel yasalarda (Türk Ticaret Yasası, md.64, 65 gibi) belirtilen bir kesim suçlar hakkında kişisel dava yoluyla asliye ceza ya da sulh ceza mahkemesine dava açılabilir. Ayrıca bir kesim suçların kovuşturulması da zarar görenin yakınmasına bağlanmıştır. Bu yakınma C.Y.Yasası'nın 151. maddesine göre ve ilgili mercilere belli yöntemlerle yapılabilir. Yasal temsilcilerin, temyiz gücü bulunan küçüklerin de yakınma hakları bulunmaktadır. Yakınma, fail ve eylem öğrenildiği andan itibaren altı aylık hak düşürücü sürede yapılacaktır. Yakınmanın geri alınması suç ortaklarına bulaşacaktır (TCY. md.99, 108). Soruşturmacının bunları incelemesi gerekir. Bundan başka, suçlama konusu eylemin T.C.Yasasının 127/3-4, 128, 138/4, 140, 143, 161, 158. ve 159/1.maddelerine giren suçlardan olduğunu gördüğü takdirde Adalet Bakanlığının (TCY. md. 160, 173) iznine, partiye, kurula ya da derneğe hakaret suçu söz konusu ise bunların temsilcilerinin (TCY. md.488) isteğine (talep) bağlı olarak kovuşturma yapılabilir. Soruşturmacının unutmaması zorunludur<sup>1</sup>. Uygulamada bu kurallara uyulduğu söylenemez.

Daha sonra, bildirimde bulunanın/yakınıcının adresini saptamak gerekir. Uygulamada sahte ad ve adresle yapılan yakınmalar, kamu yararı ölçütüne göre değerlendirilmekte, somut iddiayı içermeyen ve ciddi olmayanlar gözetilmemektedir<sup>2</sup>. Yakınan/bildirmeci (muhter) adresinde yoksa, bu, muhtarlıktan alınan bir yazıyla belgelendirilebilir.

Soruşturmacı, daha önce aynı konuda soruşturmaya başlandığını saptarsa onun devrini isteyebilir; ilgilileri dinleyerek eski belge ve bilgilerini ek anlatımlarla doğrulattırabilir. Eski soruşturma bitmişse, onu inceler, yeterli bulursa buna göre

101- (1) KIRMIZIGÜL, s 148-154

(2) YENİSEY, Feridun, Hazırlık Soruşturması ve Polis, İstanbul, 1993, n 322

davranır ya da eksikliği giderir. Daha önce adli soruşturma başlamış ve bitmemişse, o soruşturma alanının dışında kalanları inceler. Bitmişse, ikinci kez dava açılmayacağından soruşturmaya son verir <sup>3</sup>.

102. Suçun/suçların birlikte işlenmesi durumunda iki konu üzerinde soruşturmacının önemle durması gerekir. Eğer faillerin hepsi memur ve konumları aynı ise sorun yoktur. Konumları başka başka ise o zaman, “astın yargılamasını üst belirler” ilkesine göre davranılacak, soruşturma buyruğunu veren merci ve soruşturmacı da buna göre saptanacaktır <sup>1</sup>. Suçlar birbirinden bağımsız ise ayrı ayrı dosya düzenlenecektir <sup>2</sup>. Fail memurlar ayrı ayrı bakanlık mensupları iseler, soruşturmacılar birlikte soruşturma yaparlar. Ancak iki bakanlık bu konuda ayrı ayrı da soruşturma yaptırabilir. O zaman, sonuçların birbirlerine bildirilmesi gerekmektedir <sup>3</sup>.

MYY’nın 15. maddesine göre suça katılan kişi memur değilse, yargılama memuru yargılamakla görevli mahkemede yapılacaktır. Ancak bunlar hakkındaki hazırlık soruşturması c.savcılıklarınca yapılacaktır. Durum görüş özetinde belirtilecek ve ilgili c.savcılığına bildirilecektir. Birleşme sonsoruşturma aşamasında olacaktır <sup>4</sup>. Soruşturma buyruğunu alan soruşturmacının bunları bir bir incelemesinde, yargılama ekonomisi açısından, büyük yarar vardır.

*b) Kanıt toplama:*

103. Bunların sırası konusunda bir kural yoktur. Ancak, soruşturmaya açıklık getirmesi açısından genelde ilkin yakınıcı/bildirmeci dinlenir. Kanıt toplamada CYY’nın kuralları uygulanacaktır. Soruşturmacı hem kuşkuludan yana, hem de ona karşı ve yitme tehlikesi olan tüm kanıtları toplayacaktır (CYY md.153).

Kanıtların başında anlatıma dayananlar gelir. Bunlar ilkin bildirmeyi yapan (muhter) ve yakınıcıdır. Birincisi, suçtan zarar görmeyen ve onu duyuran kişidir. İkincisi suçtan zarar görendir. Bunlar, kimlikleri saptandıktan sonra dinlenir ve tutanağa geçen anlatımlarını imzalarlar. Antsız dinlenen bu kişilerin anlatımları sonsoruşturma evresinde değerlendirilirken, çıkar ilişkileri elbette gözetilir. Suç yakınmaya bağlı ise, bunun sürüp sürmediği, suçlanan birden çok ve yakınımanın geri alınması söz konusu ise, bunun hepsine bulaşacağı gözetilmelidir.

Belli bir olayı beş duyusuyla algılayan kişiler tanıktır ve ceza yargılamasında en çok başvuru kanıt da tanıgın anlatımıdır. Tanıkların çağrılmaları, ihzarları, ayrı ayrı dinlenmeleri, kimliklerinin saptanması, tanıklık etmekten ve ant içmekten

(3) KIRMIZIGÜL, s 112-114

102- (1) ÜNLÜ, s 180, Dn 2 D , 1 4 1988, 968/1325, 8 4 1980, 683/1044

(2) Dn 2 D , 31 10 1983, 451/2487; 20 2 1990, 2605/531, 23 1 1978, 116/143

(3) Dn 2 D , 24 6 1976, 4177/1025, ÜNLÜ, s 54, KIRMIZIGÜL, s 155

(4) ÜNLÜ, s 181

çekinmeleri ve bu haklarının bildirilmesi, bu hakları yoksa tanıklık etme zorunlulukları, nasıl dinlenecekleri v.b. hususlar CYY'nda belirtilmiştir. İşlemler bunlara göre yapılacaktır.

*c) Suçlanan memurun (kuşkulunun) anlatımı:*

104. 3206 sayılı Yasadan önce memur, soruşturma buyruğu üzerine, kanımca sanık konumuna geliyordu. Çünkü, bu bir tür c.savcısının ilk soruşturmayı açan “talepnamesi” gibiydi. Ancak bu Yasa ile ilk soruşturma kalktığından ve soruşturmacı c.savcısı konumuna geldiğinden, bu evrede suçlanan memur yalnızca kuşkuludur, sanık değildir <sup>1</sup>.

C.Yargılaması Yasasında kuşkulu kimsenin mutlaka dinleneceğine ilişkin bir kural bulunmadığından, c.savcısı ya da kolluk güçlerince kuşkulu dinlenmeden kamu davası açılmışsa, bu bir eksiklik olarak görülmemelidir. O nedenle, CYY'nın 185. maddesinin de kaldırıldığını gözetken Danıştay, kuşkulunun dinlenilmesinin zorunlu olmadığına, dinlenmeden de görüş özeti düzenlenebileceğine, bu özetle kuşkulunun anlatımının özetlenmesine gerek olmadığına karar vermiştir. O nedenle kuşkuluyu suçu işledikten sonra kaçması, bulunamaması ve hastalanması durumlarında dinlenmemesi, soruşturmanın yürütülmesini aksatmayacaktır <sup>2</sup>.

Yargıç tarafından hakkında tutuklama kararı verilmemiş ya da sorguya çekilmemiş yahut da dava açılmamış kimse henüz sanık olmadığından, yapılan işlem, kuşkuluyu sorgulamak değil, dinlemektir. Nitekim 3842 sayılı Yasa ile değişik 135.maddede “ifade, anlatım alma”dan ve “ifade veren: anlatımda bulunan” dan söz edilmektedir <sup>3</sup>.

Kuşkulu memur çağrı kağıdıyla çağrılır, gelmezse zorla getirilir.

Anlatımı alınmadan önce, kimliği saptanır. Kuşkulu kimliğiyle ilgili soruları doğru yanıtlamak zorundadır.

Soruşturmacı, soruşturma buyruğundaki suçlamaları kuşkuluya bildirmek zorundadır. Çünkü kuşkulunun suçlamanın nedenini değilse de suçlandığı eylemlerin neler olduğunu öğrenme/bilme hakkı vardır (CYY.md.135/2) <sup>4</sup>.

Kuşkulunun anlamadığı durumlar kendisine açıklanmalıdır. Önceden hazırlanmış soru-yanıt biçiminde dinlemek yerinde değildir. Ancak kuşkulu sözlü olarak

104- (1) ÖZTÜRK, Babri, *Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku*, Ankara 1994, n 183, ŞAHİN, Cumbur, Sanığın Kolluk Tarafından Sorgulanması, Ankara, 1994, s 27 vd, CİHAN, Erol, 50 Yılda ceza muhakemesi süjesi olarak sanığın durumu ve sorgusu, I Ü H F M, 1984/1-4, s 133 vd,

(2) Dn 2 D, 9 2 1987, 372/33 (ÜNLÜ, s 51-54)

(3) KIRMIZIGÜL, s 123, 124 Ayrıca bakınız CİHAN, Erol, YENİSEY, Feridun, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, İstanbul, 1996, s 117

(4) CİHAN, s 120, ŞAHİN, Cumbur, Sanığın Kolluk Tarafından Sorgulanması, Ankara, 1994, s 119-121, ÖZTÜRK, Uygulamalı, n 102a, YENİSEY, Hazırlık, n 377, EREM, Faruk, *Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu*, (Şerh), Ankara, 1996, s 283, 284

dinlenebileceği gibi, anlatımı suçlamalar bildirilerek yazılı olarak da alınabilir. Yeter ki, kuşkulu memura C.Y.Yasasının 135.maddesine göre bir avukatın yardımından yararlanabileceği anımsatılsın <sup>5</sup>.

*d) Savunmandan (müdafi) yararlanma ve öbür haklar:*

105. CYY'nın 135.maddesi 1992-3842 sayılı Yasa ile değiştirilmiş ve kuşkululara savunmandan yararlanma hakları tanınmıştır. MYY'nın 2. ve 6. maddeleri karşısında, kuşkulu memurlar da bu haklardan yararlanacaklardır<sup>1</sup>.

Bu yararlanma hakkı kuşkuluya soruşturmacı tarafından bildirilecektir. "Savunman"ın vekâletnamesini göstermesi zorunlu değildir. Kimliğiyle yetinilebilir. Kuşkulunun kendisi istediğinde savunman seçebilir. Seçebilecek durumda değilse baroca tek bir savunman atanır (CYY md.136, 138).

Kuşkulu, savunman isterse, soruşturma o noktada durur. Soruşturmanın geciktirilmemesi koşuluyla savunman beklenir. Bu husus kötüye kullanılmamalı ve denge iyi kurulmalıdır <sup>2</sup>. "Savunman"ın "hukuki yardım"ı, soruşturmacının olayı aydınlatma, bilgi ve kanıt toplama amacı çerçevesinde olmalı, yapılan suçlamalarla ilgili olarak savunman bilgilendirilmeli, ortaya çıkan yeni durumlar karşısında takınılacak tutum ve yanıt verilip verilmeyeceği konularında, kuşkulu ile savunmanın baş başa görüşmelerine izin verilmelidir. Çünkü kuşkulunun susma hakkını kullanması kendi yararına olabilir. Bunu da en iyi değerlendirebilecek olan savunmandır. Savunman etkin olarak yardımda bulunacak ve bu arada dosyayı inceleyebilecektir. İsteddiği belgelerin örneğini harçsız alabilecektir. Bunların hazırlık soruşturmasının amacını tehlikeye düşüreceği düşünüldüğü takdirde sulh yargıcından bu hakkın sınırlandırılması yolunda karar istenebilecektir (CYY md.143) <sup>3</sup>.

Kuşkulu memurun kimliği konusunda susma hakkı yoktur <sup>4</sup>. Ancak suçlamayla ilgili olaylar/eylemler konusunda açıklamalarda bulunmama hakkı vardır ve bu hak kendisine anımsatılacaktır. Bu ve susma hakkının kullanıldığı tutanağa geçirecektir (CYY.md.135/4). Susma hakkı "iki yanı da keskin bir kılıç"tır. Bu nedenle, kendini savunmaktan vazgeçmenin sakıncaları anımsatılırken, bu anımsatma, tehdit ve vaat gibi sanığın özgür iradesini örseleyebilecek boyutlara ulaşmamalıdır <sup>5</sup>.

Kuşkulu, kuşkudan kurtulmak için somut ve kendinden yana kanıtların toplanmasını isteme hakkına sahiptir. Bu, kendisine anımsatılır. Böylelikle, kuşkulu-

(5) Dn 1 D , 16 2 1993, 29/26 (KIRMIZIGÜL, s 127, 231-236, ALVER, s 379)

105- (1) Aynı karar, ALVER, s 52 vd

(2) ŞAHİN, s 128

(3) ŞAHİN, s 124-126, CİHAN , s 124-129, ÖZTÜRK, Uygulamalı , n 186 vd , YURTCAN, Erdener, Ceza Yargılaması Hukuku, İstanbul, 1994, s 144 vd , EREM, Ceza , s 284-286, YENİSEY, Hazırlık , n 285 vd

(4) EREM, Ceza , s 283, ÖZTÜRK, Uygulamalı , n 184

(5) ŞAHİN, s 123, 124



nun anlatımını alma bir savunma aracına dönüştürülmüş, kuşkuluya kendine karşı olan kuşku nedenlerini yok etme olanağı verilmiştir (CYY. md.135/5)<sup>6</sup>.

Türk Anayasasına göre, hiç kimse, insan onuruyla bağdaşmayan bir işlemle karşı karşıya bırakılamaz (md.17/3). O yüzden anlatım, özgür iradeye dayanmalıdır. Bu iradeyi etkileyecek, saptıracak nitelikteki kötü davranma, işkence, zorla ilaç verme, yorma (bitkin düşürme), aldatma, bedensel ve ruhsal zor ve müdahale, hile, ipnotizma, yalan makinesi v.b. araçlar kullanma gibi girişimler yasaktır ve bunlarla elde edilen anlatımlar kanıt olarak kullanılamaz (CYY md.135/a). Bunların neler olduğu öğretide ayrıntılarıyla irdelenmiştir <sup>7</sup>.

Kuşkulunun anlatımı bir tutanakla saptanacaktır. Tutanak, anlatımın sonucunda ortaya çıkan ve işlemi gösteren bir belgedir <sup>8</sup>. C.Yargılama Yasasının, 135. maddesinin 7.bendinde anlatımı içeren tutanakta anlatımın alındığı yer ve tarihin, hazır bulunanların kimliklerinin, anımsatma işlemlerinin yerine getirilip getirilmediklerinin, getirilmemişse nedenlerinin, tutanak içeriğinin anlatımda bulunan kuşkululu ve savunmanın okunup imzalandığının, imzadan çekinme nedenlerinin yer alacağı belirtilmiştir.

*e) Bilirkişiye başvurma ve keşif:*

106. Soruşturmacı, c.savcısı gibi, gecikmesinde sakınca bulunan durumlarda bilirkişiye başvurabilecektir. Bilirkişi, bilim ve tekniğe ilişkin konularda düşüncesi-ne başvurulmuş bir uzmandır. Kanıt içeriği konusunda aydınlatıcı bilgiler verir. Antli olarak dinlenir. Tanıklar gibi bilirkişilerin çekinme ve ücret isteme hakkı vardır (CYY md. 65-77) <sup>1</sup>. Kuşkusuz, soruşturmacı kuşkulunun alkol alıp almadığının hekim raporuyla saptanmasını isteyebilir <sup>2</sup> ve keşif de yapabilir (md.77, 161, 62).

*f) Koruma önlemleri:*

107. Geciktirilemezlik, haklılık ve oranlılık ilkeleri çerçevesinde koruma önlemlerinin alınmasına soruşturmacının başvurusu olanaklıdır (CYY.md.86-103) <sup>1</sup>.

Soruşturmacı, tıpkı c.savcısı gibi, gecikmesinde sakınca bulunan durumlarda defterlere, belgelere el koyabilir. Arama yaptırabilir, sulh yargıcından karar isteyebilir. İlgili dairelerden, onaylı örneğini bırakarak belgeler alabilir. Resmi daireler

(6) EREM, Ceza , s 289-290, ŞAHİN, s 128-130

(7) Ayrıntılı bilgi için bakınız ÖZTÜRK, Babri, Yeni Yargıtay Kararları Işığında Delil Yasakları, Ankara, 1995, Uygulamalı , n 90, ŞAHİN, s 169 vd , YENİSEY, n 409, YURTCAN, Ceza , s 149-153, SOKULLU AKINCI, Fusun, Polis, İstanbul, 1990, s 159 vd

(8) ŞAHİN, s 152 vd

106- (1) KUNTER, Muhakeme , n 335, 421, 442, 444, YENİSEY, Hazırlık , n 297-309, CİHAN , n 231-244. ÖZTÜRK, Uygulamalı , n 230-258, EREM, Ceza , s 137, 172

(2) KIRMIZIGÜL, s 140

107- (1) KUNTER, Muhakeme , n 359 vd ,> ÖZTÜRK, Uygulamalı , n 268 vd , YENİSEY, n 422 vd , CİHAN , s 160 vd , GÖKCEN, Ahmet, Ceza Muhakemesi Hukukunda Basit Elkoyma ve Postada Elkoyma, Ankara, 1994, s 34, 35

bunları vermekten kaçınamazlar. Görece bir kanıt değerinde olan sözel kanıtlara elkoyabilir. Yeter ki, bunlar hukuka uygun biçimde elde edilsinler<sup>2</sup>.

Ancak, MYY'nın tutuklamayla ilgili hükmü (md.16) Anayasa Mahkemesinin 20.9.1963 tarih ve 59/225 sayılı kararıyla iptal edildiğinden, soruşturmacıların ve kurulların tutuklama yetkileri o günden bu yana yoktur. Esasen 1985 değişikliğinden sonra c.savcısı yetkilerini kullanan soruşturmacıların tutuklama yetkilerinden söz etmek olanaksızdır. Çünkü, yargıç kararı olmadan kimse tutuklanamaz (Anayasa, md.19).

Buna karşılık, soruşturmanın yürütülmesi ve kanıtların toplanması açısından kuşkulu memurun görevi başında kalması sakıncalı ise, görevden uzaklaştırma önlemine başvurulabilir. Burada kullanılacak ölçütler ise geciktirilemezlik, haklılık, alınacak önlemlerle memurun hakları arasındaki oranlılıktır. Devlet Memurları Yasasının 37. maddesine göre bu bir tür "ihtiyati tedbir"dir. Memurun görev başında kalması, soruşturmanın esenliğini örselemeyecekse bu önleme başvurulmalıdır. Yönetim bu konudaki takdir yetkisini yukarıdaki ölçütlere ve bu amaca göre kullanmalıdır. Öte yandan MYY'nın 12.maddesinde de yer alan görevden uzaklaştırma önlemi, 1322 Sayılı Genel Kadro Yasasının yürürlüğe girdiği 1.12.1970 tarihinden sonra Devlet Memurları Yasasının kapsamına giren memurlar hakkında uygulanmamaktadır. Çünkü söz konusu önlem, bu Yasanın 237/b. maddesi ve bendi uyarınca yalnızca D.M.Yasasının kapsamı dışında kalan memurlara uygulanabilecektir<sup>3</sup>.

Bir başka yönetsel önlem de görev yeri değişikliğidir ve bu ilgili merciinden istenir<sup>4</sup>.

*g) Görüşözetleri (fezleke):*

108. MYY'nın 2.maddesine göre, soruşturmanın bittiği kanısına ulaşan soruşturmacının yapacağı son işlem, bir görüşözetini düzenleyerek bunu imzalayıp mühürlemekten ibarettir.

Yasada görüşözetinin nasıl olacağı açıklanmamıştır. Ancak, çeşitli bakanlıkların tüzük ve yönetmelikleriyle Danıştay kararlarına göre özetle, soruşturma buyruğunun tarih ve sayısı, içeriği, suçun öğreniliş biçimi, kuşkunun kimliği, görevi, eylemler, kanıtlar ve özetleri, savunma ve özeti, soruşturma aşamaları gösterilecek ve ayrıca soruşturmacı, dava açılıp açılmaması konusunda kişisel kanısı ile dava açılmasını düşündüğü takdirde suç olarak nitelediği eylemlerin hangi yasa ve madde-

(2) Örnekler ve ayrıntı için bakınız: GÖKCEN, s 5 vd, KIRMIZIGÜL, s 138-141

(3) ALVER, Cemil, Memur Suçları ve Memur Soruşturması, Ankara, 1996, s 346, 347, Dn 5 D, 29 12 1970, 202/63, 24 3 1970, 1792/974 Ayrıca bakınız KIRMIZIGÜL, s 142-146

(4) KIRMIZIGÜL, s 147

sine uygun düştüğünü belirtecektir. Danıştaya göre görüşözetisi yasa hükmünün gereğidir ve zorunludur <sup>1</sup>.

Görüşözetisi düzenleyen soruşturmacı(lar) davanın açılıp açılmamasına karar verecek olan kurullara katılamaz(lar) (MYY, md.3).

Soruşturmacı görüşözetisiyle birlikte tüm belgeleri soruşturma buyruğu veren yetkiliye sunacaktır. Doğrudan doğruya sonuç çıkaran kurula vermeyecektir. Çünkü, soruşturmanın sonucunda, yalnızca adli mercide yargılanma görüşü değil, disiplin soruşturması açılmasıyla akçalı durumlar ve yer değiştirme gibi önlemlerle ilgili öneriler de bulunabilir. Bunların her birinin karar mercileri ise değişik olacaktır <sup>2</sup>.

### **3) Sonuç çıkarma evresi:**

#### *a) Karar vermeye yetkili kurullar (md.4):*

109. Soruşturma dosyası ilgili kurullara gönderilince, gerekli kararları vermek üzere kurullar toplanır. Bunlar dört ayrı kuruldur.

Bu kurulların kararları 1985 değişikliğinden sonra artık yargı kararı niteliğinde değildir. Hatta Danıştay Daire kararı da, kanımca bu nitelikte değildir. Bir kararın yargı kararı olması, onu verenlerin yalnızca bağımsız yargıçlardan oluşmasından değil, kararın niteliğinin de öyle olmasından anlaşılır. 1985 öncesi dönemde ise yeni kanıtlar elde edildiğinde, ancak ilk karar kesinleştikten sonra yeniden soruşturma açılabilirdi. Koşullu bir kesinleşme söz konusu idi <sup>1</sup>.

Suç sonrası görevde değişiklik olursa, yetkili kurul, yeni göreve göre <sup>2</sup> değil, suç tarihindeki göreve göre belirlenecektir <sup>3</sup>.

#### *aa) İlçe yönetim kurulu:*

110. Kaymakam, yazı işleri müdürü, hükümet tabibi, ilçe milli eğitim müdürü, tarım orman ve köy işleri müdürü, veterinerden oluşan kurul, ilçe yönetim bölümü üstü dışında kalan memurlarla ilgili kararları verir.

İlçe yönetim kurulunca verilen kovuşturmacı, 1985 öncesi terimlerine göre sonsoruşturmanın açılmaması (men-i muhakeme) kararı kendiliğinden, kamu davasının açılması (lüzum-u muhakeme) kararı ise itiraz üzerine bir üst kurul olan il yönetim kurulunda inceleniyordu ve bu beriki kurulun kararı kesindi. Bu karara karşı yargı yolu kapalıydı. Anayasa Mahkemesi, 27.2.1992 tarih ve 26/11 sayılı kararı ile "Bir meclisin kararı aleyhindeki itiraz mafevki mecliste (...) tetkik

108- (1) Dn 2 D, 28 6 1960, 303/1901, 8 3 1960, 747/796, KIRMIZIGÜL, s 160-164, ÜNLÜ, s 50

(2) KIRMIZIGÜL, s 165

109- (1) ERDOĞDU, s 917, ALVER, s 391 (Dn 2 D, 17 11 1981, 145/2734) Karşı görüş ÜNLÜ, s 79

(2) ÖZEK, s 50

(3) MUMCU, s 161, 162, BEŞE, s 218

edilir" biçimindeki ikinci cümlesini, yalnızca ilçe yönetim kurulu kararlarına karşı yargı yolunu kapatması yüzünden Anayasaya aykırı bularak iptal etti ve yasal boşluğun doğmaması için iptal kararının altı ay sonra yürürlüğe girmesine karar verdi <sup>1</sup>.

Bu iptal hükmü 23.5.1993 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Bu tarihten sonra il idare kurullarınca verilen kararlar geçersiz olduğundan, bunlara dayanılarak yapılan yargılamaları Yargıtay bozmuştur <sup>2</sup>.

Yasa koyucu bu boşluğu ancak 17.6.1994 tarih ve 4005 sayılı Yasa ile doldurmuştur. Bu Yasa 1.7.1994'te yürürlüğe girmiştir. Buna göre son soruşturmanın açılması kararı itiraz üzerine, açılmaması kararı da kendiliğinden bölge idare mahkemesine gönderilecektir. Yargıtay, bu aşamadan geçmemiş kararlara dayanılarak verilen yargı kararlarını da bozmaktadır <sup>3</sup>.

*bb) İl yönetim kurulu:*

111. Valinin başkanlığında, il hukuk işleri müdürü, defterdar, milli eğitim müdürü, bayındırlık ve iskân müdürü, sağlık müdürü, tarım ve köy işleri müdüründen oluşan kurul ildeki üst yönetim birimleri dışında kalanlarla ilgili kararları verir. Kovuşturmama kararı kendiliğinden, kamu davasının açılması kararı itiraz üzerine Danıştay 2. Dairesince incelenir.

*cc) Merkez memurlarıyla ilgili kurullar:*

112. Ortak kararla atanan ya da atanmayan memurlar hakkında, bakanın, bağımsız dairelerde genel müdürün onayıyla bir kurul oluşturulur. Yabancı ülkelerde olup da ortak kararnameyle atanmayan memurlar için de durum aynıdır (md.9, 10).

*dd) Danıştay İkinci Dairesi:*

113. Cumhurbaşkanının onayıyla atanan il memurları ve il yönetim kurulu üyeleri, valiler, ortak kararnameyle atanan merkez memurları, elçiler, elçiler dışında ortak kararnameyle atanan dış ülkelerdeki görevli memurlar, müsteşarlar, bölge müdürleri hakkında kararı bu Daire verir.

Merkez memurlarıyla bunlar hakkında verilen kovuşturmama kararı kendiliğinden, kamu davasının açılması kararı itiraz üzerine Danıştay İdari İşler Kurulunda incelenir (MYY, 9, 10; Danıştay Yasası, 43, 46).

2547 sayılı Yasanın 53.maddesine göre YÖK başkan ve üyeleri için de durum aynıdır.

110- (1) Resmi Gazete, 23 11 1992, n 21414 Maddenin tamamı iptal edilmemiştir (C G K , 27 6 1994, 178/197)

(2) Örneğin 4 C D , 20 12 1994, 8117/11260, 1 2 1995, 9779/548, 6 6 1995, 3385/4079, 7 2 1996, 144/1159

(3) Örneğin 4 C D , 15 2 1995, 136/1156, 2 5 1995, 2420/3314, 12 3 1996, 1161/2127 Ancak Danıştay, bu boşluk döneminde kendini yetkili saymadığından dava dosyalarını geri çevirmiştir (Dn 2 D , 22 6 1993, 1318/1492)

*b) Kurulda ilk inceleme:*

114. Karar verecek olan kurullar, toplanma ve görüşme yetersayısı gözetilerek toplanırlar <sup>1</sup>.

Önlerine gelen soruşturma dosyasında işi sürüncemede bırakmamak amacıyla; eksiklik olup olmadığı açısından belgeleri bir ilk incelemeye tabi tutarlar.

Her şeyden önce, sanığın “memur” olup olmadığı, atanma biçimi, görevi, suçun görevle ilgili ya da görev sırasında işlenip işlenmediği, suç tarihi, af ya da zaman aşımı, soruşturma buyruğunun içeriği, soruşturmacının niteliği, yakınma, izin, yakınmanın geri alınması, sanığın yaşayıp yaşamadığı, belgelerin yöntemince düzenlenmesi, imzalanması, kanıtlar, tanıkların yöntemince dinlenmeleri, görüşözet, her eylem hakkında görüşözetinin kanı bildirmesi, kurulların yasaya göre oluşturulması, kurul üyelerinin imzaları, yasa yolları söz konusu ise itiraz süresi, görüşözet, görüşözet düzenleyen kurulda katılıp katılmadığı, verilen kararın niteliği, geri çevirme olmuşsa gereğinin yapılıp yapılmadığı konuları üzerinde durulmalıdır <sup>2</sup>.

Kurullar, kanımca kanıt değerlendirmesi yapamazlar. Zira CYY’nın 148.maddesine göre “yeterli kanıt” varsa c.savcısı davayı açmak zorundadır. Türk ceza yargılama sisteminde kamu davasını açmada zorunluluk/yasallık ilkesi benimsenmiştir. C.savcısının davanın açılmasının uygunluğunu (yerindelik, opportunité) takdir yetkisi bulunmaktadır. Bu kurala getirilen istisnalar (CYY., md.143, 344 gibi) bellidir <sup>3</sup>. O nedenle kurullar, kanıt değerlendirmesini yaparak, olayda haksız kışkırtma bulunduğu, sövmenin karşılıklı olduğu gerekçeleriyle kamu davasının açılmasını engelleyemezler <sup>4</sup>.

Kurullar (MYY., md.5), soruşturma belgeleri geldiği andan itibaren bir hafta içinde incelemeye almak zorundadır. Bu, karar verme süresi değildir <sup>5</sup>. Uygulamada işlerin çokluğu nedeniyle bu süreye uyulmamaktadır <sup>6</sup>.

Kurullar, anılan maddeye göre, gerekirse soruşturmayı genişleterek, yazılı ya da sözlü açıklamalar yapmaları için gerekli kimselerden açıklamalar isteyebilmektedir (MYY, md.5). Ancak, bu açıklamadan sonra soruşturmanın genişletilmesine gerek duyulursa, bunu kimin yapacağı tartışılmıştır. Bir görüşe göre soruşturma yetkisi soruşturmacı kişi ya da kurulundur; soruşturma dosyasının ona geri gönderilmesi gerekir. Bir başka görüşe göre, soruşturma yetkisine sahip bir kurulun, ilgi-

114- (1) ÜNLÜ, s 79

(2) ÜNLÜ, s 94, 95

(3) KUNTER, Mubakeme , n 103, KEYMAN, Ceza Mubakemesinde Savcılık, Ankara, 1970, s 100 vd

(4) Dn 2 D , 24 1 1984, 3595/229 Bu nedenle “ her işte olumsuzluğa sapan ve çevreleri için uğursuz sayılan kişiler”den söz ederek, kişilik değerlendirmeleri içeren sözleri sövme saymayarak ve böylece eleştiri çerçevesinde kaldığını ileri sürerek sonsoruşturmada tartışılacak bir konuyu kovuşturamama kararıyla sonuçlandıran karar yerinde değildir (Dn 2 D , 30 4 1979, 1085/1112, ÜNLÜ, s 102)

(5) KEYMAN, s 196

(6) ÜNLÜ, s 93

lilerden açıklama isteme gibi bir tür soruşturmanın genişletilmesini kendisinin yapması mantığın gereğidir. Ancak, dosya eksikliğinden dolayı soruşturmacıdan eksikleri tamamlamasını benimseyen bir sistemin buna izin verdiğini söylemek güçtür. Uygulama da birinci görüş doğrultusundadır <sup>7</sup>.

*c) Kararlar:*

115. 1985-3206 sayılı Yasa ile ilk soruşturma kaldırılmış (md.82) ve öbür yasalarda geçen ilk soruşturmanın da hazırlık soruşturması olarak algılanması gerekeceği belirtilmiş (md.83) olması karşısında, bu kararları ceza yargılamamızın koordinatları içine yerleştirmek zorunludur. Yukarıda da belirtildiği üzere, “soruşturma buyruğu”nun, ilk soruşturmanın bulunduğu dönemde c.savcısının düzenlediği dava açan belgenin, yani “talepname”nin (réquisitoire introductif) yerine geçtiği kanısındayım.

Soruşturmacı ise c.savcısı konumunda bir görevlidir. C.savcısından tek başkalığı şudur: C.savcısı hazırlık soruşturması sırasında bir sonuç çıkarmak, yani ya dava açan bir iddianame düzenlemek ya da kovuşturamama kararı vermek durumunda olduğu halde, soruşturmacının böyle bir yetkisi bulunmamaktadır <sup>1</sup>.

Öte yandan 1936 değişikliğinden önce bizde ilk soruşturmayı yürütme yetkisi sorgu yargıcına, sonuç çıkarma, yani dava açıp açmama yetkisi ayrı bir makama verilmişti. Bu zengin yargılama şeması içinde düşünüldüğünde ve MYY’nın bu şemaya koştur düzenlemesi gözetildiğinde, soruşturmacı sorgu görevini yapıyor, görüşözü de sonsoruşturmanın açılması ya da açılmaması konusundaki kanıyı bildiriyordu. O dönemde de, c.savcılar, sonsoruşturmanın açılması ya da açılmaması konusunda düşüncelerini bildiriyorlardı. Açılma isteğini içeren belgeye de uygulamada “esas hakkında iddianame”, öğretilde daha doğru bir adlandırmayla “sonsoruşturma iddianamesi: réquisitoire définitif” deniyordu (CYY’nın kaldırılan 193.maddesi) <sup>2</sup>.

Bugünkü düzenlemede, varsıl yargılamamız yoksullaştırılarak, davanın bebeklik dönemi olan ilksoruşturma evresi kaldırıldığına, hazırlık soruşturmasında doğan bebek hemen çocukluk dönemi olan sonsoruşturmaya <sup>3</sup> geçtiğine göre, çok önemli olduğu halde, artık ne “soruşturma buyruğu” talepname, ne de “görüşözü”, bir tür sonsoruşturma iddianamesidir. Ne var ki, daha önce de belirttiğim üzere yargı, bu belgelerin biçim ve içerikleri üzerinde bu son gelişmeyi gözetmeksizin, duyarlı biçimde durmayı sürdürmektedir. Yargılamanın sınırları ve boyutları açısından uy-

(7) KIRMIZIGÜL, s 172 Dn 2 D , 21 3 1988, 838/1117 (ÜNLÜ, s 100)

115- (1) KUNTER, Mubakeme , n 81

(2) KUNTER, Mubakeme , n 433, 453

(3) Benzetme, Sayın KUNTER’indir, Mubakeme , n 407, 445

gulamada gösterilen bu duyarlılığın yararları yadsınamaz. Ancak, bunlar, bu değişiklikten sonra, yargılamanın olmazsa olmaz belgeleri olmaktan çıkmışlardır. Sonso-  
ruşturmanın vazgeçilmez biricik belgesi, artık koşulları bulunduğu kurullar tara-  
findan verilen kamu davasının açılması kararıdır. Çünkü bu belge, hazırlık soruştur-  
ması sonunda verildiği için, bu CYY açısından bir iddianamedir <sup>4</sup>. O nedenle duyar-  
lılığın artık bu belge üzerinde yoğunlaştırılması gerekir. Öbür belgeler ise, sakat ol-  
duklarında kanımca sonsoruşturmayı ihlal edici boyutlarını yitirmişlerdir.

116. Ancak Danıştay İdari İşler Kurulu 16.10.1986 tarihinde aldığı ve geçmişte-  
ki kargaşayı büyük ölçüde gideren ilke kararında, 1985 değişikliğinden önce so-  
ruşturmacının sorgu yargıcı, yaptığı işlemlerin ilk soruşturma niteliğinde olduğunu  
benimsemiş ise de, MYY'nın özel bir yasa olup, bu Yasaya göre verilen sonsoruş-  
turmanın açılması ya da açılmaması kararlarıyla <sup>1</sup> ilk soruşturma sonunda o dö-  
nemdeki sorgu yargıçlarının benzeri kararları arasında bire bir bir çakışma olmadı-  
ğını belirtmiştir.

Oysa kararda da değinildiği üzere, “sonsoruşturmanın açılması” deyişinin  
“kamu davasının açılması” olarak değiştirildiği 1985-3206 sayılı Yasanın 84.mad-  
desinde belirtilmiştir. Hem soruşturmacının sorgu yargıcı değil c.savcısı, “lüzum-  
u muhakeme kararı”nın “iddianame”, “men-i muhakeme kararı”nın kovuşturma-  
ya yer olmadığı -ki kararda yanlışlıkla soruşturmaya yer olmadığı denmiştir- kara-  
rı olduğu benimsenecek, hem de bunların çakışmadığı öne sürülecek. Bu bir çe-  
lişkidir.

Bu gerekçeden yola çıkan yüce Mahkeme eski terimlerin kullanılması gerektiği  
sonucuna ulaşmıştır <sup>2</sup>.

Öte yandan, ilksoruşturmada kamu davasını sona erdiren nedenlere dayanıla-  
rak kamu davasının düşmesi (ortadan kaldırılması) kararının olanaklı bulunduğu-  
nu; hazırlık soruşturmasında olanaksız olduğundan, bu durumlarda artık hazırlık  
soruşturması sonunda “kovuşturmaya yer olmadığına kararı” vermek gerektiğini  
haklı olarak vurgulayan Danıştay, kuşkulu memura yükletilen eylemin suç olma-  
ması, disiplin suçu ya da hukuksal nitelikte olması durumlarında “karar verilmesi-  
ne yer olmadığı kararı” verileceği sonucuna ulaşmıştır.

(4) ÖZTÜRK, Ceza , s 263, ÖZGEN, Eralp, Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Bilgisi, Eskişehir, 1986, s 224  
116- 1) Kanımca, “lüzum-u muhakeme” ve “men-i muhakeme kararı” yerine terim birliğini sağlamak için son-  
soruşturmanın açılması ya da açılmaması kararı denilmelidir Sözel çeviri koku “yargılamanın gerekliliği kararı”  
deyişi hem kakafonik ve hem de deyişte geçen “muhakeme” yalnızca “sonsoruşturma” evresine yollama yaptığından  
yerinde değildir Kaldı ki, 1985-3206 sayılı Yasanın 84 maddesine göre artık “sonsoruşturmanın açılması” deyişi de  
Türk Ceza Yargılamasının terimler sözlüğünden çıkmıştır Ancak sonsoruşturma terimi kalmıştır Benzer görüş  
KUNTER, Muhakeme , n 81/I, 6 Ayrıca bakınız ÜNLÜ, s 95, 96, GÖKÇE, Abbas, Memurların Yargılanmalarına İlişkin  
Yasaya Göre Soruşturma ve Verilen Karar Türleri, Yargıtay Dergisi, 1979, sayı 4, s 741-752

(2) İleten ÜNLÜ, s 121-123

Bu son görüşe de katılmak olanaksızdır. Çünkü burada da verilecek karar kovuşturamama kararıdır. Karar vermeye yer olmadığına ilişkin kararlar ise başka durumlarda söz konusudur. Buna aşağıda değineceğim.

Böylece 1985 değişikliğinden sonra Danıştaya göre dört türlü karar verilebilecektir.

Kanımca verilebilecek karar türleri üçtür. Karar vermeye yer olmadığına ilişkin karar, kamu davasının açılması kararı, kovuşturamama kararı. Şimdi bunları inceleyelim.

*aa) karar vermeye yer olmadığına ilişkin karar (non lieu à statuer) ya da dava dosyasının geri gönderilmesi kararı:*

117. Soruşturmada eksiklikler bulunması, yakınmanın olmaması ve fakat süresinin geçmemesi, kurulla ilgili yasaya aykırılıklar, soruşturmanın özel bir yasaya tabi olması (3628 sayılı Yasa, CYY'nın 154, İcra ve İflas Yasasının 357. maddeleri gibi), kuşkulunun memur olmaması ve fakat eyleminin genel hükümlere göre kovuşturulabilir türden bulunması gibi durumlarda kurul, karar vermeye yer olmadığına karar vererek, dosyayı ilgili mercie geri gönderecektir <sup>1</sup>.

*bb) Kamu davasının açılması kararı: lüzum-u muhakeme kararı (kamu davasını açan iddianame):*

118. Eylem(ler)in suç olduğu/oldukları ve işlendiğine/işlendiklerine ilişkin “yeterli kanıt” (CYY, md.148) bulunduğu takdirde kuşku memur hakkında kamu davası açılır ve hakkında dava açılan memur da “sanık” konumuna geçer. Bu karar, CYY'nın 163.maddesinde geçen iddianame niteliğindedir. O nedenle, kararda sanık memurun açık kimliği, yükletilen eylem(ler), eylem(ler)in kanıtlandığını gösteren kanıt kaynakları, eylem(ler)e uygun düşen suçun/suçların yasal öğeleriyle yasa maddesinin/maddelerinin gösterilmesi zorunludur.

Uygulamada bunlara uyulduğu söylenemez. Çoğu kez, eylem(ler) açıklanacak yerde, eylem(ler)in hukuksal adlandırılması yazılmaktadır. Çoğu zaman kurul üyeleri arasında hukukçu bulunmamasının buna yol açtığı anlaşılmaktadır. O yüzden, Yargıtay, böyle durumlarda, C.Y.Yasasına uygun bir kamu davasının açılması kararı düzenlendikten sonra soruşturma yapılması için kararı bozmaktadır. Bir kararda şöyle denilmiştir: “CYY'nın 257. maddesine göre, karar mahkemesinde kurulacak hükmün konusu; iddianamede gösterilen eylemdir ve 150. maddesi uyarınca da hüküm iddianamede öngörülen eylem (suç) ve sanık olan kişilerle sınırlıdır.”

“CYY'nın ek-6.maddesine göre (21.5.1985 tarih ve 3206 sayılı Yasa), “ilksoruşturma” “hazırlık soruşturması” olarak karşılanmış ve aynı Yasanın 163.maddesi

117- (1) Dn 2 D , 21 3 1988, 838/1117



uyarınca kamu davasını açan ve yargılamanın temeli niteliğindeki iddianamenin neleri içereceği açıklanmıştır. Buna göre, sanığa yüklenen eylemin/eylemlerin nelerden ibaret olduğu açıkça yazılmak gerekmektedir.”

“Memurların Yargılanmalarına İlişkin Yasaya göre yapılan ilksoruşturma, hazırlık soruşturması; sonsoruşturmanın açılması (lüzum-u muhakeme) kararının da, iddianame niteliğinde bulunduğu ve eylemin/eylemlerin yasalarda öngörülen adlandırılmalarının niteleme olup, eylem/eylemler kavramının dışında kaldığı gözetilerek, öncelikle dava açan kararda hükme konu olacak eylemin/eylemlerin ne/neler olduğunun açıklattırılmasının sağlanması ve bu suçlar içinde sonsoruşturma yapılarak karar verilmesi gerekirken, Yasaya uymayan sonsoruşturmanın açılması kararına göre hüküm kurulması yasaya aykırıdır”<sup>1</sup>.

Suç, sulh ceza mahkemesinin görevine giren bir eylem olsa bile, MYY’nın 7.maddesine göre, sonsoruşturma/duruşma asliye ceza mahkemesinde görülecektir.

Kamu davasının açılması kararına karşı bildirimden itibaren 5 gün içinde itiraz edilmezse karar kesinleşir. İtiraz edilirse, kararı bölge idare mahkemesi, ya da Danıştay 2.Dairesi ya da Danıştay İdari İşler Kurulu inceler. Karar onandığı takdirde kesinleşir. İtirazın sonucu beklenmeden sonsoruşturma yapılamaz<sup>2</sup>. Ancak itiraz mercilerinin kararı değiştirme yetkileri vardır. Kamu davasının açılmasına ya da açılmamasına karar verebilirler.

*cc) Kovuşturmama (kamu davasının açılmaması) kararı:*

119. İlksoruşturmayı hazırlık soruşturmasına dönüştüren değişiklik koşutunda, kurullar çeşitli nedenlere dayanarak dava açmayabilirler. Bunların hepsi, ceza yargılamamızın şeması içinde c.savcısının ulaştığı sonucu içeren kovuşturmama kararı (classement sans suite, decreto di archiviazione, decreto di non doversi procedere) niteliğindedir (CYY, md.164). Bu ise kovuşturmaya yetkili makamın, MYY’da bir kurulun, CYY’da c.savcısının kovuşturma yapmayacağını bildiren bir işlemdir. Bu işlem “yeterli kanıt” bulunmamasına dayanabileceği gibi, suçu işleyen niteliğinden (TCY, md.288, 524), tutumundan (TCY, md.289) ya da suçu etkileyen yahut da davayı düşüren nedenlerden kaynaklanabilir<sup>1</sup>.

Öte yandan kovuşturmama kararı, yönetsel nitelikte ulaşılan bir sonuçtur<sup>2</sup>, bir yargı kararı değildir. Yargı yolları tüketildiğinde bile kesin yargıya dönüşemez. O nedenle yetkili makam, c.savcısı gibi, her zaman bu kararından geri dönebilir. Bu-

118- (1) 4 C D , 19 9 1995, 4844/5772 Ayrıca bakınız Dn 2 D , 25 5 1981, 1428/1284

(2) 5 C D , 28 5 1976, 1752/1659

119- (1) KUNTER, *Muhakeme* , n 40, 41, 44, 143, 425, FOSHINI, I, n 37 (s 100 vd ), CORDERO, s 58 vd , MERLE/VTU, II n 282, STEFANI/ *Procédure pénale*, n 470, CRISTIANI, s 310 vd

(2) MERLE/VTU, “yönetsel önlem” diyorlar (n 1064)

nun için yeni olayları/kanıtları beklemeye bile gerek yoktur. Bu Anglo-Sakson sisteminde de böyledir <sup>3</sup>.

Kesin yargıya dönüşmeyecek bir kovuşturmanın kararı niteliğinde olan kamu davasının (sorsoruşturmanın) açılmamasına ilişkin kurul kararları da kanımca böyledir <sup>4</sup>. Ancak Danıştay ilksoruşturma evresinin bulunduğu dönemde, C.Y.Yasası'nın 204. maddesini de gözeterek, bu kararları sorgu yargıcının sorsoruşturmanın açılmaması kararına benzettüğinden, yeni olaylar ve kanıtlar elde edildiği zaman davanın açılabilmesi için, bu kararın kesinleşmesinin beklenmesi gerektiğine karar vermiştir <sup>5</sup>. O gün için doğru olan bu görüş, bugün için artık geçerliliğini yitirmiştir. Çünkü bu karar, sorgu yargıcının sorsoruşturmanın açılmaması kararı (CYY'nın kaldırılan 197, 203, 204. maddeleri) değil, c.savcısının yönetsel nitelikteki kovuşturmanın kararıdır.

120. Bütün bu nedenlerle CYY'nda yapılan 1985 değişikliğinden sonra MYY'nda geçen terimleri yeni duruma uyarlamak gerekir. Buna göre artık yalnızca "kovuşturmanın kararı" söz konusu olabilir. Zira öğretide ve eski uygulamada belirtilen karar türleri, yalnızca ilksoruşturma ya da sorsoruşturma evresinde söz konusu olabilirler. Hazırlık soruşturmasının sonunda ise varılacak sonuç, ya kamu davasının açılması için iddianame düzenlemek ya da kovuşturmanın kararı vermektir. Üçüncü bir seçenek yoktur. Bu nedenle eski hukuk terimlerini kullanmayı sürdürmek <sup>1</sup> yerinde değildir.

Eylemin suç olmaması, hukuksal (tazmini v.b.) nitelikte olması, salt disiplin suçunu oluşturması, T.C.Yasasının 96-119. maddelerinde yer alan ve kamu davasını sona erdirecek ölüm, af, zamanaşımı, yakınma yokluğu, yakınmanın geri alınması gibi nedenlerin bulunması durumlarında da kovuşturmanın kararı verilecektir <sup>2</sup>.

#### *d) Yasa yollarıyla ilgili kararlar:*

MYY'nın 5. ve 6. maddelerine göre kararlara karşı yasa yolları düzenlenmiştir.

(3) KUNTER, *Muhakeme*, n 426, FOSHINI, II, s 105, 224, 225, MERLE/VITU, n 282, CORDERO, s 64, STEFANI, *Procédure*, n 470, PRADEL, *Procédure pénale*, Paris, 1995, n 370, SOYER, J -Claude, *Droit pénal et procédure pénale*, Paris, 1992, n 427, DALLA, s 416 vd, TAORMOINA, I, s 568 vd, LOZZI, s 81 vd, BELLAVISTA, s 439, DIAS, J de Figuerido, *Direito processual penal*, Coimbra 1974, s 411, LEONE, II, s 147-152, PIQUEREZ, I, n 1851, FRANCHI-MONT, Michel/JACOBS, Ann/MASSET, Adrien, *Manuel de procédure pénale*, Liège, 1989, s 54, NAPPI, s 283 vd, PIGNATELLI, Amos, *Manuale pratico del nuovo processo penale*, Padova, 1981, s 846-848, ROXIN, Claus, *Strafverfahrensrecht*, 24 bası, München, 1995, s 74, 284, PRADEL, *Droit pénal comparé*, n 420

(4) ERDOĞDU, s 97, ÜNLÜ, s 95

(5) Dn 2 D, 17 11 1981, 145/2734, ALVER, s 391, 392

120- (1) ÜNLÜ, s 96 Bu konuda eski terim kargaşası kanımca bugün de sürmektedir GÖKÇE, s 742-753, GÖKÇE, *Memurların Yargılanmasına İlişkin Yasanın uygulanmasında yetki sorunu*, *Yargıtay Dergisi*, 1979, n 2, s 281-284, MUMCU, s 152, 153, 165, ERDOĞDU, s 915-935

(2) D Dava İşleri Kurulunun 16 10 1986 tarihli ilke kararı ve bu karardan sonra verilen kararlar için bakınız ÜNLÜ, s 105-116

*aa) Kabul edilmezlik kararı:*

121. Kamu davasının açılması kararına karşı hakkında dava açılan sanık memurun, kovuşturamama kararına karşı da, memurun üstü ya da yakınının bildirimden (tebligat) itibaren beş gün içinde itiraz hakları vardır. Yasanın 5.maddesinde sözü edilen tutanaktan (mazbata) amaç, bu kararlardır <sup>1</sup>. Eğer bu süre içinde karara itiraz edilmemiş ve süre geçirilmişse, itiraz mercii, itirazın kabul edilmezliğine karar verecek, isteği reddedecektir. Uygulamada farklı terimler kullanılması yerinde değildir.

İtiraz dilekçesi, kararı inceleyecek olan makama verilir.

*bb) Onama ve düzeltme (réformation) kararları:*

122. Üst merci, süresi içinde yapılan itiraz üzerine ya da kendiliğinden önüne gelen kovuşturamama ve kaymakamlarla ilgili kamu davasının açılmasına ilişkin kararları inceledikten sonra, bunları yerinde bulursa onar, yerinde bulmazsa bozarak düzeltir. MYY'ndaki boşluğu dolduran (md.6) C.Y.Yasasının 302.maddesine göre bu merci, bozma üzerine dosyayı yeni bir karar vermesi için karar veren kurula geri göndermez; o konuda kendisi karar vererek işi sonuçlandırır <sup>1</sup>. Bu kararlar kendisidir (CYY, md.303).

Daha önce de sözünü ettiğim gibi itiraz mercileri bölge idare mahkemeleri (4005 sayılı Yasa), Danıştay (2.Daire), Danıştay İdari İşler Kuruludur.

Karar vermeye yer olmadığına ilişkin kararlara karşı itiraz edilemez <sup>2</sup>.

**B- Sonsoyıştırma:**

123. MYY'nın 7, 8 ve 9. maddeleri, hakkında dava açılan memurların nerede yargılanacaklarını göstermiştir. CYY'na göre yer açısından yetkili merci, kural olarak suçun işlendiği yer mahkemesidir. Ancak MYY, kimileyin bu kuraldan ayrılmıştır.

İlçe memurları, suçun işlendiği yerde değil, kararı veren ilçenin asliye ve ağır ceza mahkemelerinde; kaymakam, ilçe yönetiminin üst birimlerinde ve yönetim kurulundaki memurlar, ilçenin bağlı bulunduğu il asliye ve ağır ceza mahkemelerinde yargılanır <sup>1</sup>.

İl merkezinin ulusal iradeyle atanan memurları ile il yönetim kurulunda yer alan ve Danıştayca haklarında kamu davası açılmasına karar verilen memurlar, görevli oldukları yere en yakın il merkezi adalet mahkemelerinde; öbür memurlar haklarında karar veren il yönetim kurulunun bulunduğu mahkemelerde yargılanırlar (md.7). Elçiler ve valiler ise Yargıtayın görevli dairesinde yargılanırlar (md.8,9).

121- (1) ERDOĞDU, s 903

122- (1) KEYMAN, s 200

(2) Dn 2 D , 14 9 1987, 2188/2673, 4 11 1989, 2276/3578 (ÜNLÜ, S 99, 132)

123- (1) 3 C D , 20 4 1974, 3363/3360

Suça katılan üçüncü kişiler ise memurun yargılandığı mahkemede yargılana-  
caktadırlar (md.15).

Yargılama, CYY'nın son soruşturma ve denetim yargılamasındaki hükümlerine  
göre yürütülür. MYV'nın hükümleri de bu noktada artık tükenmektedir.

#### **4. MYV'nın Değerlendirilmesi:**

##### **A- Öğretide:**

###### *1) Genel olarak:*

124. Memurların özel bir yargılamaya tabi kılınıp kılınmayacakları öğretide sür-  
git tartışılmıştır. Türk öğretisi de bu açıdan MYV'nı değerlendirmiştir. Burada dikkat-  
ti çeken husus şudur: Genelde yönetimde bulunanlar Yasayı savunmuş, bilim  
adamları, yargıçlar ona karşı çıkmışlardır. Baskın görüş Yasaya karşıdır.

###### *2) Tartışmalarda dayandırılan gerekçeler:*

125. a) Memurların gelişigüzel yakınmalarla, bildirmelerle "gelişigüzel" yargı  
önüne çıkarılması, devlet memurunun onurunu, yönetimin saygınlığını örseler.  
Sözgelimi, bir valinin yapılan her yakınma nedeniyle bulunduğu yerde c. savcısı-  
nın önüne çıkması, kimileyin de hakkında dava açılması, sonunda aklansa bile, o  
valinin, dolayısıyla devletin/yönetimin saygınlığını örseleyecektir. Geniş yetkileri  
olan bir görevlinin kollukça zorla götürülmesi, duruşma salonlarında maiyetinin ve  
herkesin gözü önünde bekletilmesi cezalandırmanın da ötesinde bir duruma ve  
üstelik zaman yitimine yol açacaktır. Dahiliye Nezaretinin 13.8.1916 (1332) tarihli  
yazısında da bu kaygı açıklanmıştır. 28.3.1945 tarih ve 1/6 sayılı İçtihatları Birleştir-  
me ve Anayasa Mahkemesinin ileride değinilecek kararlarında da devlet memurları-  
nın ayrı yargılanmalarının genel yarar kaygısından kaynaklandığı ileri sürülmüştür<sup>1</sup>.

Bu görüşlere şöyle karşı çıkmıştır: Otorite/saygınlık, yönetimin değil devletin-  
dir. Bu da yasalara uyularak korunur. Yargıç önüne çıkarılmak, kimsenin onurunu  
örselemez. Ama kuşkulu birinin yargının önüne çıkarılmaması devletin/yönetimin  
saygınlığını örseler, ona olan güveni sarsar. Her yurttaşın onuru, devlet memuru-  
nun onuru kadar önemlidir. Devlet memurunun memur olması, onu öbür yurttaş-  
lardan daha çok korumak için bir neden olamaz. Bir hukuk devletinde bir memur-

<sup>1</sup>125- (1) KIRMIZIGÜL, s 185, 186, TANER, s 27-28, ORHUN, s 141, GÖZÜBÜYÜKOĞLU, s 10, BEŞE, s 8, KARADU-  
MAN, Mahmut, Memur Mahkemesi Hukuku, Ankara, 1980, s 14, KULAN, Rubi, Açıklamalı, Uygulamalı, İçtihatlı Me-  
murların Yargılanmaları Usulü, Ankara, 1985, s 5, ÖZENSOY, T Rasim, kamu Görevlilerinin Yargılanması Usulü. An-  
kara, 1990, s 3. ONAR, s 1246, 1247, KNAPP, n 3138, BONNARD, s 172, ZANOİNİ, s 309, ÜRÜN, Hiseyin, Memurun  
Muhakematı Hakkındaki Kanunun gerekliliği ve Anayasa Mahkemesinin bir tımcisinin iptal kararı, Türk İdare Dergisi,  
Haziran 1994, s 188, 193

run onuru ile öbür yurttaşların onurları arasında ayırım yapılamaz. Hiçbir Yasa açık ya da gizli böyle bir amaç taşıyamaz. İsterse imparatorluk döneminde çıksın, MYY da öyledir. Çünkü bu tür bir amaç devleti sarsar. Dahası yargıç önüne çıkmanın hukuk devletinde kişileri lekeleyeceğini öne sürmek kadar yanlış bir kanı olamaz. Tersı durumunda memurun boşanma davasının da yönetim makamlarınca görülmesi gerekir. Kaldı ki, korunması gereken devletin saygınlığıdır, güvenilirliğidir, hukuk düzenidir. Memur hakkında dava açılması gerekirken açılmaz ve memurun kayırıldığı izlenimi uyanırsa, asıl o zaman devletin saygınlığı, inanırlılığı sarsılır. Bu yüzden özel yargılamalar devlet yönetimine karşı suçlarla savaşımı zorlaştırmış, cezaların caydırıcılığına gölge düşürmüştür. Hak arama özgürlüğünü de ortadan kaldırmıştır<sup>2</sup>. Eğer yargı önüne çıkarılmak memurun onurunu örselerse, yönetsel soruşturma da aynı derecede, hatta örtüleceği kaygısıyla onu daha da örseler. Devlet gibi, memurun onuru da, yasalara uyulmakla korunur; onu kayırarak değil. Bir kez soruşturma başlamışsa, bundan onur sarsılıyorsa ve zaman yitiriliyorsa, bu sakıncalar, bu soruşturmayı ister yargısal, ister yönetsel makamlar yapsın, her iki soruşturmada da her zaman vardır. Suçsuz bir memur esasen sonuçtan emindir, kaygı duymaz. Böyle bir koruma ancak suçluların gerekçesi olabilir. Kaldı ki, memurların kişisel suçlarından dolayı özel yargılamaya tabi kılınmalarını isteyen hemen hiç kimse yoktur. O zaman sormak gerekir. Bu suçlar memurun, dolayısıyla böyle bir memuru memurlukta tutan devletin saygınlığını hiç örselemiyor mu? Kuşkusuz MYY, memuru değil, devlet yönetimini korumak kaygısıyla çıkarılmıştır. Ama, son çözümlenmede devletten çok memur korunmuştur. Oysa asıl olan devlet ve yasaların saygınlığını korumaktır. Hem sonra niye “gelişigüzel” deniyor<sup>3</sup>? Öbür yurttaşlar adaletin önüne gelişigüzel mi çıkarılıyor ki? Bu, adalete, saygısızlığın da ötesinde açık bir saldırıdır. Üstelik deneyimler, zaman yitiminin yönetsel soruşturmada daha

(2) Anayasa Mahkemesine MYY'nın bütünüyle iptali için başvuran Dursunbey Asliye Ceza Mahkemesinin gerekçesinde şu nedenceye ve örneğe de yer verilmiştir “Ayrıca genelde muhakkikler, sanığın mesai arkadaşları olup korumacılık (kayırmacılık, kollamacılık anlamında) dışınceleriyle müştekinin hakkının kaybolmasına sebep olmaktadır Nitekim, daha önce Anayasa Mahkemesine Mahkememizce vaki miracaata konu dosyada Adli Tıp Kurumu Başkanlığı Trafik İhtisas Dairesince (ki alanında otoritedir) belediye görevlilerine 5/8 oranında (ki yarıdan çoktu) kusur izafe edilmesine rağmen, kanunlardaki vasıfları taşımayan muhakkik, belediye görevlilerinin böyle bir kusuru bulunmadığını bildirerek, olayın bir kısım kusurunu taşıyan sanıkların adalet karşısına çıkmasına engel olmuştur” Ayrıca içindeki ekleri benim yazdığım bu gerekçe, temiz toplum isteyen bir halk adına adalet dağıtan bir mahkemenin çığıdır Bu çığılık, belki Anayasa Mahkemesine başvurunun gerekçesi olmayabilir Ama MYY'nın ne denli sakıncalı olduğunu göstermeye yeterlidir, sanırım Ayrıca yerel Mahkeme, gerekçesinde anılan Yasanın yurttaşların adliyede hak arama özgünlüklerini (An md 36) de engellediğini belirtmektedir (An Mah , 17 2 1992, 26/11, R G , 23 11 1992, s 22)

(3) KEYMAN, s 178, ÖZTÜRK, Bahri, Memurların Özel Muhakeme Usulü, Ceza Hukuk ve Kriminoloji Dergisi, İstanbul, 1978, sayı 1, s 62. MUMCU, s 181, KUNTER, Muhakeme , n 82, EREM, Diyalektik Açısından Ceza Yargılaması Hukuku, Ankara, 1986, s 659, ÖZEK, s 37, 77, 81, 82, KELEŞ, Mehribül, Memurun Muhakematı Hakkındaki Kanun kaldırılmalıdır, İzmir Baro Dergisi, Ocak 1966, s 65, GÜLTEKİN, Mehmet, Memurların Yargılanması Kanununun Anayasa Aykırılığı ve gereğinin kalmadığı sorunu, Adalet Dergisi, 1964, s 1033, 1034, 1036, 1104, YÜCE, T Tufan, Memurun Muhakematı Kanununun Anayasaya aykırılığı ve Anayasa Mahkemesinin bu konudaki kararı üzerine, Ankara Barosu Dergisi, 1968, sayı 5, s 876, 877, 878

çok olduğunu kanıtlamıştır. İşi salt soruşturma yapmak olan c.savcısı (ve sorgu yargıcı), her zaman görevinin başındadır. Oysa soruşturmacılar/kurullar, bu işi ikinci plana atmışlar, çoğu kez toplanamamışlar, toplandıklarında da asıl işleri aksamıştır. Bir devletin saygınlığı işte bu tür tutumlarla örselenir.

126. b) Olur olmaz adaletin önüne çıkmak memuru görevini yaparken kararsız, duraksamalı, korkak kılacaktır; sorumluluktan kaçmasına yol açacaktır. Korunmadığına inanan bir görevli, iş yaparken korkacak, çekinecek, dahası zamanının bir bölümünü mahkemelerde geçirecektir. Oysa yönetsel kadrolarda çalışanlar, iş yapabilmek için özendirici ortamlara gerek duyarlar. Yaptıkları çalışmalar nedeniyle sık sık yargı organı önüne çıkarılan insanlar iş yapmaktan kaçınırlar. Bu da kamunun zararına sonuçlar doğurur. İş yapan insanların düşmanı çok olur. Özellikle çıkarları örselenen kötü niyetli kişilerce sık sık suçlanırlar. Onları kamu yararı için korumak ve böylece özendirmek, iftiralarından uzak tutmak gerekir. Memur kaygılarından uzak yaşamalı ve çalışmalıdır. Memurlar için yönetsel önsoruşturma, memurları ayrıcalık bir sınıf yapmak için değil, yönetimin saygınlığı ve kamu yararı içindir. Hizmetin aksamaması gerekir. Çünkü devletin sürekliliği asıldır. Yasa memur için güvencedir. O nedenle düzeltilmeli, ama kaldırılmamalıdır<sup>1</sup>.

Buna karşı denmiştir ki, yakınmalar işten kaçma bahanesiyse, yönetsel soruşturma da aynı etkiyi yapacaktır. Yakınma yersizse korkacak bir durum yoktur. Deneyimli bir görevli bu tür yakınmalarla sarsılmaz. Yakınma haklı ise, hukukun gerekleri yapılır. “İltimas” ya da “iltizam”la devletin saygınlığı korunamaz. Memuru yerli yersiz iftiralarından korumak, ona özendirici bir çalışma ortamı sağlamak kaygısı yersizdir. Her yurttaş iftiradan korunmalıdır. Bu konuda ceza ve yargılama yasalarında yeterince hükümler vardır. Memur yargılaması uygulamada çoğu kez, memuru iftiradan koruma kaygısını en uç noktaya iterek, yurttaşlara işkence ve kötü davranışlarda bulunanların, haksız çıkarlar sağlayanların sığındıkları bir dokunulmazlık zırhı olmuştur. Bundan da toplum zarar görmüştür. Dahası, yargının görevi, memurlar dahil, herkesi iftiralara karşı korumaktır. Memurlara güvencede direniliyorsa ilk soruşturma diriltilmeli ve bir yargıca verilmelidir. Bunu bile başaramayan bir ülkede böyle bir soruşturmayı memurlara tanımak güvence değil, düpedüz ayrıcalıktır. Yasa önünde eşitlik ve kimseye ayrıcalık tanınmama ilkesine aykırılıktır (Anayasa, md.10).

126- (1) ORHUN, s 141, PINAR, s 3,4, KIRMIZIGÜL, s 185, 186, 205, 206, ERDOĞDU, s 869, 870, ÖZEK, s 34, ONAR, s 1247, ARAL, Kemal, Memurların vazifelerinden doğan suçlarından dolayı kovuşturma ve yargılanmaları, *İdare Dergisi*, 1948, sayı 194, s 106, ERTUĞ, H Refik, Memurin Mubakemat Kanunu kaldırılabilir mi? *Siyasi İlimler mecmuası*, 1951, n 241, s 12, KAYRA, Macit, Memurlar ayrı bir mubakeme usulüne tabi olmalı mıdır? *Siyasi Bilimler Mecmuası*, 1950, sayı 232, s 139, LİVANELİOĞLU, Ö Asım, Ceza Usul Hukukunda Memur Yargılamaları, *Ankara Baro Dergisi*, 1995, sayı 1, s 43, 44, 51, BEŞE, s 8; TAŞBAŞ, Fevzi, Memurin Mubakematı Hakkında Kanun ve tatbikati, *İdare Dergisi*, 1946, sayı 183, s 62

Gerçekten, MYY uygulaması eşitsizlik yaratmış, çıkmasından kısa bir süre sonra, bu Yasanın adalet önünde eşitsizliklere yol açtığı ileri sürülmüştür. Uygulamanın ayrıcalıklı bir sınıf yarattığı gerçeği göz ardı edilemez. Hélie'nin yüzyılı aşkın bir zaman öncesi söylediği gibi, adalette, eylem ve kişi ayrıcalığı tanınmaz. Suçlu-yu; yansız ve bağımsız bir adalet yerine, suçu işlediği çevreye teslim etmek kabul edilir bir durum değildir. Üstelik soruşturmacıların, hiyerarşi içinde, siyasal etkilere ve amirlerinin baskılarına maruz kaldıkları, yüksek dereceli memurların kendilerini arkadaşlık ilişkileriyle kolayca kurtardıkları sık sık rastlanan yıkıcı olgulardır. Oysa bağımsız bir yargı organı, memur için daha güvencelidir. Temiz toplum düşü için-deki bir ülkede c.savcılarının ayakbağı olan MYY savunulamaz <sup>2</sup>.

127. c) Memurun eyleminin suç olup olmadığının belirlenmesi, çoğu kez uzmanlık ister. Bunları da, sayısız yasa, tüzük, yönetmelik, genelgeye göre en iyi bilenler yine yönetimde görev alanlardır. Onlar görevin özelliklerine göre teknik ayrıntıları ve memur psikolojisini, bir memurun görevini yaparken bunları gözetip gözetmediğini, görev sınırlarını aşıp aşmadığını daha iyi bilirler. Bu nedenle yargı önüne çıkarılmadan önce bu konuda yönetimin, bir önsoruşturma süzgecinden, Anayasa Mahkemesinin deyişiyle “eşitlerden oluşan süzgeç”ten geçmesi yerinde ve doğaldır ve memur için güvencedir <sup>1</sup>.

Bu görüş, devlet memurunu yurttaşla üstün gören polis devleti döneminin bir kalıntısıdır. İmparatorluk döneminin bir Yasası, cumhuriyet ve demokrasi dönemine uyarlanamaz. Yargılanan suçtur. Bunu ve yargılamayı da en iyi bilen hukukçular, yargıçlar, adliyecilerdir. Yönetim bu konuda her zaman yetersiz kalmış, yanlışlıklar yapmıştır. İş de sürüncemede kalmıştır. Dahası, adli yargı, aydınlanmak için gerektiğinde bilirkişiye başvurabilecek durumdadır. Eğer uzmanlıkta direnilirse, aynı şey her yurttaş yargılarken de ortaya çıkacaktır. O zaman, her yurttaş için bir uzman yargıç aramak gerekir. O yüzden bu düşsel bir gerektir. Kaldı ki, uygulama; c.savcısının soruşturmayı daha ekonomik, hızlı ve sağlıklı yürüttüğünü göstermiştir. Buna karşılık yönetsel soruşturma, soruşturmacıların, öbür memurların ve kuşkulunun işini aksatmış, sürüncemede kalan soruşturmalar sağlıklı olmuştur. Zaman kaybına yol açmıştır. Adliyenin önüne gelen olaylar bunu kanıtlamaktadır. Suç işlemekten kuşkulanan bir insan ve memur hakkında dava açılıp açılmayacağını en iyi bilebilecek olanlar, savcılardır, yargıç-

(2) HELIE, n 871, MUMCU, 181, ÖZEK, s 83, ÖZTÜRK, 62, KUNTER, *Muhakeme*, n 82, EREM, *Diyalektik*, s 659, KELEŞ, s 65, ÇETİN, s 24, YÜCE, s 877

127-(1) *Anayasa Mahkemesi*, 14 11 1967, 14/36, 22 12 1970, 34/47, 9 2 1993, 44/7, C G K, 19 10 1992, 280/283, TANER, s 27, 28, ORHUN, s 141, KIRMIZIGÜL, s 186, PINAR, S 3, 4, TİMUR, Turgut, *Memurların Yargılanmaları Usulü*, Ankara, 1971, s 16 vd., KAYRA, s 138, BEŞE, s 8, HOCAOĞLU, Şeref/KEPEKÇİ, İhsan, *Memurun Muhakematı Hakkında Kanun*, Ankara, 1962, s 1, KARADUMAN, s 14, KULAN, s 6, ÜRÜN, s 188

lardır. Nitekim, memurlar için ayrı bir düzenlemeyi savunanlar da, yönetimin bu soruşturmayı beceremediğini benimsedikleri için, soruşturmacıların hukukçular arasından seçilmelerini ve dava açmaya yetkili kurullarda hukukçuların bulundurulmasını istemektedirler. Dahası, uygulamanın içinden gelenler, kurulların doğru dürüst toplantı yapıp konuları tartışmadıklarını, çok kez kararı imza etmekle yetindiklerini, eylemi, suçu ve niçin dava açıldığını bile bilmediklerini belirtmektedirler <sup>2</sup>. Nitekim,, Kunter'in de belirttiği gibi, bu nedenlerle üniversitelerde bir suç işlendiği zaman, suçun işlendiği fakültenin öğretim üyeleri değil, hukuk fakültelerinin öğretim üyeleri soruşturmacı olarak görevli kılınmaktadırlar. Bundan başka, suça memur olmayanlar katıldığı zaman, aynı suçlar için değişik yargılamalar yapılmakta, bunların saptanması ve birleştirilmeleri sorun olmakta, yargılamayı geciktirmektedir. Buna bir de Yargıtay aşamasında bu gerekçelerle bozmalar yahut da görev uyuşmazlığı nedeniyle Yargıtay Ceza Genel Kuruluna başvurular eklenmekte, davalar kimileyin bu yüzden zamanaşımına uğramakta, bundan dolayı adalete saygı azalmaktadır. Bundan başka, yasa yoluna başvurulmadan kesinleşen bir karar, davanın yanlış açılması, yani c.savcısı yerine yönetim kurulunun ya da tersinin dava açması durumlarında hükümlülük kararı yazılı emirle bozulmakta, yazılı emirle bozmadan sonra duruşma yapılamayacağından, suçlular kurtulmaktadır (örneğin, Y.4.C.D., 29.4.1993, 2345/3553). Böylece, kurnaz hukukçuların elinde MYY, bir Achilleus topuğu olup çıkmıştır. Bu başlı başına bir skandaldır. Rahmetli Onar, bu nedenle, onca deneyiminden sonra, MYY'na göre soruşturma yapanlardan kimilerinin "hukuki şuur ve melekeden mahrum olduklarını, üstlerinin tesirleri altında kaldıklarını" yazmak ve ağır bir dille bu tür skandallara parmak basmak gereğini duymuştur. Dahası, zimmet, rüşvet, yiyicilik gibi hem uzmanlık isteyen, hem de cezası çok daha ağır olan suçlar konusunda, KİT'lerde trilyonlarca lirayı bir çırpıda harcayan görevliler hakkında c.savcısına güvenen bir sistemin hiç bir özelliği olmayan muhtarın, çiftçi mallarını koruma bekçisinin görevini savsamasında c.savcısına güvenmeyişiini açıklamak zordur. Bu olsa olsa bir kara güldürüdür <sup>3</sup>.

(2) Dursunbey, Asliye Ceza Mahkemesinin yukarıda andığımız başvurusunda bu husus ağır bir biçimle yansıtılmıştır "Bu kanun (MYY) hükümleri çerçevesinde sanık hakkında hazırlık tabkikatı yapacak kimsede, herhangi bir hukuk nosyonu bulunup bulunmadığı, M M H K 'nın 2 maddesinde belirtilen ve tabkikat hususunu belirleyen, C M U K 'nın ve özel yargılama usullerine vakıf olup olmadığı, suçun kanuni unsurlarını tabkik edecek kadar maddi ceza hukukundan anlayıp anlamadığı aranmamakta, bazan bayatında mahkeme yüzü görmemiş, bir satır kanun ya da hukuk kitabı okumamış muhakkiklerce, herhangi bir yargılama usulüne uyulmadan suçun kanuni unsurlarından habersizce, tamamen afaki ve rasgele tabkikat yapıp tebliğde bulunmaktadır" (R G , 23 11 1992, s 21)

(3) ÖZEK, s 34, 82, 83, YÜCE, s 876, KIRMIZIGÜL, s 206, MUMCU, s 177, 178, 181, YAYLA, s 272, AKALIN, Muzaffer, Memurin Muhakematı ve İdari teminat meselesi, İdare Dergisi, 1950, sayı 205, s 34-37, KAYRA, s 140, KUNTER, Muhakeme , n 82, ÇETİN, Memurların , s 21, 22, 23, 27, GÜLTEKİN, s 1036, 1037



128. d) Erklar ayrılığı gereğince yönetsel ve yargısal makamlar birbirlerinin etkisi altında kalmamalı ve yargı yönetime karışmamalıdır. Bu husus Yasanın gerekçesinde de yansıtılmıştır <sup>1</sup>.

Bu görüş de yerinde değildir. Aslında erkler ayrılığı ilkesine aykırı olan memurların özel olarak yargılanmalarıdır. Yargının temel işlevi, suçluları kovuşturmak ve yargılayıp cezalandırmaktır. Memurun eylemi suç ise, "yönetim" bahanesiyle onu yargının önüne çıkmaktan kaçırmak yanlıştır.çünkü yönetim bu soruşturmayı kendisi yaparak aslında yargının içine karışmakta, onun bağımsızlığını rselemektedir. Görev suçu işlemiş memur hakkında yargının soruşturma yetkisini yönetimin bağımsızlığına aykırı sayan ilkel anlayışın sınırı yoktur. Yasamanın ve yönetimin yargı tarafından denetlendiği bir düzende yönetim/yargı çekişmesine yol açan bu sistem dışlanmalıdır. Zaten olsa olsa yargının yönetim karşısında bağımsızlığından söz edilebilir; yönetimin yargı karşısında bağımsızlığından değil. Yönetimin yargı tarafından denetlenmesi kuraldır. Buna istisna getirerek özgül bir yargılamayı savunmak, hukuk devleti içinde devlet yaratmaktır. Demokratik bir devlette asıl olan yargı birliğidir. Zorunluluk olmadıkça ondan ayrılınmamalıdır. Tartışılan Yasa için bu zorunluluğun olmadığı, 1609 ve 3628 sayılı Yasalarla resmen ikrar edilmiştir. Özel yargılama yöntemi bir yandan hukuk devleti ve yargılama birliği ilkelerini, öte yandan dava açmada C.Y.Yasasının benimsediği zorunluluk (yasallık) kuralını iğnemektedir. Çünkü MYY, bir bakıma dava açmada yerindelik/uygunluk sistemini benimsemiş, üstelik bunu yönetimin takdirine bırakmıştır. Bu ise, izin sistemini aşan bir durumdur ve büsbütün yanlıştır. Çünkü, kamu davası açılıp açılmaması salt hukuksal ve yargısal bir işlemdir. Bu yönetime bırakılırsa ve yargı denetiminden kaçırılırsa, o işleme yönetsel ve siyasal sızmalar olasıdır<sup>2</sup>.

129- e) Yargıçlar için özel yargılamalar, ayrıcalıklar getiren sistemlerin, öbür memurlar için aynı şeyi getirmemesi, eşitliğe ve adalete aykırı düşer. Kaldı ki, memurlar görev yaparken sorumluluklar üstlenirler. Bu hizmetin gereğidir. Sorumluluk üstlenen bir memurla böyle bir sorumluluk üstlenmeyen sıradan birini eşit tutmak eşitsizlik yaratır. İkiisi arasında bir ayırım yapmak gerekir. O nedenle memurlar için özel bir yargılama getirmek, aslında bu eşitsizliği gidermekte, eşitliği sağlamaktadır. Memurların işlediği suçların cezası, sıradan kimselerin işlediği suçlara oranla daha ağır olduğuna göre, kovuşturulmaları da özel yönteme tabi olmalıdır; bu doğaldır <sup>1</sup>.

128- (1) OKAN, H Huisn, *Memurin Muhakematı Hakkında Muvakkat Kanununun Anayasa karşısındaki durumu*, *Adalet Dergisi* 1978, sayı 5-6, s 500, ORHUN, s 141, KIRMIZIGÜL, s 185, TAşBAş, s 62, İFTI, Osman, *İtibatlı - rneklı Soruşturma Yöntemleriyle Birlikte Memur Suçları*, Ankara 1990, s 147, 148, ÜRÜN, s 190

(2) MUMCU, s 181, KEYMAN, s 182, YAYLA, s 272, KUNTER, *Muhakeme*, n 82, EREM, *Diyalektik*, s 659, ÖZEK, s 81, GÜLTEKİN, s 1038, 1039, YÜCE, s 877, 878

129- (1) KIRMIZIGÜL, s 186, ERDOğDU, s 870, ERTUğ, s 62

Bu görüşlerin çıkış noktası temelden çürüktür. Zira yargıçlar için özel yasa çıkarılması, onlara ayrıcalık kazandırmak için değil, yargı bağımsızlığının, yargıç güvencesinin belirlediği kaçınılmaz bir sonuçtur; hukuk devletinin gereğidir. Çağcıl devletlerin hemen hepsinde vardır. Oysa, soruşturmacıların yargıç olmamaları, memurları güvenceden yoksun kılmış ve MYY'ndaki soruşturmayı gölgelemiştir. Esasen yasamacılar için öngörülen politik güvence ile yargı bağımsızlığına ilişkin güvencelerin amaçları ve gerekçeleri ayrıdır. O nedenle yönetsel güvenceyle aynı kurallara ve aynı sonuçlara tabi kılınmaları düşünülemez<sup>2</sup>.

130. f) MYY'nın 84 yıldan bu yana yürürlükte kalması, Anayasa Mahkemesinin birkaç kez süzgecinden geçmesi, bir gereksinmeyi karşıladığının, yurt gerçeklerine denk düştüğünün en iyi kanıtıdır. Nitekim üniversite mensupları için bu sistemden bir ara vazgeçilmiş, ama sakıncaları görülünce 2547 sayılı Yasa 2653 sayılı Yasayla değiştirilerek MYY'nın benimsediği sisteme dönülmüştür. Belki MYY'nın uygulanmasında kimi aksaklıklar vardır. Ancak, bunlar Yasanın düzeltilmesinin gerekçesi olabilirler, kaldırılmasının değil. Nitekim, Osmanlı'nın kalıntılarını silmek için yola çıkan Atatürk bile bu Yasayı kaldırmamıştır. Yasanın varlık nedenleri bugün de sürmektedir<sup>1</sup>.

Daha çok yöneticilerin savundukları bu görüşler, tarihsel gelişimi iyi değerlendirmemektedir. MYY'nı çıkaran iktidar, Meşrutiyet iktidarındır; demokratik değildir. Denetimden uzak bir yönetimin isteklerini gerçekleştirmek için çıkarılan bir Yasanın yönetime yargı yetkileri tanınması o dönemde anlaşılabilir bir durumdur. Ama Anayasasında demokratik hukuk devletini vurgulayan bir rejime bu Yasa yakışmamaktadır. Yasada geçen "irade-i seniye", "liva" gibi yollamalar, bugünün yazılı hukukuna uymamaktadır. Yasa, yargının yeterince yerleşmediği bir dönemde bir gereksinmeye yanıt vermiş olsa da, bugün gereksizleşmiştir. Özü gibi dili de bugünkü hukukçuların bile çözemeyeceği kadar eskidir. İlçe ve il yönetim kurullarında bulunanlar, hukuk kültüründen yoksun oldukları, bir eylemin ne zaman suç olduğunu bilmedikleri için çok yanlış kararlar vermekte, kimileyin suç olan eylemler hakkında kovuşturmasızlık, suç olmayan eylemler hakkında dava açmaktadırlar. Bunlar yaşanan deneyimlerdir. Yasa yolları da bu konuda yeterli olamamaktadır<sup>2</sup>.

(2) HELİE, n 875, 876, KEYMAN, s 180, KUNTER, *Muhakeme*, n 82

130- (1) ERDOĞDU, s 869; KIRMIZIGÜL, s 186, 187, PINAR, s 3; ÜRÜN, s 187, *Anayasa Mahkemesinin bir kararında şöyle denmektedir* "Yasa, kamu yönetiminin gereksinmelerini karşılamış ve memurların yargılanmasında, kamu yönetimi ile yargı mercileri arasındaki bağlantıyı sağlamıştır" (17 2 1992, 26/11, R G, 23 11 1992, s 28) Bu değerlendirmeyi çok soyut ve genel buluyorum

(2) Tipik bir örnek vermek gerekirse, 15-16 yıl yönetim kurulu üyeliği yapan bir sayın yazar, MYY'nın gerekliliğini savunan yazısında ilk soruşturma ile hazırlık soruşturması arasındaki ayrımı gözetmeden, ilk soruşturmanın "takipsizlik, iddianame ve bilirkişi yorumu ile sonuçlanacağını" belirtmektedir (ÜRÜN, s 190, 192) Memurlar hakkında dava açan bir yönetim biriminde görevli ve iddialı bir kimse açısından yargılamanın en basit temel kavramlarını bilmemek bağışlanmaz bir yanlıgı ve bilgi eksikliğidir Sayın yazarın ayrıca erkler ayrılığı v b kavramları da yeterince incelemeden bu yazıyı kaleme aldığı anlaşılmaktadır Analitik inceleme yapmadan kategorik hükümlerde bulunmak, Sokrates eğitiminden geçmemiş doğulu toplumların tipik özelliğidir Anılan yazı da bu özelliğin örneklerinden biridir

MYY'nın bugün yeterli olmadığı ve Anayasayla çatıştığı, birçok kez Anayasa Mahkemesinin önüne gitmesinden, onu gittikçe yumuşatan hükümlerden de bellidir. Üstelik memurun tanımı, MYY'nın kimlere uygulanacağı konusunda öğreti ve uygulamadaki tartışmalar, uyuşmazlıklar bugün de sürmekte, çelişik kararlara sık sık rastlanmakta, yargıya güven sarsılmaktadır. Yasanın 16. maddesi ve 6. maddesinin bir tümcesi Anayasa Mahkemesince iptal edilmiş, 17. madde hükümsüz kalmış, Yasa budanmıştır. Yönetim kurulları 1985 değişikliğine bile uyum gösterememişlerdir. Uygulamacılar sık sık duraksamışlar, bakanlıklardan görüş istemişlerdir. Yasanın memur için güvence olma amacının gerçekleşmediği açıktır. O nedenle kalan son aşama da aşılmalı, bu Yasa kaldırılmalıdır.

MYY, 84 yıllık uygulama testinde başarılı olamamıştır.

Unutulmamalıdır ki, memurların özel yargılanması sistemleri çağcıl devletlerin hemen hepsinde dışlanmıştır. İzin sistemi bile yumuşatılmıştır. 1835, yani bundan 162 yıl önce Milletvekili Sauzet ve arkadaşları Fransa'da izin sistemini çağ gerisi diye nitelendirerek değiştirilmesini önermişlerdir. Prof. Hélie yüzyıl önce bunun yararsız ve dava açmada yasallık ilkesine aykırı olduğunu öne sürmüştür<sup>3</sup>. En sonunda da Fransa'da bu sistem 1870'te kaldırılmıştır. MYY'ndan Türkiye'de ilk ciddi sapma örneği 1930 tarihli ve 1609 sayılı Yasadır. Bu Yasayla en ağır ve kamuoyunun en duyarlı olduğu önemli memur suçları, MYY'nın kapsamından çıkarılmış ve daha yumuşak olan izin sistemine gidilmiştir. Hazırlık soruşturması c.savcılarına verilmiştir. Böylece yasa koyucu, devletin saygınlığını ve memurun onurunu koruma kaygısının yersiz olduğunu resmen benimsemiş, bu iddiaları bizzat kendisi çürütmüştür. Gerçi, aynı dönemlerde 1580 sayılı Yasanın 102.maddesiyle MYY'nın uygulama kapsamını genişletme eğilimi görülmüştür. Ama bu sürekli ve ısrarlı olmamış, 1929'da çıkarılan C.Y.Yasasının 154, 1932'de çıkarılan İcra ve İflas Yasasının 357.maddeleri, KİT'lerle ilgili düzenlemeler, 1953'te Basın Yasasına eklenen bir maddeyle MYY'nın kapsamını daraltma eğilimi sürmüştür. 1609 sayılı Yasayı kaldıran 1990-3628 sayılı Yasanın 17.maddesi de aynı doğrultudadır. Bu Yasayla izin sisteminden bile vazgeçilmiş; c.savcısına yalnızca ilgili mercie durumu bildirme görevi verilmiştir (md.19)<sup>4</sup>. Memurların da herkes gibi yargılanmaları dilekleri sık sık gündeme gelmişse de, bu konudaki girişimler yöneticilerce engellenmiş ve bu arada 1953 yılında hazırlanan bir tasarı yasalaşamamıştır. Adalet Bakanlığında zaman zaman bu tür çalışmalar dirilmektedir.

(3) HELIE, n 871, 872

(4) DÜNDAR, Nihat, 3628 sayılı Mal Bildiriminde Bulunulması, Rüşvet ve Yolsuzluklarla Mücadele Kanununun kapsamına giren suçlar ve soruşturulması, *Türk İdare Dergisi*, Haziran 1992, sayı 395, s 203 Devletin saygınlığını örseleyen suçların % 95'inin bu Yasa kapsamına girdiği belirtilmiştir (ÜRÜN, s 191) Demek, % 5'lik bir payı yönetim ille de kendi yetkisinde tutmak istiyor Bu, açıklanması güç bir psikolojidir

131. 1961 Anayasasına oranla bir geriye gidişin, otoriter devletin simgesi olan 1982 Anayasasının 129/son.maddesi, memurların kovuşturulmasını “izin sistemi”ne bağlamış ve bunu anayasal düzeyde bir ilkeye büründürmüş ise de, bu sistemin kovuşturmayı yönetime bırakan MYY’nın sistemine göre daha yumuşak olduğu bir gerçektir. Ancak sorunu çözmeyi güçleştirdiği için de bir talihsizliktir. Bu sistem Belçika’da 1831’de, Bolivya’da 1861’de, Fransa’da 1870’te kaldırılmıştır. İtalya’da uzun savaşlarla kaldırılan izin sistemi yalnızca vali, belediye başkanı gibi az sayıda kişilerle ilgili idi ve üstelik bir yasa hükmüydü. Oysa bizde bütün memurları kapsayacak biçimde ve üstelik bir Anayasa hükmüdür. Ancak yönetsel soruşturmayı savunmak, sonra da bu soruşturmaya oranla daha yumuşak bir sistemi öngörmek <sup>1</sup> ağır bir çelişkidir. Esasen dünyada ve bizde 1872 Nizamnamesiyle ilk ve sonsoruşturmayı yönetime veren ve bugün yığın yığın istisnasıyla yönetime yalnızca hazırlık soruşturmasını bırakan tarihsel gelişme de, bu Yasanın kaldırılma zamanının geldiğini göstermektedir. Öte yandan Atatürk’ün bu Yasaya ilişmemesi Yasadan yana olduğunun değil, belki de fırsat bulamadığının kanıtıdır <sup>2</sup>.

Öğretideki tartışmalarda dikkati çeken husus, yukarıda da değinildiği gibi, şudur: Yönetimde bulunanların dayanakları, yönetimin nasıl daha rahat çalışacağı kaygısında yoğunlaşmakta; hukuk bilimi ve uygulamayı uğraş edinenler ise konuyu hukuka uygun devlet ve yönetim noktasında odaklaştırmaktadırlar. Bu beriki görüşler ne denli hukuksal iseler, ötekiler de, bir yazarın vurguladığı gibi, o denli “hukuki görüş” olmaktan uzaktırlar <sup>3</sup>.

Kaldı ki, yöneticiler de MYY’dan yakınmakta, onun “uygulamada aksayan, idareyi ve idarecileri gereksiz yere meşgul eden bazı hususlar”ından söz etmekte ve yarattığı “kırtasiyecilik”ten, yönetime getirdiği “yük”ten, hakkı olmayan kişilere sağladığı “güvence”den yakınmakta, kimi önerilerde bulunmaktadır: İlk memur kavramı açıkça belirlenmeli, 657 sayılı Devlet Memurları Yasasındaki tanım temel alınmalı, T.C. Yasasının 279. maddesindeki tanımdan vazgeçilmelidir. C.Yargılama Yasasına göre özel ve istisnai olan MYY’nın kapsamı daraltılmalı, özel yasalarla bu kapsam genişletilerek istisnai durumların kurallaştırılmasına son verilmelidir. Yasa, yalnızca görevle nedensellik bağı bulunan eylemlerde, yani görevden doğan suçlarda uygulanmalı, görev sırasında işlenen suçlara ve işçiler, köy ve mahalle muhtarları gibi Yasanın çıkış amacına ters düşen kişilere uygulanmamalı, bunlar, memur ta-

131- (1) LİVANELİOĞLU, s 43, 44, 51, 52

(2) İSLAMCIOĞLU, M Yahya, *Memurların yargı usulü, Cumhuriyet*, 11 7 1968, PNAR, s 3, KIRMIZIGÜL, s 203-205, TOSUN, *Yargıtay Dergisi* 1984, sayı 1-2, 5, 23, 24, 27, 28; *Türk Suç Muhakemesi Hukuku Dersleri*, İstanbul, 1984, I, s 531, KEYMAN, s 181, 182, YURTCAN, *Ceza Muhakemeleri Usulü Kanun Şerhi*, İstanbul, IV, s 267, ÖZER, s 78-81, TANILLI, *Server, Devlet ve Demokrasi, Anayasa Hukukuna Giriş*, İstanbul, 1981, s 443

(3) YÜCE, s 875 (4) BAŞKÖY, s 214-216

nımından dışlanmalıdır. Özetle saydamlaştırılmalı; alanı, hem öznel (kişi) ve hem de istisnai ve özel olmaklık korunarak, nesnel açıdan daraltılmalıdır <sup>1</sup>.

### **B- Yargıda:**

#### *1) Genel olarak:*

##### *a) Anayasa Mahkemesine göre MYY:*

132. Bu konuda özellikle Anayasa Mahkemesi ile Yargıtayın MYY'na bakış açısı üzerinde biraz daha genişçe durmak gerekir.

Anayasa Mahkemesine göre; MYY'nın getirdiği kovuşturma yöntemi, kamu görevlilerine görev ve sorumlulukları nedeniyle bir tür güvence sağlamaktadır. Yasa kamu hizmetinin iyi işlemesi için düşünülmüş ve getirilmiştir. Kamu görevlileri, gördükleri hizmet nedeniyle sık sık baskı altında tutulabileceği gibi suçlama ve karalamalara da uğrayabilirler. Kendisine görevle ilgili bir suç atılan memurun doğrudan adli yargıya sevk edilmesi, memurları tedirgin ederek hizmeti aksatacağı gibi hizmetin yürüyüşü üzerinde de kimi haksız kuşuklara yol açabilir. Bu tür savların, önce kamu hizmeti ile kamu görevinin gereklerini, yükümlülüklerini ve memurluk psikolojisini bilen kimselerin süzgecinden geçirilmesi ve ortada kovuşturmaya değer bir eylem görüldüğünde o zaman yargı yerlerine götürülmesi kamu yararına bir önlem olarak görülmektedir. Yasayla getirilen düzenleme, bu amaçları sağlamaya yöneliktir <sup>1</sup>.

Yüce Mahkemenin yukarıda sergilenen ve sürgit yinelediği görüşte, MYY'nın çıkarılış gerekçesini saptadığı bir gerçektir. Buna göre, Yasa, savunanların görüşleri doğrultusunda, hizmetin aksamaması, görevlilerin ve yönetimin saygınlığının korunması, uzmanlarca kovuşturma yapılması için çıkarılmıştır. Bir yargı kararında, bir Yasanın olumlu/olumsuz olarak değerlendirilmesi, elbette düşünülemez. Böyle bir değerlendirme kuşkusuz bir yetki aşımı olurdu. Çünkü yargı kararı, olması gereken hukuka göre değerlendirme yapan bir bilimsel inceleme değildir <sup>2</sup>. Anayasa Mahkemesinin bu gerekçesi, ileride görüleceği üzere, Anayasaya aykırılık itirazlarında da kullanılmıştır. Ancak, ben, bu görüşün Yasanın salt çıkış nedenini saptayan bir gerekçe olarak değerlendirilmesi gerektiğine inanıyor ve Yasaya onay ve destek veren bir görüş olarak değerlendirmiyorum.

##### *b) Yargıtaya göre MYY:*

133. Yargıtayımız da, hemen hemen aynı cümlelerle aynı saptamayı yapmıştır<sup>1</sup>.

(4) BAŞKÖY, s. 875

132- (1) 14 11 1967, 14/36, 22 12 1970, 34/47, 9 2 1993, 44/7

2) SELÇUK, Sami, *yargılamada nesnellik bağlamında yazılı hukuk ve yargıç ilişkisi*, Yargıtay Dergisi, 1996, sayı 3, s. 213-219

133- (1) C G K, 19 10 1992, 260/283 Ayrıca bir başka kararda "MYY'nın amacı, gereksiz yere dava açılmasını önlemek, kamu hizmetinin aksamadan yürütülmesini sağlamaktır" denmiştir (C G K, 11 5 1992, 127/145)

Ancak buna bir de ekleme de bulunarak ve “Nitekim, TBMM üyeleri, Cumhurbaşkanlığı, Bakanlar Kurulu üyeleri, Yüksek Mahkemeler başkan ve üyeleri ilah... haklarında paralel düzenlemeler ilgili yasalarında yer almaktadır” diyerek, bir ölçüde MYY’nın olağanlığını da vurgulamıştır.

Bu ek görüşe katılmak olanaksızdır. Eğer bu görüş, uzun incelemelerin ürünü olarak gerekçeye yansımışsa, yüce Mahkemenin erkler ayrılığı ilkesi konusunda görüşünü gözden geçirmesi zorunludur. Hukukçulardan oluşan bir yargı organının hukuk ilkelerinin boyutlarını, sınırlarını iyi çizmesi, kavramları birbirine karıştırmaması zorunludur. Bu konuya Yasanın öğretide değerlendirilmesi kesiminde değinildiği için girmiyor ve oraya gönderme yapmakla yetiniyorum.

Yargıtayımıza göre, MYY, özel bir yargılama yasasıdır ve kapsamı genişletilmemelidir <sup>2</sup>. Nitekim Yargıtay, kararlarını bu doğrultuda sürdürmüş, o dönemdeki düzenlemelere göre sınırlı biçimde memur sayılan KİT görevlilerine MYY’nın uygulanmayacağına karar vermiştir <sup>3</sup>. Bu arada 4081 sayılı Çiftçi Mallarının Korunması Yasasının 23.maddesine göre işledikleri suçlar nedeniyle T.C.Yasasına göre memur sayılanların sınırlı olduğunu benimsemiştir <sup>4</sup>.

134. Ancak Yüce Mahkeme, davayı açan merci konusunda çok duyarlı davranmış ve c.savcısı yerine yönetim kurulu, yönetim kurulu yerine c.savcısı davayı açmışsa, kararı bozmuş ve yöntemince dava açılmasının sağlanmasını istemiş<sup>1</sup> ve bunu bir dava önkoşulu olarak görmüştür <sup>2</sup>.

Bununla birlikte, Yüce Mahkeme bu görüşünü 1609 ve 3628 sayılı yasaların uygulanmasında yumuşatmıştır. Buna göre, yönetim kurulu, eylemin bu yasaların kapsamına girdiği sonucuna ulaşırsa, daha sonra mahkemede eylem MYY’nın kapsamına giren bir suç olarak görülse bile, bu Yasaya göre dava açılması için görevsizlik kararıyla dava dosyası yönetim kuruluna gönderilemeyecektir. Zira, mahkeme eylemle bağlıdır, ek savunma hakkıyla yetinerek davayı sonuçlandırmalıdır. İddianame ile açılan dava üzerine soruşturma evresine geçilmiş, yargılama yapılmıştır. Artık hazırlık soruşturması evresine geri dönülmesi ve yeniden kovuşturmaya başlanması Yasanın amacı ile bağdaşmamaktadır. Yargılamaya başlanmakla MYY, amacını ve uygulama alanını yitirmiştir. Ayrıca “yönetim kurulunu suç niteliğini kabule zorlar” biçiminde görevsizlik kararı verilemez. (İl) yönetim kurulu, yaptığı soruştur-

(2) C G K , 18 9 1972, 271/282

(3) İç B K , 28 3 1945, 1/6, C G K , 29 6 1970, 226/274, 19 10 1970, 331/341, 10 2 1975, 13/26

(4) C G K , 12 6 1972, 222/247, 7 2 1971, 524/61, 1 11 1971, 337/364, 338/362, 336/360

134- (1) Örneğin, C G K , 8 3 1993, 39/56, 2 C D , 4 7 1991, 7336/8139, 1 10 1990, 9137/9670, 15 4 1992, 3805/4385, 4 C D , 30 6 1992, 4413/4920, 21 12 1994, 7912/11319, 13 10 1994, 5146/8121, 1 2 1995, 9477/561, 31 5 1995, 3027/3967, 21 12 1995, 8020/8747, 19 3 1996, 1463/2414; 5 C D , 29 12 1988, 4560/8187, 6 C D , 31 10 1980, 5979/6754, 7 C D , 15 9 1981, 4976/5273, 9 C D , 2 7 1981, 2536/2551

(2) 5 C D , 7 11 1991, 3992/4786

ma sonunda görüşünü belirlemiştir <sup>3</sup>. Ancak, davayı c.savcısı açmış, dosya yönetim kuruluna hiç gitmemiş ve kurulun görüşü belli olmamışsa, o zaman bu görüş geçerli değildir. MYY'nin kapsamına giren bir eylem (suç) olduğu takdirde mahkemece durma kararı verilmeli ve dosya yönetim kuruluna gönderilmelidir<sup>4</sup>.

135. Yargıtayın ille de yönetim kurulunun görüşünün belli olmasında direnmesini anlamak olanaksızdır. Eğer MYY'nın 13.maddesinin hükmü sonuşturmada da uygulanacak ve eylem/suç MYY'nin kapsamında ise davanın yönetim kurulunca açılması gerekmez mi? Zira yönetim kurulu, hazırlık ya da 1985 öncesi dönemde ilk soruşturmayı sonuçlandırmakla görevli ise, önemli olan görüşünün belli olması değil, görevinin gereğini yerine getirip yöntemince dava açmasıdır.

Kaldı ki, yüce Yargıtayın MYY'nin sonuşturmadan önceki evreyle ilgili olup, son soruşturma evresi bir kez başlamışsa hazırlık ya da ilk soruşturmaya dönülemeyeceği, çünkü MYY'nin varlık amacını ve dolayısıyla uygulama alanını yitirdiği biçimindeki görüşü doğrudur ve her durumda bu görüş doğrultusunda karar verilmek gerekirdi. Ama öyle olmamıştır.

Kanımca duruşma açılarak hüküm kurulmuş ise; dava MYY'nin kapsamına girdiği ya da girmedeği için yetkili kişi ya da kurulca açılmalıdır gerekçesiyle karar artık bozulamaz. Böyle bir bozma hukukta ölçülük kuralını ve dolayısıyla ölçsüzlük yasağı ilkelerini uygulamaya yansıtan MYY ve Ceza Yargılama Yasasına elbette aykırıdır.

İlkin MYY'na aykırıdır. Zira bu Yasa bir yargılama yasasıdır. Hukuka bağlı bir devlette yasa koyucu, anayasalarda öngörülen eşitlik ilkesini çiğneyerek ve kimi sanıkları kayırarak, koruyarak ayrıcalıklı bir sınıf yaratamayacağına göre, söz konusu Yasanın temel amacını (ratio legis) algılayabilmek için, varlık nedenini (ratio essendi) saptamak gerekir. Bu Yasa, devlet yönetimine karşı görevlilerin görevleri sırasında ya da görevlerinden dolayı işledikleri suçlarda uygulanacaktır. Bu suçlarla, devlet yönetiminin dürüst, yansız, eşit, kişisel çıkar ve keyfilikten arınmış, keşintisiz yürütüldüğüne ilişkin güven, özetle devletin saygınlığı korunmaktadır. Devlet yönetimine karşı görevli tarafından işlenen bir suç nedeniyle herkese açık bir duruşmanın devlet yönetiminin saygınlığını gölgeleyeceği düşünülmüştür. O yüzden devlet, bu saygınlığı korumak için, sonuşturmaya gerek olup olmadığını özel bir yargılama yasasına göre saptamayı uygun bulmuştur. Haklılığı tartışmalı da olsa Yasanın temel amacı (ratio legis) budur ve bu amaç sonuşturmadan önceki önsoruşturma evresiyle sınırlıdır. Eğer sonuşturma açılmış, herkese açık duruşma başlamışsa, artık bu amacın söz konusu evrede sürdüğünden söz edilemez.

(3) C G K , 28 6 1971, 230/244, 11 5 1992, 127/145, 14 5 1996, 78/88, 28 5 1996, 111/117

(4) C G K , 19 10 1992, 260/283

Eğer bu evrede de, araç yasa niteliğindeki MYY uygulanacak olursa, hukukta temel bir kural olan ölçülük ilkesi ve dolayısıyla ölçsüzlük yasağı çiğnenmiş olacaktır. Çünkü bu ilkeye göre, başvuru araç, amacı sağlamıyorsa ya da amaç esasen ortadan kalkmışsa artık araç kullanılamaz. Mantığın şaşmaz ve ayıksız kuralı budur. Açıklanan durumlarda amaç ortadan kalkmıştır, araç (MYY) gereksizleşmiştir. Araçla amaç arasında bulunması gereken orana uyulmalı, kullanılan araç, sağlamayı öngördüğü amacı aşmamalı, ona denk düşmelidir. Yargılama hukukunun temeli olan bu oranlılık (proportionnalité) kuralına göre, bir yargılama işleminin yapılmasıyla yol açılacak zarar, umulan yararı aşıyorsa o işlem yapılamaz. Böyle bir durumda bozma üzerine yeni baştan dava açılması ve duruşma yapılmasıyla aslında umulan hiçbir yarar yoktur. Çünkü işlemler esasen yapıp bitmiştir. Oysa bozma ile hüküm ortadan kalkacak, yapılan işlemler yinelenmek gerekecektir. Doğan bu zararın; var olup olmadığı kuşkuyla olan yararı aştığı açıktır. Bu yarar-zarar dengesi ve hatta çatışması gözetilmeli ve kararlar bozulmamalıdır.

Kaldı ki, böyle bir bozmanın yaratabileceği olası tehlike, bu zararı daha da ağırlaştırmaktadır. Gerçekten bozma üzerine önsoruşturmaya geri dönen yargılama, c.başsavcısının ya da yönetim kurulunun kovuşturamama (kamu davasının açılmaması) kararıyla sonuçlanırsa, daha önce sonsoruşturma açılmasını gerektirecek oranda eylemi sabit ve ağır görülmüş ve kimileyin herkese açık duruşma sonunda hüküm giymiş bir görevlinin kayırıldığı inancı kamuoyunda yaygınlaşacaktır. Böyle bir durumun; devletin saygınlığını korumak amacıyla çıkarılan bir Yasayı, bunu sağlamak şöyle dursun, tehlikeli bir araca dönüştüreceği, devletin saygınlığını ve yaşamı boyunca sürgit suçluluk kuşkusuyla damgaladığı görevliyi yıpratacağı kuşkusuzdur.

Böyle bir tutum Ceza Yargılama Yasasına da aykırıdır. Çünkü bir hükmün bozulabilmesi için iki koşul birlikte bulunmak gerekir: Hukuka aykırılık ve bu aykırılıkla kurulan hüküm arasında nedensellik bağının varlığı. Eğer hukuka aykırılık kurulan hükmün alinyazısını etkilemede belirleyici bir öge değilse ve aykırılığın nedensel değeri ve gücü yoksa, yani hukuka aykırılık özce başka bir karara yol açabilecek güçte değilse bozma yapılması kendiliğinden gereksizleşir (20.5.1957 tarihli İçtihatları Birleştirme Kararı). Nitekim C.Yargılama Yasasının 320. maddesinde, yargı çarkının boşa dönmemesi için, yalnızca “hükmü etkileyecek oranda yasa-ya (hukuka) aykırılıklara” dayanılarak bozma yapılabileceği vurgulanmıştır. Aslında değinilen 320.madde, ölçülülük ilkesinin yukarıda açıklanan ilk kuralını hukukta somutlaştıran bir hükümdür. Buna uyulmadığı takdirde, ölçülülük kuralı ve ölçsüzlük yasağı ilkeleri çiğnenmiş olacaktır. Zira, yerel mahkeme, açılan dava üzeri-



ne başladığı duruşmayı bitirmiştir. Yeniden dava açılması gerekçesiyle, yapılacak bir bozma üzerine, aynı işlemler yinelenmiş olacaktır. Bu ise hem nedensel değerden yoksun ve hem de gereksizdir.

Kaldı ki, Ceza Yargılamasının bir özelliği de kesintisizliktir. Buna göre, uyumsuzluk, bir başka deyişle esas sorun, doğrudan doğruya ve kesintisiz yapılan yargılama etkinliğiyle/duruşmayla çözülecektir. Kesintisizlik özelliği nedeniyle her yargılama makamı, önüne gelen her işte adalet çarkının boşa dönmemesi için, esasa geçmeden önce, ilkin işlemin kabule değer olup olmadığını incelemek zorundadır. Eğer dava açan işlemde (iddianame, soruşturmanın açılması, bir sakatlık varsa, mahkeme duruşma hazırlığı aşamasında kabul edilmezlik yaptırımıyla bunu karşılamak zorundadır. Bu yaptırım uygulanmamış ve işlem bir kez kabul edilmişse aykırılık giderilmiş, sakatlık örtülmüş sayılacak; yargılama kaldığı yerden sürdürülecektir.

Bu sonuç, aslında ölçülülük ilkesinin getirdiği bir başka kurala da uygundur. Bu kural şudur: Amacın gerçekleşmesine yarayan birden çok araç varsa, seçenek kuralına göre, en az zararlısı seçilmek gerekir. Olayda, yasalara göre yetkili merci tarafından açılmış bir dava esasen bulunmaktadır. Duruşma sırasında bir başka organın yetkili olduğunun anlaşılması, o organın yetkisini ortadan kaldırmaz. Çünkü yasa yürürlüktedir. Ayrıca, konunun kamu düzenini ilgilendiren madde açısından yetki (görev) kuralıyla da ilgisi yoktur.

Peters'in dediği gibi ceza yargılamasındaki biçimsel kuralların amacı, hukuksal güvenliği sağlamaktır. Bu amaca ters düşen bir uygulama, kavram hukukçuluğuna ve aşırılığa yol açacaktır. Örneksene yönteminin geçerli olduğu bir hukuk dalında söz anlamı değil, anlam sözü yönlendirmelidir. Söz anlamı yönlendirirse, Henkel'in deyişle bu "söze yapışmak" olacak, hukuksal güvenlik sarsılacak; bu da ölçülülük kuralının ve ölçüsüzlük yasağı ilkelerinin örselenmesine bir kez daha yol açacaktır.

Yargılamanın bir başka özelliği de, sinematik yapıda gelişmesidir. Gerçekten yargılama morfolojisinin doğal akışı içinde önsoruşturmadan (hazırlık soruşturması ve 1985'ten önce ilk soruşturma) soruşturmayla doğru ilerlenir. Yargılamanın yürüyüş yönü bu doğrultudadır. Önsoruşturmanın amacı, soruşturmanın gerekli olup olmadığını ortaya çıkarmak ve kısa sürede bitirilmesi için gerekli her türlü kanıt ve bulguları saptayıp hazırlamaktır. Bu görevler soruşturmanın açılmasıyla bitmiş demektir. Önsoruşturma eksik bile olsa, soruşturmada bu eksiklikler giderilebileceğinden artık önsoruşturma evresinden geri dönülemez. Tersine anlayış, ırmağı tersine akıtmaya çabalamak demektir. Yargılama hukukunda buna "evreler-

den geri dönülemezlik ilkesi” denilmiştir. Duruşma evresinden geri dönmeyi gerektirecek bir bozma, hem buna, hem de yargılamada tutumluluk (ekonomi) ilkesine aykırı olacak, boş yere zaman yitirilecek; dahası, oranlılık kuralını da dışlayarak, ölçülülük kuralı ve ölçsüzlük yasağı ilkeleri yine çiğnenmiş olacaktır. Nitekim İsviçre’de Federal Mahkeme, “izin” alınmadan açılan dava nedeniyle kurulan hükmü geçersiz saymamıştır<sup>1</sup>. Yargıtayın görüşüne göre, yargılama parça parça edilmiş kıvrak zaman dilimlerinde hızlanıyor, ama kesintilerle yavaşlıyor; böylece duruşmanın temel ilkeleri hiçleşiyor ve vicdani kanıyı yaratan izler/anılar siliniyor; adalet hantallaşıyor. Unutulmamalıdır ki, “Varoluşsal matematikte iki temel denklem vardır: Yavaşlığın derecesi anımsamanın yoğunluğu, ivmenin derecesi unutmanın yoğunluğuyla doğru orantılıdır” (Milan Kundere)<sup>2</sup>.

Uygulamada Yasanın ve yargılamanın yanlış yorumundan kaynaklanan ve yukarıda sayılan olumsuzluklar sık sık yaşanıyor. Özellikle Yargıtaya gelen kimi dosyalarda yaşanan süreç ve olgular çok düşündürücüdür. Kimileyin eylemi kanıtlanmış ve hüküm giymiş bir memurun dosyası, davanın yanlış açılması nedeniyle hüküm bozulduktan sonra ilk mahkemeye yollanmakta, ilk mahkemenin verdiği durma kararı üzerine yönetim kurullarına gönderilmektedir. Verilen hükümlülük kararına karşın, yönetim kurullarınca kimi zaman kamu davası açılmaktadır. Meslekten bir yargıcın ya da yargıçların verdiği bir hükümlülük kararına karşın hukukçu olmayan kişilerce verilen bir kovuşturmasızlık kararının doğruluk derecesinin tartışılır olması bir yana, ortaya çıkan tablo son derece rahatsız edicidir. İlkın, işlevi, hazırlık soruşturmasıyla sınırlı bir Yasa yeniden uygulama çevrimine giriyor. Ayrıca herkese açık sonsoruşturma evresinden gizli hazırlık soruşturması evresine geri dönülüyor. Böylece hem yargılamada geriye dönülemezlik ilkesi ve hem de hazırlık soruşturmasının gizliliği kuralı çiğneniyor. Bir yandan zamanasını işlerken, öte yandan yönetimin memuru kayırdığı ve adil olmadığı kuşku skandal boyutuna ulaşıyor. “Yönetim mi yoksa adalet mi yanıldı?” soruları tartışmaya açılıyor. Her iki kurum da yara alıyor ve sarsılıyor. Bırakalım çağcıl hukuk devletini, sıradan bir kavim bile böyle bir duruma katlanamaz. Eğer yukarıda savunduğum görüş doğruysa, bunda MYV’nın bir günahı yoktur. Çünkü uygulama yanlıştır. Eğer çoğunluğun savunduğu karşı görüş doğruysa, MYV yanlıştır ve bu skandalların başat nedenidir. Öyleyse kaldırılmalıdır. Esasen ortada başka seçenek de görünmemektedir.

135- (1) KNAPP, n 3146, PIQUEREZ, N 653 (bakınız paragraf n 34)

(2) FOSCHINI, II, n 121, 173, LOZZI, s 374, PIQUEREZ, n 919, BELLAVISTA/ , s 194, 459, LEONE, Mauro, *Il tempo nel diritto penale sostantivo e processuale*, Napoli, 1974, s 474 vd, DIAS, Jorge de Figueiredo, *Direito procesal penal*, Coimbra, 1974, s 232

Yazılı emirle bozmaların yarattığı skandala ise daha önce değinmişim.

*2) MYY'nın Anayasa karşısında değerlendirilmesiyle ilgili kararlar:*

136. 1985-3206 sayılı Yasadan sonra, ilk soruşturma hazırlık soruşturmasına dönüştüğü ve bu aşamadaki soruşturmacı sorgu yargıcı ve kurullar yargısal kurullar olmaktan çıktığı için, MYY'nın, ilk bakışta Anayasaya aykırı bir durum sergilemediği söylenebilir.

Ancak, Anayasanın 129/son.maddesi, daha önce değindiğim üzere, memur ve diğer kamu görevlilerinin görevleriyle ilgili suçlardan dolayı ceza kovuşturmasını, yasayla belirlenen istisnalar dışında, yasanın gösterdiği yönetsel merciin iznine bağlamıştır.

Görüldüğü üzere Anasayayla getirilen “izin sistemi”dir; soruşturma yönetsel kurullara verilmemiş, yani “soruşturma sistemi” örgörülmemiştir. Bu durumda “izin sistemi” Anayasaya uygun ve fakat soruşturmanın yönetsel kurullarca yapılması genel kuralın da ötesinde bir istisna olmaktadır. Zira MYY, izin sistemini aşmakta, soruşturmanın yönetsel kurullarca yapılmasını öngörmektedir. O nedenle, Anayasa doğrultusunda değildir ve hazırlık soruşturmasının c.savcılarınca yapılmasını düzenleyen genel kuralın, yani C.Yargılama Yasasının da bir istisnasıdır. O yüzden Anayasa Mahkemesinin 27.2.1992 tarih ve 26/11 sayılı ve 9.2.1993 tarih ve 47/7 sayılı kararlarında Anayasanın 129/son.maddesinin MYY'na Anayasa karşısında hukuksallık (meşruluk) kazandırdığı izlenimini yaratacak biçimde algılayan görüşüne katılmak olanaksızdır.

1985 yılından önce ise, soruşturmacı, sorgu yargıcı; yaptığı da ilk soruşturmaydı. Dava açmaya yetkili yönetsel kurulların kararları da sorgu yargıcının kararları gibi yargı kararlarıydı. Bu nedenle MYY, birkaç kez Anayasa Mahkemesinin önüne getirilmiş, ama Yüce Mahkemenin hiç de hukuka uygun düşmeyen gerekçeleriyle Yasa iptal edilmemiştir. Oysa aynı yıllarda, İtalyan Anayasa Mahkemesi, soruşturma sistemine oranla daha yumuşak olan izin sistemini eşitlik, sorumluluk, yargısal otoritenin yetkileri kurallarına aykırı bulmuştur <sup>1</sup>.

Anayasa Mahkemesinin bu konudaki kararlarını 1961 ve 1982 Anayasaları dönemlerine göre ayırmakta yarar vardır.

*a) 1961 Anayasası döneminde:*

*aa) İtirazın kabule değer olmadığı ve iptal kararları:*

137. MYY ile ilgili ilk iki başvuru, iptali istenen MYY'nın bütününün ve 16.maddesinin bakılmakta olan davalarda uygulama yeri bulunmadığından öze girilmeden, kabule değer bulunmamış, yetki yönünden reddedilmiştir <sup>1</sup>.

<sup>136-</sup> (1) Bakınız Paragraf, n 16

<sup>137-</sup> (1) An Mah , 10 4 1963, 20/80, 23 7 1963, 272/204

Üçüncü bir karar ise, MYY'nın 16.maddesiyle ilgilidir. Maddeye göre, suç işledikleri hususunda yeterli kanıt bulunan ve kaçmasından kuşkulandığı için haklarında güvenceye gerek duyulan veyahut da eylemi ağır cezalı bir suç (cinayet) olan memurun tutuklanmasını soruşturmacı isteyebilir ya da yönetim kurulları kararlaştırabilirlerdi. Ancak bu tutuklama istek ve kararlarına göre düzenlenen tutuklama belgesinin en büyük mülkiye amiri ya da bakan tarafından onaylanması gerekiyordu. Yüce Mahkeme, "Mülkiye amirleriyle bakanların, sanıkların tutuklanmasına karar verebilecekleri hakkındaki kuralın, Anayasanın bu hakkı yalnız yargıca tanıyan 14. ve 30.maddelerine aykırılığı açıktır. İptali istenen maddenin, sanık memurların kefalete bağlanmasına ilişkin kuralı Anayasanın herhangi bir maddesine aykırı olmamakla birlikte, sonucu tutuklamaya varan bu kuralın da maddenin tutuklamaya ilişkin bölümünün iptali halinde dayanağı kalmayacağı ve işlemez hale geleceği kuşkusuzdur" gerekçesiyle MYY'nın söz konusu 16.maddesini bütünüyle iptal etmiştir <sup>2</sup>.

*bb) İptal isteğinin özünden reddi kararları:*

Anayasa Mahkemesinin 1960-1970 yılları arasında verdiği üç karardaki gerekçeler birbirine benzemektedir. Hatta son 1970'te verilen karar, karşıoylar dahil, öncekinin bir yinelenmesidir.

*aaa) Uygulanacak yasa hükümleri konusu:*

138. Bunlardan 11.10.1965 tarih ve 18/53 sayılı kararda, Yüce Mahkeme, isteğe karşın, olayda uygulanırlık görmediğinden, MYY'nın 1-7. maddelerini inceleme konusu yapmamış, incelemeyi yalnızca 13.maddesiyle sınırlamıştır. Buna karşılık, 14.11.1967 tarih ve 14/36 sayılı, 26.9.1968 tarih ve 14/35 sayılı kararlarında MYY'nın 1-7., 13. ve 14.maddelerini; 22.12.1970 tarih ve 34/47 sayılı kararında ise yalnızca 13.maddesini inceleme konusu yapmıştır. Bu son kararda, ilk mahkeme MYY'nın maddelerinin tümünün Anayasaya aykırılığını ileri sürdüğü halde, 1-7. ve 14.maddeleri inceleme dışı bırakılmıştır. Yüce Mahkemenin 1967 ve 1968 kararlarına göre, 1-7., 13. ve 14.maddelerini, konu ve kapsamı açısından yerel mahkeme bakmakta olduğu davada gözetmek ve uygulamak durumundadır. 1970 kararına göre ise, 14.maddenin uygulanması bir yana, mahkemenin bakmakta olduğu dava dolayısıyla gözden geçirmesi bile söz konusu değildir. MYY'nın 1'den 7'e kadar olan maddeleri ise, soruşturma evresinden önceki yetkili mercileri ilgilendirmekte, görülen davada bunların uygulama yeri bulunmamaktadır.

Bu görüşe katılmak olanaksızdır. Çünkü her mahkeme önüne gelen dosyada, kamu davasının yetkili kimse ya da kurul tarafından açılıp açılmadığını incelemek

(2) An Mah , 20 9 1963, 59/225, R G , 19 10 1963, sayı 11535

zorundadır. C.savcısı yerine kaymakamın düzenlediği bir iddianame batılın da ötesinde yok hükmündedir. Ancak, iki ayrı yetkili var ve bu yetki tartışmalı ise, o zaman ikisi de yetkilidir. O nedenle bir mahkemenin sonuşturma öncesinde geçen işlemlerde, sonuşturmaya yön verecek belgeleri düzenleyenlerin yetkili olup olmadıklarını incelemesi ve dolayısıyla buna yön veren hükümleri gözetmesi zorunludur. MYY'nın 13.maddesi, maddi içerik açısından hiç bir anlam taşımamakta, ancak öbür maddelerle birlikte hukuksal uygulama yaşamına katılmaktadır. MYY'nın 13.maddesini uygulayan bir mahkeme, ister istemez yargının görevini, dava açılma biçimini, işlemleri, yetkili mercileri de incelemek zorundadır. Bunlar da MYY'nın 1-7.maddelerinde yer almıştır. Öyleyse bu hükümler mahkemenin uygulama alanı içindedirler ve bu yüzden de MYY'nın 1-7. ve 14.maddeleri, kamu davasında uygulanacak maddelerdir. Yargılama kavramını salt sonuşturmayla darlaştıran bir anlayışın ulaşacağı kaçınılmaz sonuç, elbette uygulanacak maddeyi son hükümlerle sınırlamak olacaktır. Bu anlayış kuşkusuz yanlıştır. Yargılama, yasa maddelerine göre kesintisiz sürdürülen bir etkinliktir ve her an bu hükümler gözetilir. Anayasada (1961, md.151; 1982, md.152) geçen "uygulanacak yasa hükmü" deyiimi, sonuşturma yargıcının daha önceki evrelerde geçen işlemlerin yasalara göre yapılıp yapılmadığını da araştırma zorunluluğu karşısında, MYY'nın 1-7., eğer sanıkların niteliği söz konusu ise 8-10. ve 14.maddelerini de kapsar ve bunların uygulanacak yasa hükmü olduklarını benimsemek zorunludur <sup>1</sup>. Nitekim, 1967 ve 1968 kararları bu doğrultudadırlar. Bunlarda mahkemenin göz önüne almak ve uygulamak durumunda olan hükümleri inceleyeceği belirtilmiştir. Davanın usulüne göre açılıp açılmadığı, mahkemenin kuruluşu ve yargılama yöntemi ile ilgili hükümlerin, o dava nedeniyle uygulanacak norm olduğu açıktır. Yüce Mahkemenin kararları da bunu doğrulamaktadır. Özetle hükmü etkileyecek her hüküm, bu denetimin içindedir <sup>2</sup>.

*bbb) Gerekçenin irdelenmesi:*

139. Anayasa Mahkemesi ardı ardına yapılan bu itirazları inceleme isteğini, daha önce inceleme yapıldığı gerekçesiyle reddetmemiş; böyle bir uygulamanın kimi yargılara dokunulmazlık kazandıracağını; yargı mercilerinin yetkilerini kullanılmaz kılacağını ve hukuksal görüşleri donduracağını belirterek işin özüne girmiştir.

Gerekçenin dayandığı nedenlere gelince; bunları şöylece irdelleyebiliriz:

<sup>1</sup>38- (1) YÜCE, s 868, ÖZEK, Çetin, *Memurin Mubakemat Kanunu ile ilgili bir Anayasa Mahkemesi kararının incelenmesi*, I U H F M , 1967, s 384, 385

(2) TANILLI, s 624, 625, ÖZBUDUN, Ergun, *Türk Anayasa Hukuku*, Ankara, 1993, s 375, 376, KIRATLI, Metin, *Anayasa Yargısından Somut Norm Denetimi İtiraz Yolu*, Ankara, 1966, s 79-81 Nitekim yüce Mahkeme, MYY ile ilgili ve aşağıda irdelenecek olan son kararında "ceza yargılamasının sonuşturmayla başlayan bir bütün" olduğunu belirterek görüşünü değiştirmiş ve saydamlaştırmıştır (An Mah , 27 2 1992, 26/11, R G , 23 11 1992, s 27)

Yüce Mahkemeye göre, ilk soruşturma “yargılama” -ki Yüce Mahkeme buna yanlış bir deyişle “yargı işi” diyor- değildir. Çünkü Anayasa Mahkemesinin geliştirdiği düşünceye göre yargılamanın ne olduğunu saptamak için C.Yargılama Yasasına ve bilime -ki bu beriki, Mahkemenin gözünde nazariyattır (!)- başvurmaya gerek yoktur. Anayasanın 7. (1982 Anayasası, md.9) maddesi bunu, yargı yetkisinin bağımsız mahkemelerce kullanılacağını belirterek çözmüştür. Demek, yargı yetkisi, yalnızca mahkemelerin kullandığı yetkidir. Yüce Mahkeme bu yetkinin neler olduğunu belirlerken, reddettiği bilime, bilim adamlarınca kaleme alınan Türk Hukuk Sözlüğüne başvuruyor, bunun devletle birey arasındaki uyumsuzlukları çözen erk (iktidar) olduğunu belirttikten sonra, bireyler arası uyumsuzluklara değinmediği halde, bunların adli, askeri, idari davalara bakan ve bu davalarda son hükmü vermek suretiyle anlaşmazlıkları çözen bir derece mahkemesi olduğunu, hepsinin de bu yetkiyi ulus adına kullandıklarını belirtiyor. Bir merciin mahkeme olması için, yargı yetkisinin bulunması, yargıç niteliğinde kişilerden oluşması, taraflar arası uyumsuzlukları çözmesi, verdiği kararların kesin hüküm niteliğini kazanmaya elverişli olması gerekir. Bunları yapabilen bir yargıç, hüküm yargıcı, bu görevi yapan makam -ki kararda yine yanlışlıkla görevin yerine getirildiği yer deniyor- da “mahkeme”dir<sup>1</sup>. O nedenle hakemler <sup>2</sup>, vergi itiraz ve temyiz komisyonları <sup>3</sup> yargılama yetkisini kullanmazlar; mahkeme değildirler.

Tavuk/yumurta ilişkisi mantığıyla mahkemeyi yargılama etkinliğinden, yargılama etkinliğini de mahkemeden çıkaran Yüce Mahkeme, önce dışladığı bilime başvurarak, “bilimsel düşünceler”e göre “yargı mercii için hüküm malzemesi hazırlama” etkinliğini üstlenen, bu yüzden suçları arama işlerini yapan kolluk ve c.savcısı, kovuşturma işlemlerini yapan c.savcısı ve kişisel davacı gibi; soruşturma işlemini yapan sorgu yargıcı ve sorgu yargıçlığı makamı, Anayasanın amaçladığı anlamda yargı mercii, işlem ve kararları da yargılama değildir<sup>4</sup> sonucuna ulaşmaktadır.

140. Nedenceleri sergilerken değindiğim terim yanlışlarının ve derinlemesine kavramları irdeleyen bilimsel yapıtlar yerine sözlüklerle yetinmenin doğal sonucu elbette birden çok yanlışın birbirine bulaşması olacaktı. Çünkü yanlış bulaşıcıdır. Yığınakta yapılan yanlış, her şeyi çökertir. Analitik inceleme yapmadan kategorik hükümler kuran bir yargı organının ağır yanlışlara düşmesi kaçınılmazdır. Şimdi bu yanlışlara geçelim.

139- (1) 12 1 1965, 51/3, 30 5 1967, 15/15, 11 10 1865, 18/53, ÖZBUDUN, s 374, YÜCE, s 870

(2) 28 2 1963, 46/43

(3) 27 6 1967, 16/28

(4) 11 10 1965, 18/53

Birincisi, Anayasaların maddelerinde (md.7. ve 9) geçen “mahkeme” teriminin darlaştırmacı bir yorumla algılanması <sup>1</sup> düşündürücüdür. Eğer 1961 Anayasasının maddeleri incelenseydi, mahkeme ve yargıç (hakim) sözcüklerinin çoğu kez eşanlamlı olarak kullanıldığı kolayca görülebilirdi. Sözgelimi, olağan yargıçtan söz eden 32.maddedeki olağan yargıç (tabii hakim) olağan mahkeme yerine kullanılmıştır. Nitekim 1982 Anayasasında (md.37) yargıç/hakim yerine mahkeme denmiştir. Bağımsızlıktan söz eden 132.maddede yargıç, yine mahkeme yerine kullanılmıştır. Aynı maddede mahkeme kararlarının yargıç kararlarını da içerdiği kuşkusuzdur (1982 An. md.138). Yine 9, 14, 15, 16, 17, 22, 27.maddelerinde yargıç mahkeme anlamındadır. Buna karşılık 132/3. ve 22/6.maddelerindeki mahkeme de yargıç yerine kullanılmıştır. Yine Anayasanın 151. (1982 An.md.152) maddesindeki mahkeme sözcüğü, yargıç sözcüğüyle eşanlamlıdır. Birbirlerinin yerine geçtiğinde anlam değişmemektedir. Aynı biçimde Yüce Mahkemenin dayandığı 7. (1982 An.md.9) maddede geçen “mahkeme” terimi de böyledir. Yerine “yargıç” sözcüğü kullanıldığında anlam değişmemekte, ikisi de özneyi (biri insan, biri makam) göstermektedir. Bunun en çarpıcı bir kanıtı da yargı bağımsızlığını düzenleyen ve konumuzla ilgili hükümdür. Gerçekten 132. (1982 md.138) maddenin başlığı “mahkemelerin bağımsızlığı” olduğu halde metin “hakimler görevlerinde bağımsızdırlar” diye başlamaktadır. 30/1, 30/4.maddeler için de durum aynıdır. Hukuk ve Ceza Yargılama Yasalarında her iki terim sık sık birbirleri yerine eşanlamda kullanılmıştır. Karşıoylarda da bunlar vurgulanmıştır <sup>2</sup>.

Bundan çıkan sonuç şudur. Anayasada geçen yargıç sözcüğü, mahkeme kavramında içkindir. Yargı yetkisinin bağımsız mahkemelerce kullanılması demek, o mahkemenin vazgeçilmez insan ögesi bulunan yargıçlarca kullanılacak demektir <sup>3</sup>.

Yargılama ise, kovuşturmayla başlayan, soruşturmalarla, duruşmayla sürüp yargılanan uyuşmazlığın kesinleşmesiyle biten, neden-sonuç bağlarıyla birbirine kettlenmiş işlemler ve evrelerden oluşan bir etkinliktir. 1985 öncesinde ve özellikle Yüce Mahkemenin kararları verdiği dönemde ilk soruşturma da yargılama etkinliğinin özellikle ağır cezalı suçlarda vazgeçilemez bir evresiydi. Yargılama şeması içinde, kanıtları toplama, temelsiz olanları eleyip ayıklayarak suçlamayı saydamlaştırma, tutuklama, arama, suç kanıtlarına el koyma v.b. koruma önlemlerini alma görevlerini yerine getiren; sav ve savunma diyalektik gerilimini canlı tutarak dar anlamdaki yargılama ortaklaşa (kolektif) etkinliklerini özümsemiş bir evrenin adıdır. Bu durumuyla da söz konusu evre geniş anlamda yargılama (muhakeme) et-

140- (1) Öğretide “mahkeme” terimini bu anlamda algılayan ve savunan görüş -ki kanımca başka yazarı yok- için bakınız OKAN, H Hisnî, s 491, 492

(2) ÖZTÜRK, Memurların , s 58, MUMCU, s 177

(3) ÖZTÜRK, Memurların , s 58

kinliğinin bir bölümü olup başat niteliği yargısallıktır (kazailiktir). İlk soruşturma makamları, özellikle soruşturmayı yapanla soruşturmada sonuç çıkaran makamlar gelişmiş ülkelerde ayrıdır. Ancak, her ikisinin de etkinliği yargılamadır, yargısaldır. Esasen sorgu yargıcının yaptığı bütün işlemler yargısaldır. Tutuklama, arama, elkoyma v.b. kararlarını Anayasaya ve C.Yargılama Yasasına göre ancak yargıç niteliğini taşıyan biri ve dolayısıyla sorgu yargıcı verebilir. Bunlar, yargıç kavramından yahtılamayan etkinliklerdir. Sorgu yargıçlarına da bağımsız ve güvenceli oldukları için bu etkinlikler/yetkiler verilmiştir. Bunları yapabilen bir görevli, dünyanın her yerinde ve bizde, Anayasalara göre yargıçtır. Hüküm yargıcı olmadığı için kimileri buna “eksik yargılama” demişlerse de, bu onların etkinliklerini yargılama olmaktan çıkaramaz <sup>4</sup>.

İlk soruşturmayı benimseyen ülkelerde de durum aynıdır. Nitekim, Arjantinli, Belçikalı, İspanyol, Fransız, İtalyan, İsviçreli bütün yazarlar da ilk soruşturmanın yargısallığından (giurisdizionalità) ve onun etkinliklerinin, özellikle sorgu yargıcının verdiği kararların yargısal (giurisdizionale) olduklarından kuşku edilemeyeceğini vurgulamaktadırlar. Anglo-Sakson sisteminde de durum böyledir <sup>5</sup>.

Alman hukuk dilinde bu soruşturmanın adı yargısal önsoruşturmadır ve C.Y.Yasasını aldığımız bu ve başka ülkelerde ilksoruşturmanın yargısal etkinlik olmadığını söyleyen tek bir hukukçuya rastlanmamıştır<sup>6</sup>.

İlk soruşturmanın bulunduğu dönemde sorgu yargıcının bir ölçüde gizli yargılama yapmış ya da, geçerliliği için değil, yerine getirilmesi için kimi kararlarının onanmış olması, -ki MYY’nın iptal edilen 16.maddesinde de tutuklama istek ya da kararları bakan ya da mülkiye amirlerince onanıyordu- bu etkinliğin yargısallığını elbette etkileyemez.

Öte yandan, sorgu yargıcı, davayı açar ya da açmaz. Hatta kesinleşmeye elverişli düşme kararıyla davayı sona erdirebilir. Bunlar birer yargısal karardır. Özellikle, kararların verildiği dönemde sonsoruşturmanın açılmaması kararına karşı itiraz edilebiliyor ve yeni kanıtlar elde edilmişse yeniden dava açmak için bunun kesinleşmesi bekleniyordu. Yani koşullu bir kesinlik söz konusuydu. Belki de Anayasa

(4) KUNTER, *Muhakeme* , n 409, 410, 446, 447 vd

(5) FOSCHINI, II, n 57 vd , 73 vd , 73 vd , PISAPIA, s 6 vd , 206 vd, MERLE/VITU, II, n 179, 190 vd , STEFANI/ , *Procédure* , n 348, BELLAVISTA/ , n 161 vd , PRADEL, *Procédure* , n 417, SOYER, s 497 vd , RASSAT, s 588 vd , LEONE, II, s 81 vd , FRANCHIMONT/ , s 263 vd , PIQUEREZ, I, n 1866-1884, ROUX, Jean-André, *Cours de droit criminel français*, II, Paris, 1927, s 306 vd , BOUZAT, Pierre/PINATEL, Jean, *Traité de droit pénal et de criminologie*, Paris, 1970, II, s 1124 vd , 1128 vd , 1258 vd , De VABRES, n 1269 vd , VILLEY, Edmond, *Précis de cours de droit criminel*, Paris, 1906, s 264 vd , VIDAL/MAGNOL, II, n 782 vd , THIRY, n 600 vd , *Instruction préparatoire*, *Dictionnaire de droit*, Dalloz, Paris, 1966, I, s 1029-1042, VASQUEZ ROSSIS, Jorge Eduardo, *Curso de derecho procesal penal*, Santa Fe, 1985, s 179-188, 388, 389, BARRA, Eladio Escusol, *Manual de derecho procesal penal*, Madrid, 1993, s 325 vd , PRADEL, *Droit pénal comparé*, n 237

(6) YÜCE, s 871



Mahkemesi, “kesin hüküm niteliğini kazanmaya elverişli karar”la, son hükmü amaçlamış ve sorgu yargıcının kararlarını küçümsemiş olabilir. Ancak, her yargıç, yargılamada son karar vermez. Bu çok dar bir anlayıştır. Mahkeme özellikle sorgu yargıcının insan özgürlükleri üzerindeki etkisini hiç gözetmemiştir. Bu aşamayı “hüküm malzemesi hazırlama” olarak görmesinin nedeni belki de budur. Ama ne olursa olsun, ilk soruşturma bir yargılama etkinliğidir, sorgu yargıcı da, yargıçta bulunması gereken tüm nitelikleri taşımak zorunda olan ve yargıçlık yetkileriyle donatılmış bir görevlidir<sup>7</sup>.

İşte ilk soruşturmanın ve sorgu yargıcının hukuksal nitelikleri bunlardır.

141. Soruşturmacı ve karar kurullarının hukuksal niteliklerine gelince, daha önce de vurgulandığı gibi, “soruşturma buyruğu” o dönemde bir “talepname”, soruşturmacı da sorgu yargıcı idi. Yasanın 2.maddesinde C.Yargılama Yasasına göre ilk soruşturma yapılacağı, 5.maddesinde sonsoruşturmanın açılması kararının sorgu yargıcı kararnamesi olduğu, 6.maddesinde de Yasada olmayan hususlarda C.Yargılama Yasasının uygulanacağı, 1916 tarihli Dahiliye Encümeni yazısında, yasal soruşturmanın doğal sonuçları olarak, sonsoruşturmanın açılması ya da açılmaması, tutuklama ve salıverme kararlarının alınacağı, kararların (mazbata) sorgu yargıcı (müstantik) ve suçlama kurullarının (itham heyeti: chambre d'accusation) -ki bu sonuncular sonradan kalkmıştır- kararlarının yerine geçtiği; MYY'nın gerekçesinde işlerin aksamaması için yönetime (kurul ve soruşturmacıya) zor kullanma yetkisi verildiği ve adliyenin işe karışmasının önleildiği belirtilmektedir<sup>1</sup>.

Görülüyor ki, yönetimde görevli soruşturmacılar ve kurullar, sorgu yargıcıdır. Bütün yargıçların da, yargılama etkinliklerini yürütmeleri için, yürütme ve yasamanın etkisinden uzak, yargıçlık güvencesine ve bağımsızlığına sahip olmaları, Anayasanın buyruğudur (md 4, 7, 32, 132). Yönetimde bulunan yargıcın, yani soruşturmacı ve kurulların ise güvencesi ve bağımsızlığı yoktur ve yargı yetkisi bu tür kişi ve kurullara aktarılamaz<sup>2</sup>. Nitekim bu gerekçelerle mahkeme başyazmanlarına sorgu yargıçlığı yetkisi veren Yasa ile, yargıçlık yetkisi bulunmayan c.savcılarının yerlerini değiştiren Yasanın ilgili maddeleri iptal edilmiştir<sup>3</sup>. Ancak, çelişkiye düşme pahasına, MYY iptal edilmemiştir. Çünkü çıkış noktası yanlıştır; sonuç da yanlış olmuştur.

Bu eleştirileri karşılamak için Yüce Mahkemenin iki dayanağı daha var.

Birincisi şu: Yönetimsel merciler, yani soruşturmacı ve kurullar, arama, elkoyma, tutuklama gibi konularda yetkili yargıçtan izin isteyebilirler. Bu doğru değildir. Ni-

(7) YÜCE, s 871-874, ÖZTÜRK, Memurların , s 58, 59, MUMCU, s 177, ÖZEK, Memurin , s 387, OKAN, s 493 141- (1) OKAN, s 499, 500

(2) İstisnai kurullar, Danıştay 2 Dairesi ve Danıştay İdari İşler Kuruludur

(3) 28 5 1965, 100/48, 18 12 1967, 31/45

tekim, sözgelimi tutuklama yetkisini veren 16.madde iptal edilmiştir. Niçin? Tutuklama yetkisi yargıçlara ait olduğundan. Peki geceleyin arama, elkoyma öyle değil mi? Bu yetkileri haiz biri niye yargıca başvursun ki? Başvursa bile, bu ancak o işlemin hukuka uygun kılar. Ne zamana değin? Kaldırılmadıkça ya da iptal edilmedikçe. Ama Yasayı Anayasaya uygun kılamaz.

İkincisi de şu: İlk soruşturmanın mutlaka yargıç tarafından yapılmasını zorunlu kılan bir hüküm Anayasada yoktur. Bu yasa koyucunun takdirine bırakılmıştır. Yasa koyucu da bu takdirini kullanmış, bu yetkiyi yönetime vermiştir. Bu mantık çok yanlıştır. Çünkü her şey Anayasalarda yer almaz. Ama ilkeler bellidir. Anayasada ilk soruşturmanın bağımsız yargıçlarca yapılmasını zorunlu kılan hükümler elbette vardır. Çünkü bu işlemleri yalnızca bağımsız ve güvenceli yargıçlar yapacaktır, yapmalıdır da. Yasa koyucu, bu yargısal işleri yönetimin elinden çekip aldığını açıkça söylerken, bağımlı ve güvencesiz kişilere ve kurullara insanların alinyazısı nasıl bırakılabilir? <sup>4</sup>. Bir hukuk devletinde, bunu onaylamak şöyle dursun, düşünmek bile dehşet vericidir. Anayasanın 132. (1982, md.138) maddesi mutlak bir hükümdür, mutlak bir yasak getiriyor. “Mutlak hükümler ıtlak üzere uygulanır” kuralına göre, bu hükme ters düşen MYY iptal edilmek gerekmez miydi?

142. Bundan başka, MYY, erkler ayrılığı ilkesine de aykırıdır. “Erkler ayrılığı devlet düzeninin en önemli siyasal güvencesidir” (Jellinek). Özellikle 1961 Anayasasına göre, yasama ile yürütme arasında “yumuşak”, ama yargı ile yasama ve yürütme erkleri arasında “katı” bir ayrılık söz konusudur. Hiçbir organ mahkemelere “telkin ve tavsiye”de bile bulunamaz, görülmekte olan dava hakkında yasama organında görüşmeler yapılamaz, sorular sorulamaz, demeçler verilemez ve bu organlar yargısal kararları değiştiremez; onların yerine getirilmelerini geciktiremezler (md. 132, 1982 An. md. 138).

MYY nedeniyle yargısal yetkilere yönetim karışmış ve erkler ayrılığı ilkesi de çiğnenmiştir <sup>1</sup>.

143. Öte yandan bu Yasayla yasalar önünde eşitlik ilkesi de çiğnenmiştir.

Anayasa Mahkemesine göre, eşitlik, niteliklerde özdeşlik/benzerlik durumlarında söz konusudur. O nedenle memurluk psikolojisini iyi bilen uzmanlarca ilk soruşturmanın yapılmasında eşitlik ilkesi çiğnenmemiştir. Çünkü memurların yurttaşlarla konumları aynı değildir.

Bu görüşe katılmak olanaksızdır Çünkü aynı şey sahtecilik v.b. suçları işleyenler için de söz konusudur <sup>1</sup>.

(4) OKAN, s 492 vd , MUMCU, S 177  
142- (1) ÖZTÜRK, Memurların , s 60  
143- (1) Karşı görüş OKAN, S 492

Bütün bu nedenlerle Anayasaya aykırı olan, dava açmada zorunluluk (yasallık) ilkesine ters düşen bir Yasa, ele üç kez fırsat geçmesine karşın, temel kavramların içleri boşaltılarak ve yorum kuralları çiğnenerek, yüzeysel, çelişkili ve yetersiz <sup>2</sup> gerekçelerle Osmanlı'dan Cumhuriyete, Cumhuriyetten demokrasiye ite kaka yaşatılmıştır.

144. Ancak yeri gelmişken şunu da belirtiyim ki, kanımca soruşturmacı ve kurullar olağan (doğal, yasal) yargıç kavramına ters düşmemektedirler. Çünkü olağan yargıç, yasayla önceden kurulmuş ve yargılama yapmaya yetkili yargıçtır. İtalyan Anayasasının tanımı (md.25) da böyledir. Olağanüstü yargıç da, yargılanacak eylemden/olaydan sonra oluşturulmuş yargının yargıcısıdır. Nitekim 1961 Anayasasındaki "tabii hakim" terimi (md.32), maddeyi olduğu gibi yineleyen 1982 Anayasasının 37.maddesinde "kanuni hakim" olarak değiştirilmiştir <sup>1</sup>.

Soruşturmacı kişi ve kurullar, suç öncesi oluşturulduğundan olağan yargıç ilkesine aykırı değildirler <sup>2</sup>.

*b) 1982 Anayasası döneminde:*

145. Bu dönemde öze inen tek bir karar verilmiştir <sup>1</sup>. Şimdi kısaca bu karara değinmek istiyorum.

*aa) Uygulanacak yasa hükümleri konusu:*

146. Yerel mahkeme, MYY'nın bütün hükümlerini Anayasa Mahkemesinin önüne getirmiştir. Ancak yüce Mahkeme incelemesini MYY'nın 1-7., 13. ve 18.maddeleriyle sınırlamıştır.

Yüce Mahkemenin olasılıkla daha önceki eleştirileri değerlendirdiği ve "yargılama" kavramını bu kez dar tutmadığı anlaşılmaktadır: "Ceza Yargılaması soruşturma ile başlayan bir bütündür. İster genel kurallara, ister memurların yargılanmasına ilişkin özel kurallara dayansın, soruşturmanın ilk evresinden mahkemece verilen kararın kesinleşmesine kadar geçen bütün evrelerde uygulanan kurallar, ceza yargılamasında uygulanan kurallardır. Memurun Muhakematı Hakkında Kanun-u Muvakkat, ceza yargılaması yapan yetkili mahkemenin uygulama alanı dışında tutulamaz." Bu gerekçe yerindedir.

Bu gerekçeyle yola çıkan Yüce Mahkeme, MYY'nın yürürlükteki tüm hükümlerini incelemeye almış; ancak davada yargılamaya dayanak oluşturan kurallarla

(2) YÜCE, s 870, ÖZER, s 383, 391

144- (1) KUNTER, n 77, 178, FOSCHINI, I, s 319, PISAPIA, s 30, FENECH, I, s 125, 126, BELLAVISTA/ , s 198. LOZZI, s 59 vd , NAPPI, s 26 vd , PIQUEREZ, N 143-146, HESSE, Konrad, Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland, Heidelberg, 1993, n 556, ODERIGO, Mario A , Derecho procesal penal, Buenos Aires, 1980, s 117, DIAS, Jorge de Figueiredo, s 322; CORDERO, s 256 vd, ÖZTÜRK, Uygulamalı , n 130, YURTCAN, s 55, 56, EREM, Diyalektik , s 92 vd

(2) OKAN, s 492 Karşı görüş MUMCU, s 177, ÖZER, s 388

145- (1) 27 2 1992, 16/11, R G , 23 11 1992, n 21414, s 21-34

mahkemenin uygulayacağı kuralları “uygulanan ve uygulanacak kural” olarak saptadıktan sonra, yukarıdaki madde hükümlerini 1982 Anayasası karşısında değerlendirmiştir.

*bb) Gerekçenin irdelenmesi:*

147. Yüce Mahkemeye göre, Anayasanın 129/son. madde ve fıkrasında yer alan kural “başta Memurin Muhakematı Hakkında Kanun-u Muvakkat olmak üzere, memurları kapsayan özel soruşturma ve izin sisteminin anayasal temelini oluşturmaktadır.”

Bu doğrudur. Ancak eksik bir doğrudur. Daha önce de belirttiğim gibi, “izin”; kamu davasının açılıp açılmaması konusunda kamu yararına uygunluk bakımından, yani suç ve ceza politikası açısından, yasanın yetkili kıldığı makamın bir irade açıklamasıdır. Böylece kamu davasının açılmasının zorunluluğu sisteminin katılığı bir ölçüde yumuşatılmıştır<sup>1</sup>. İzin verildikten sonra ise, soruşturma ve yargılama, yargı organlarınca, yani c.savcısı ve yargıçlarca yapıp bitirilecektir.

Oysa soruşturma sistemini benimsemiş olan MYY’na göre hazırlık soruşturması, yönetimde görevli soruşturmacı ve kurullarca yapılmaktadır. O nedenle ortada izin sistemini aşan bir durum bulunmaktadır. Anayasa Mahkemesinin her iki sistemi özdeş görmesi yerinde bir değerlendirme değildir<sup>2</sup>.

148. Yüce Mahkeme, bundan başka, MYY’nın getirdiği sisteme yöneltilen yargı bağımsızlığı, yargıç güvencesi, eşitlik ilkelerine aykırılık eleştirilerine değindikten<sup>3</sup> sonra, soruşturmanın yalnızca yargıçlarca ve c.savcılar tarafından yapılacağına ilişkin bir Anayasa hükmü olmadığını belirtiyor.

Sonuca etkili olmamakla birlikte bu çıkış noktası, ne yazık ki yanlıştır. Hukukta yorum, olan düzenlemelere göre yapılır, varsayılan ya da olması gereken hukuka ve kurallara göre değil. Yargılama yetkisinin kimlere verildiği bellidir. O açıdan, yargılamanın ne olduğunu doğru tanımladıktan sonra, böyle bir mantıkla soruna yaklaşmak, yadırganacak bir durumdur. Konuya Anayasanın 140.maddesi açısından yaklaşılmalı ve soruşturmacı ve kurulların meslekten savcılar (ve yargıçlar) olup olmadığı sorunu irdelenmeliydi. Eğer hazırlık soruşturması bir “adli görev” ise, Anayasaya göre bu görevin “meslekten savcılar eliyle yürütülmesi” zorunludur. Nitekim, yerel mahkeme, başvuru gerekçesinde Anayasanın 140. maddesine bu nedenle dayanmıştır.

147- (1) KUNTER, *Muhakeme* , n 50, FOSCHINI, I, n 65, CORDERO, S 50 vd , BELLAVISTA/ , s 78

(2) *Anayasa Mahkemesi bir başka kararında da bu görüşe yer vermiştir* (9 2 1993, 44/7)

148- (1) Bilindiği gibi daha önceki kararlarında konuyu bu açılardan irdeleyen *Anayasa Mahkemesi*, MYY’nı, memurlara güvence sağlayan, baskıları önleyen, hizmetin aksamadan yürütülmesini sağlayan ve uzmanlığı dikkate alan bir düzenleme olarak değerlendirmiştir (özellikle 9 2 1993, 44/7)

Yüce mahkeme, soruşturma yetkisinin yönetim organlarına verilmesinin genel anlamda olmadığı nedencesini yukarıdaki nedenceye ekleyerek bunun Anayasanın 140.maddesine aykırı bir durum bulunmadığı sonucuna ulaşmıştır. Gerekçe, derin ve doyurucu değildir. Yüce Mahkemenin de belirttiği gibi, soruşturmacı ve kurullar, c.savcısı yetkisine sahip bulunmaktadırlar. Öyleyse hazırlık soruşturmasının, yargılama açısından hukuksal niteliğini değerlendirecek yerde, niçin bu düzenlemeyle getirilen kararların yargı yetkisine etkisi üzerinde durulmuştur? Üstelik de bu sonuca, yargılama kavramını doğru algıladıktan sonra ve diğer gerekçede iç çelişkiye düşmek pahasına ulaşılmıştır? Bunu açıklamak çok zordur.

149. Bununla birlikte Yüce Mahkeme, kararında, MYY'da yer alan yönetim kurullarının mahkemelerde ve yargıçlarda bulunması gereken anayasal niteliklere sahip olmadıklarını, bunların kararlarına karşı yargı yollarının kapatılamayacağını, kapatılırsa yargısal karar verme ve yargı yetkisini devretme anlamına geleceğini, bunun da hak arama özgürlüğünü içeren Anayasa hükmüne (md.36) ve yönetimin her türlü işlem ve eylemini yargı denetimine açan 125.maddesine aykırı olacağını belirterek, MYY'nın 6. maddesinde yer alan "Bir meclisin kararı aleyhindeki itiraz mafevki mecliste (...) tetkik edilir" tümcesini iptal etmiştir. Ancak maddenin tamamını iptal edilmemiştir <sup>1</sup>.

Anayasa Mahkemesinin maddelerle ilgili ikinci iptal kararı işte budur. Yüce Mahkeme, bu iptal kararının yayımlandıktan altı ay sonra yürürlüğe girmesini öngörmüşse de, ortaya çıkan boşluk, ancak 1.7.1994'te yürürlüğe giren 4005 sayılı Yasa ile doldurulabilmiştir. Kararın yayımlandığı tarihe göre 23.5.1993 ile 1.7.1994 tarihleri arasındaki boşluk doldurulamamış; Danıştay, bu konudaki yasal boşluğu doldurma yetkisi bulunmadığı gerekçesiyle, ilçe yönetim kurullarının kararlarına karşı yapılan itiraz dosyalarını geri çevirmiştir <sup>2</sup>.

149- (1) C G K, 27 4 1994, 179/197  
(2) Dn 2, 22 6 1993, 1318/1492

## SONUÇ

150. Ulaştığım sonuç, bu araştırmanın gelişimi içinde esasen belli olmuştur.

Bu son bölümde önemli noktaları vurgulayarak, ulaştığım sonucun nedenlerini bir kez daha özetlemek istiyorum.

Ancak buna geçmeden önce önemli/yaşamsal saydığım birkaç konuya değinmekte yarar görüyorum.

Otuz yılı aşan bir zaman dilimi içinde, öğreti ve uygulamayla iç içe yaşamış, MYY'nın olumsuzluklarını somut biçimde gözlemiş birinin yansız olmadığı düşünülebilir.

Bunlara karşı söyleyeceklerim var.

Sağlıklı düşünme ve araştırmacılık kuşkusuz bir yaşam biçimidir. Bir araştırmacı, kanımca, Sokrates, Bacon, Descartes, Durkheim, Spencer, Husserl, Bachelard, Cuvillier gibi ustaların bu konuda yazdıklarını iyi bilmek ve düşüncenin ve sağlıklı düşünme yöntemlerinin bu doruklarından bilimsel araştırmanın etik ve mantıksal kurallarını öğrenmek zorundadır. Araştırmacılık; bilgilenme, sergileme, algılama, çözümleme, sinama ve değerlendirme aşamalarına uymayı, özellikle sonuçları karışıt görüşlerle çapraz sinamalardan geçirmeyi gerektirir.

Araştırmacı, bilimsel yöntemin, bilimin önünde ve hatta üzerinde olduğunu bilmek zorundadır.

Memur yargılamasını incelerken elbette bu kurallara ben de uymaya çalıştım. İlkın “bilinçli bilmezlik” kuralı gereğince daha önce bildiklerimden, mesleksen ve kişisel (ön)yargılarımdan “beynimi/zihnimi” temizlemeye, hepsini askıya (epoché) almaya, masamı boşaltmaya (tabula rasa) özen gösterdim.

İkinci olarak, bu konuda ulaşabildiğim ne varsa, bilinenleri, söylenenleri, yaşananları masanın üzerine koydum. Gereçler/girdiler ne denli zengin olurlarsa yelpaze de o denli geniş olur; bakış açıları çoğaldıkça sağ esen tercihlere/sonuçlara kuşkusuz o denli kolay ulaşılabilirdi. Bunu gerçekleştirmeye ve gri alanı daraltmaya çalıştım.

Üçüncü olarak, topladığım gereçleri/girdileri, aralarında öncelik/sonralık sırası gözetmeden ve hiç birini savsamadan, bir izsürücü sabrı içinde, bilimsel bir merak ve metodik bir kuşkuyla irdelemeye koyuldum. En ufak kuşkuda en çok kıyan kartezyen kuşkuculuğu, Pyrrhon'un ilkeli kuşkuculuğuyla frenlemeyi denedim. Cogito, herkes için kesin ve yansız bilinç demektir.

Karşılaştırmalı hukuku, öğretiyi, uygulamayı yer yer tümdengelimci, yer yer somut olgu ve deneyimlerden yola çıkarak tümevarımcı bir yöntemle çözümlemeye çalıştım.

Bu gerçekleri kullanmaya, bu yöntemi izlemeye çabalayan, bu deneyimi yaşayan birinin, memur yargılaması konusunda sergileyecekleri de, sanırım eski dille, “ihticaca salih” sayılacaktır.

151. Bu umut ve inançla diyorum ki, memur yargılaması konusunda “yönetmelik güvence” sisteminden; bir başka deyişle bunun alt sistemleri olan, ister yalnızca hazırlık, ister hazırlık ve ilk soruşturma birlikte olsun, “yönetmelik ön soruşturma” ya da “izin” sistemlerinden vazgeçilmelidir.

Özetle, MYY ve Anayasanın 129/son.madde ve fıkrası kesinkes kaldırılmalıdır.

152. Bunun nedenleri artık bellidir.

Türkiye Cumhuriyetinin değiştirilemeyecek niteliklerinden biri “hukuk devleti”dir (Anayasa, md.2, 4).

Çağcıl devlet, hukuka yaptığı yollamalarla biçimlenir; hukukun sınırları onun da sınırlarıdır. “Az devlet, çok hukuk” formülünde özetlediğim böyle bir devlet, bireylere hukuk sınırlarında kaldığı ve kalacağı inancını, hatta taahhüdünü verdiği için herkesin güvendiği bir devlettir. Güç ile haklılık/meşruluk arasında var olan doğru orantı nedeniyle bu katsayı yükseldikçe devlete daha çok itaat edilir, saygı duyulur. Bir devlet ancak böylelikle güç kazanır. Çünkü onda hukuk; adaletin süzgecinden geçmiş, devletin gözeleri böyle bir hukukla örülmüştür. Bu oluşumun sosyo-politik adı sivil toplum, örgütsel/hukuksal adı ise hukuk devletidir.

İşte yönetmelik güvence sistemi, hukuk devletiyle, hukuk devletinin yüklemeleri olan olmazsa olmaz ilkeleriyle, değişmezleriyle (sabiteleriyle) taban tabana çatışmaktadır.

Hukuk devletinde iktidar (erkler kompleksi) halk egemenliğine dayanır. Egemenlik tektir. Ancak, iktidar, kaba güce dönüşmemesi için, üç organ arasında üleştirilmiştir: Yasama, yürütme (yönetim), yargı. Bu erkler birbirinden ayrı ve bağımsızdırlar. Aynı kişi ya da aynı kamusal kurum, bu erklerden yalnızca birini kullanabilir. Erkler ayrılığı ilkesi, hukuk devletinin karkasıdır, omurgasıdır; Archimiedes’in “kaldıraç noktası”dır. O yoksa demokrasi ayağı kaldırılamaz, ayakta duramaz.

153. Yönetmelik güvence sistemi, yargılamanın bir bölümünü yürütmeye/yönetime bırakarak, ilkin bu omurgayı çatlatmıştır. Özellikle bu, ilk soruşturma evresini benimseyen yargılamada çok daha çarpıcı olarak ortaya çıkmakta, yargı yetkisinin bir bölümü yönetime aktarılmış bulunmaktadır. Böylece, yargı daha güçlü kılınacak yerde marjinalleştirilmiş, alanı daraltılmış, yönetim yargının önüne geçmiş ve daha güçlü kılınarak yargının harimi ismetine girmiştir. Oran ne olursa olsun, yargıya başka bir güç, yabancı bir katkı maddesi/girdi sızarsa, adalet bütünüyle kirlenir. O nedenle, yargı yetkisinin bir bölümünü başka organa aktaran ve böylelikle

yargıya yabancı öğeler karıştıran bir devlet, Nietzsche'nin tanımladığı devlettir. Hani şu “çaldığı dişlerle ısırın hain yaratık”.

154. Yargının işini yönetime aktarma, hukuk devletine yön veren bir başka ilkeyi de çiğnemektedir. O da şudur: Hukuk devletinde egemenlik; yasa/yazılı hukuk yapılarak (yasama), bu hukuk uygulanarak (yürütme), hukukunun ne olduğu açıklanarak (yargı) somut yaşama yansıtılır ve ortaklaşa kullanılan egemenlik hep tek kalır. O nedenle, bu tek egemenliği kullanırlarken, zorunluluk olmadıkça yasama yürütmeye, yargı da yasama ve yürütmeye egemenlik haklarını aktaramazlar. Böyle bir aktarmanın gerekçesini ve oranını zorunluluk ölçütü belirler. İstisnalar, ancak bu gerekçe ve orana göre getirilebilir. Zorunluluk olmadığı zaman, artık istisna değil, sapma söz konusu olur.

Yargı açısından da tek egemenliğin kullanımı olan yargılama etkinliğinin/erkinin halk adına tek bir organda toplanması asıldır. Bunun adına “yargılama birliği ilkesi” denilmektedir.

Bu ilkeye de, ancak zorunluluk gerekçesiyle istisnalar getirilebilir. “Yönetsel güvence sistemi”nin zorunluluk gerekçesinin içinde kalmadığı, uygar ülkelerdeki deneyim ve evrimlerle kanıtlanmıştır. O yüzden, yargısal erkin bir bölümünü yürütme/yönetme erkine vermek, bir istisna değil, yargı birliği ilkesinden sapmadır (détournement); yer yer de ilkenin çarpıtılmasıdır (distortion). Vacip mi yoksa caiz mi sorularıyla oyalanmak ve böylelikle bilimin vurgularını saf dışı etmeye çalışmak boşunadır. Yargı birliği ekseninde yargı erkinin bizzat yargı organınca kullanılmasına katlanamayan bir yönetim; hem yargıyı Hobbes'un kurtlar sofrasına teslim etmiş ve hem de, militan ve jakoben anlayışın yarattığı “yargı dışındaki yargı” sayesinde, “bürokratlar kastı”nı ve onun özel iktidar kaynağını da yaratmış demektir. Nitekim geçen yüzyılda gene yineleme pahasına söyleyeyim ki, devleti/yönetimi yıpratmama kayısının ayartıcı/çekici büyümesine teslim olunarak yargılama etkinliği ters yüz edilmiş, yürütme yargının elini kolunu bağlayarak onu tutsak etmiştir. Etmiştir etmesine ama, deneyimler; yargı birliği ilkesindeki depremesel çatlağa ilkin devletin/yönetimin düşmesini önleyememiş; devletin saygınlığı halkta biriken güvensizlik ve öfke burgacında yok olup gitmiştir.

Bu denemeleri sürdürmeye kimsenin hakkı yoktur.

Esasen gerçek bir hukuk devleti bunları onaylayamaz.

155. Yukarıda bu üç erkin birbirinden bağımsız olduğunu belirtmiştim. Çağcıl anayasalar, özellikle yargı erkinin bağımsızlığını, hiçbir kişi ya da organın onu dolaylı ya da dolaysız etkileyemeyeceğini, herkesin onun verdiği kararlara uyacağını vurgulamak gereğini duymuşlardır. Çünkü yargı erki, hukukun ne olduğunu söy-



lerken, bağımsız, her türlü etkilerden arınmış ve yansız olmalı, bu ortam ona mutlaka sağlanmalıdır. Zira, yargı, hukukun ne olduğunu söylerken bir güçtür/otoritedir de. Yönetenler, bu nedenlerle, her dönemde bu gücün tümünü ya da bir bölümünü hep ellerinde tutmak istemişlerdir. Ancak, gerçek bir hukuk devleti bunu hep reddetmiştir. Yargıyı, yargıcı; yasamaya, yürütmeye, yönetime ve hatta kendine karşı bağımsız ve yansız kılma kaygısı, hukuk devletinin soylu bir kavgasıdır. O yüzden hukuk devletinde yargı bağımsızdır; bağımsız olduğu için de yansızdır. Yönetim yargının hukuksal denetimindedir. Yönetim yargısallaştırılamaz, ama hukuksallaştırılması zorunludur. Yargı bağımsızlığı, yönetim için bir travma değil, devletin adalette yansızlık taahhüdüdür, hukuk devletinin de şah damarıdır.

Yönetsel güvence sistemi; yargı bağımsızlığı ve yargıcın yansızlığı ilkelerine de ters düşmektedir; Zorba/buyurgan devlet döneminin bir kalıntısıdır.

O yüzden hiç bir hukuk devleti bunu içine sindiremez.

156. Hukuk devletinin vazgeçemeyeceği bir ilke de, herkesin yasalar önünde eşitliği kuralıdır. Yargılamada yargıcın bağımsızlığı ve yansızlığı ilkeleri, bu kuralın yaşama geçmesini sağlarlar. Eşitlik, cinsiyetsiz bir kavramdır.

Yönetsel güvence sistemi herkesin yasalar önünde eşitliği ilkesini de örselemektedir. 2000'li yıllara hazırlanan Türkiye, Kanuni Sultan Süleymanın yasalarının gerisinde kalmayı göze alamaz, almamalıdır da.

Bu ilkeler, insanca/uygarca yaşamının ilkeleridir. İnsanlık onlara kolay kavuşmamıştır. O yüzden tümü de kristal özeniyle korunmaları gereken ilkelerdir. Çağın ruhunu yakalamanın biricik yolu da budur.

157. Genel bağlamda söylenen bu olumsuzlukları; izin sistemini benimseyen Anayasamız ve özellikle yönetsel soruşturma sistemini benimseyen MYY açısından ele aldığımızda ortaya çıkan tablo hiç de hoş değildir.

Tarihsel evrime bakıldığında saptananlar şunlardır: Herşeyden önce, ceza yargılaması, hemen her devlette, devletin ideolojisinden en çok etkilenen kurum olmuştur. Bu durum ceza hukukunun her dalında da duyumsanmıştır. Özgürlükçü rejimlerde yargılama esnek ve yumuşaktır. Ancak rejim otoriterse, ceza yargılamasına damgasını ister istemez vurmaktadır. Sözgelimi, 1917-1958 yıllarındaki Sovyet rejiminde ceza yargılaması, 1958-1990 dönemine oranla daha serttir, kırılmaz yapıdadır. Buna bir de eski dönemlerde, etkili, hızlı ve az giderli yargılama kaygısı eklenince yargı ve yönetim görevleri ister istemez birbirine karıştırılmıştır<sup>1</sup>. Kuşkusuz memur yargılamasında devleti/yönetimi kollama kaygısı da otoriter devletlerde daha çok ön planda olmuştur. İzin sistemi işte bu dönemlerin bir kalıntısıdır. Üstelik memurlar

157- (1) PRADEL, *Droit pénal comparé*, n 91, 94, 95, 99, 258

eski devletlerde, buyurganın adamlarıdır/temsilcileridir. Doğal olarak buyurganca korunmuşlardır. Ancak daha sınırlı (jakoben/meşrutî) devlet anlayışına ulaşıncaya, memur yargılaması ya yönetsel izne tabi kılınmış ya da başlangıç aşamasında yönetsel bir soruşturmaya gerek duyulmuştur. Demokratik rejime ve hukuk devletine geçildiğinde ise, memur yargılaması, erkler ayrılığının ve yasalar önünde eşitlik ilkesinin doğal sonucu olarak, a'dan z'ye bağımsız yargıya bırakılmıştır. Hatta Belçika örneğinde görüldüğü üzere, bu konuda yönetsel güvence sistemine dönülmemesi için geleceğin yasama organlarını bağlayıcı nitelikte anayasal hükümler getirilmiştir.

158. Bizdeki tarihsel evrim de hemen hemen aynı çizgiyi izlemiştir. Padişahlar kulları olan memurları önceleri korumuşlardır. Tanzimatta, memur yargılaması ilk kez yazılı kurallara bağlanmış ve bütünüyle yönetime bırakılmıştır. Burada dikkati çeken nokta şudur: 1872 Nizamnamesinin çıktığı dönemde, devletin yeniden yapılanma için esinlendiği Fransa'da, yönetsel soruşturma şöyle dursun, izin sistemi bile bırakılmışken ve böylece Benoit'nın değişimiyle hukuk devleti yolunda ikinci Bastille yıkılırken, Osmanlı yönetimi devlet memurunun bütün soruşturmalarını üstlenmiştir. Saptanan bu olgu, hem çağ gerisi ve hem de Tanzimatın özüyle çelişen bir durumdur. Çünkü Tanzimat her şeyden önce dış güçler karşısında yargı birliğini gerçekleştirme savaşını vermiştir. Patrikhane/konsolosluklar o dönemde azınlıkları kendileri yargılamışlardır. Yersellik (mülkîlik) sistemiyle çatışan bu kişisel sistemini ve yargı kapitülasyonlarını kaldırma girişimleri çok çetin çatışmalara yol açmıştır. Âli Paşa, Londra'daki Osmanlı Büyükelçisi Müzürüs Paşa'ya yazdığı mektupta bundan yakınmış; Kırım savaşından sonra toplanan Paris Kongresinde, yabancıların bu yargı yetkilerinin "hükümet içinde hükümet" yaratma anlamına geldiğini, iyileştirmeleri önlediğini belirtmiştir. Avrupa devletleri temsilcileri, birlikte savaş kazanma ortamı içinde, o sırada bu görüşlere hak vermişlerdir. Hatta daha sonraları İstanbul'daki Fransız Büyükelçisi, bunları akıl almaz ayrıcalıklar diye nitelmiş ve Osmanlı'daki yabancıların yasaların üstünde ayrıcalıklı bir sınıf olduklarını söylemiştir. Ancak, Avrupalıların o dönemde bir kaygıları vardır ve o da şudur: Osmanlı'nın mahkemeleri henüz yetersizdir; yargılaması uygar devletler düzeyinde değildir <sup>1</sup>.

Meşrutiyette ise hazırlık ve ilk soruşturmaları yönetime bırakan MYY'na ulaşılmış, Cumhuriyete işte bu Yasayla girilmiştir. 1923'te ise 1910'lar gibi henüz mahkemeler tam kurulmamış, yazılı hukuk yerleşmemiştir.

158- (1) TÜRKGELDİ, Ali Fuat, (B S Baykal), *Mesâil-i Mühimme-i Siyasiyye*, Ankara, 1987, I, s 115, 116, CEVDET PAŞA, (Hz Y Halaçoğlu), *Mâruzat*, İstanbul, 1980, s 195, BAYUR, Hikmet, *Türk İnkılâbı Tarihi*, III, s 155, AKYOL, Tuba, *Kapitülasyonlar ve çok hukuk*, Pazar Postası, 21 7 1996, *Sevr yolunda çok hukuk*, Pazar Postası, 28 7 1996

1930'lara girilirken, MYY'nın varlık nedenini çürüten ve yalnızca "izin" sistemini öngören 1609 sayılı Yasanın çıkarıldığı ve hukuk devletine özgü yargı birliği ilkesine doğru adımlar atıldığı görülmektedir. 1961 Anayasasının erkler ayrılığı ve yargı bağımsızlığı ilkelerine karşın, yürürlükteki 1965 tarihli Devlet Memurları Yasası, MYY'nın sürdürülmesini onaylamış ve Anayasa kaçağı bu Yasa, 1960-1970 döneminde Anayasa yargısının süzgecinden kendini kurtarmıştır. Bu arada Yasanın bir maddesi hükümsüz kalmış, bir maddesi ve daha sonra da bir maddesinin bir tümcesi iptal edilmiştir.

159. Bu, içeriği boşaltılmış, eprimiş ve çağın gerisine düşmüş Yasa, Türk yazılı hukuku içinde kurnaz hukukçuların nişan aldıkları yargılamamızın Akhilleus topuğu olma işlevini sürdürürken, 1982 Anayasasıyla, Türk hukukçuları engerek düğümü bir madde karşısında kalmışlardır: 129/a. Jakoben devlet anlayışının uzantısı olan bu maddeyle, Belçika'da 1831'de, Bolivya'da 1861'de ve Fransa'da 1870'te yazılı hukuktan dışlanan izin sistemi, anayasal bir kural düzeyine getirilmiş, böylece Türk toplumu ve hukuku tarihsel bir anakronizmin döngüsel kıskaçına sıkıştırılmıştır. Belçika 1831 (md.24) ve 1994 Anayasalarına (md.31) izin sistemi gibi bir yönetsel güvence-nin benimsenemeyeceği kuralını getirirken, Türkiye'nin 151 yıl sonra hak arama özgürlüğü (Ana, md.36) ile çelişme pahasına Anayasasında izin sistemini öngörmesi, onun dünyadaki gelişmelerden ne denli uzak olduğunun çarpıcı bir kanıtıdır.

Kanımca geçen yüzyılın Osmanlı yasa koyucusu bile, memur yargılamasındaki gelişmeyi, 1982'nin kurucu iktidarından daha iyi görmüştür. Gerçekten "Meclis-i Mebusan" ve "Meclis-i Âyan" tutanaklarına göre, o günün yasa koyucusu, "vatan çocuklarının adalet karşısında ayrıcalıklı (mümtaz) nitelik taşımadıklarını göstermek için girişilen bu çabanın ileride tamamlanacağını" belirtiyor, bir bakıma zamanı gelmediği için kaldıramadığı eşitsizlik nedeniyle bu yanlış düzenlemeden dolayı halkından özür diliyordu. Ne yazık ki, o soluklanma dönemindeki söz konusu "hukuki fütühat" 1982'de bile tamamlanamamıştır.

MYY'nın kaldırılarak, olağan yatağında yürüyen hukuk devriminin tamamlanması ve hukuk devletine ulaşılması umulurken, görüldüğü gibi, 1982 Anayasası her şeyi alt üst etmiştir.

160. Yönetsel güvenceyi yaratan kurgusal düşünce bellidir. Yönetimin saygınlığını korumak için, açık yargılama öncesi yönetimin, gizlice bir soruşturma yapmasını sağlamak ya da ona izin verme yetkisi tanımak.

Aslında bu kozmetik/resmi gerekçe kazınınca altından buyurgan/jakoben devletin dayandığı asıl felsefe, daha doğrusu sahici yüzü ve kaygısı ortaya çıkmaktadır: "Hikmet-i hükümet."

7.8.1766'da Prusya Kralı Büyük Frederik, Voltaire'e Fontenelle'in şu öğüdünü vermiştir: "Avuçlarım gerçeklerle dolu olsaydı onları halka açmazdım". Bu doğrudur. Çünkü buyurgan devlet, saydam olamaz. O kendinden menkul "hikmet-i hükümet" kurgusundan hiç bir zaman vazgeçmemiştir; vesayetçidir.

İşte 1913 kuşağının çıkış noktası da bu olmuştur. MYY bu anlayışın ürünüdür. Yönetim avuçlarındaki gerçekleri bağımsız ve herkese açık yargıdan ve dolayısıyla halktan gizlemek istemektedir.

Oysa hukuk devleti, "hikmet-i hükümet" anlayışını reddeder; çünkü saydamdır. Fransız Devriminin 200.yılında, 6 Ocak 1989'da, Fransız Yargıtayında yeni yargı yılı dolayısıyla Başkan F.Mitterand şöyle diyordu: "Hukuk/adalet/yargı hiç bir biçimde "hikmet-i hükümet" denilen nesne adına kurban edilmemelidir. Uzun yıllardan beri taşıdığım siyasal sorumluluğum döneminde hikmet-i hükümet diye bir nesneye hiç rastlamadım. Ne zaman ondan söz edilmişse, bilmelisiniz ki, bu bir başka şeyi gizlemek için uydurulmuş bir bahanedir."

Esasen "hikmet-i hükümet", bir ters evirme (contraposition) mantığının ürünüdür. Tıpkı "ölümlü olmayan insan değildir" gibi, "hikmet-i hükümete dayanmayan, devlet değildir" mantığını sergilemektedir.

İşte bu "hikmet-i hükümet" sofizmi, bizde de MYY ve Anayasanın 129/son.madde ve fıkrasını yaratmıştır. Amaç, hukuk devletinin son hedeflerinden biri olan devlette saydamlığı önlemektir. Eğer devleti yönetirken yönetenlerin elindeki tek silah, bu ne olduğu belirsiz "hikmet-i hükümet" safsatası ise, tıpkı "sahip olduğu tek şey elinde taşıdığı çekiç olan kişinin herşeyi çivi olarak görmesi" (A.Maslow) gibi, yönetenlere de herşey ve bu arada yargı da dışlanması gereken bir güç olarak görünecektir. Bu yüzden yönetsel güvence sistemiyle ister istemez aşılmaz duvarlar örmeye durulacak, girilemez sığınaklarda neler yapıldığının hesabı kimseye verilmeyecektir.

Oysa kapalılık yoğunlaştığı ölçüde devlette kirlenmenin ivmesi her zaman ve her yerde artmıştır. Peki bu kimlere yaramıştır? Yöneticiler/yönetenler dahil hiç kimseye.

Bu nedenlerle yöneticiler/yönetenler, konuyu tek boyuta indirgemekten vazgeçmelidirler. Erklar ayrılığı, yargı bağımsızlığı ve eşitlik ilkeleriyle başka ülkelerin deneyimleri açısından da sorunu irdelemeli; özeleştiriyeye yanaşmalıdırlar. Zira "Ortaçağ kendini yargılayabilseydi ortaçağ olmazdı" sözü her konuda, her çağ için geçerlidir.

161. Son çözümlemede gelinen nokta artık bellidir. Yönetsel güvence sistemi hemen her ülkede ve Türkiye'de, bir sorun olmanın da ötesinde, sözcüğün tam anlamıyla birçok olumsuzlukları beraberinde getiren, hukuk devletinden çok şey

götüren boğum boğum bir sorunsallar yumağına dönüşmüştür. Sonunda da devlet/yönetim, kendi yanlışıyla boğuşmak zorunda kalmıştır.

Gerçekten hikmet-i hükümet felsefesiyle yola çıkan her yönetim, her şeyi kendi kozası içinde çözme kaygısıyla infiratçılığa yönelmiş, devletin saygınlığını koruyacağı dediği halde, tam tersi yaşanmış, kendini koruma kaygısının ufuksuzluğuna kilitlenerek, devletin/yönetimin saygınlığını örselemiştir. Bundan, memur da yıpranarak çıkmıştır. Çünkü, uygulamada, bu yapay gerekçe gerçekleşmemiş, memur korunmuştur. İstatistikler, Fransa ve İtalya'da suçluluğuna inanılan birçok memurun bağımsız yargı önüne çıkarılmadığını ortaya koymuştur. Böylece yönetsel güvence sistemi yörüngesinden sapmış, toplum; bu sistemin yasalarının yarattığı, suç işleme konusunda "en çok müsaadeye mazhar" memur sınıfının bu ayrıcalığından, bilimsel deyişle bu yabancılaşma (aliénation) olgusundan kurtulmak için birçok ülkede amansız bir savaşıma girmiştir. İtalya gibi kimi ülkelerde bu savaşım utku kazanmış ve en sonunda saydam yönetime ulaşılmıştır.

Hukuk devletinde sokaktaki insandan Cumhurbaşkanına dek herkes, hukukun ne üstündedir, ne dışındadır; yalnızca içindedir. Hiç kimseye suç işleme lüksü, ayrıcalığı tanınmaz. Devlet, her suçla savaşmak, onu bağımsız ve yansız yargının önüne getirmek zorundadır. Yönetsel soruşturma ya da izin bahanesiyle bir ayrıcalıklar küresi yaratarak suçluyu yargının önüne getirmeyen bir devlet/yönetim, yalnızca görevini savsamakla kalmaz, o suça kendisi de katılmış; suçu özendirmiş olur. Böyle bir devlet suçları önleyen değil, özendiren (kirimojen) bir etkindir. Bunları önlemek için Türk ceza yargılaması, kamu davasını açmada uygunluk/yerindelik sistemini değil, zorunluluk/yasallık sistemini benimsemiştir. MYY ve izin sistemi; bu sistemle de çatışmakta ve devleti suç üreten bir etkene dönüştürmektedir.

162. Her şeyden önce MYY; liva, irade-i seniye gibi kavram ve kurumlarıyla, bilmece gibi diliyle, cumhuriyet ve demokrasinin aydınlık kuşağının değil, meşrutiyetin alacakaranlık kuşağının ürünüdür. Şimdiki zamanda değil, di'li geçmiş zamanda yaşamaktadır. Çağımızca iyileştirilmesi olanaksızdır. İptallerle budanmıştır. Kapsamları bir türlü tanımlanamayan memur, soruşturma, yasa yolları v.b. terimleriyle, içerikleri ilkin boşaltılmış ve sonra da herkese göre başka başka doldurulmuş kavramları ve hükümleriyle, yol açtığı asimetric içtihatlarla, duruşma aşamasında kışkırttığı yargılama spazmıyla, yargılama tükendikten sonra da yazılı emir gibi olağan dışı yollardan sızarak yargılamada yarattığı skandal boyutlu kısa devrelerle, nerede başlayıp nerede bittiği belirsiz bir yağ lekesi gibi Türk yazılı hukukunun içine yerleşen bu Yasa, yargıyı hem yormuş, hem de yıpratmıştır.

Yanlış açılan ya da hiç açılmayan davalarla yönetim irtifa yitirirken, gel-git salınımında işleyen zamanaşımı ve geciken adalet yüzünden yargı yara almıştır.

163. Bu noktada, sözü yöneticilerimize getirmek istiyorum. “Gelin tanış olalım/İşi kolay kılalım”.

İlkin yargıya inanalım ve temiz toplum amacıyla birleşiyorsak, yargıyı güçlendirelim.

Hazırlık soruşturması, yargılamanın yoğunlaşma sürecinin başlama ve suç olayına en yakın evresidir. O nedenle kanıtların elde edilmesi ya da karartılması açısından çok önemlidir; ilerideki evreleri ve hükmü etkileme gücü çok fazladır. Bu evreyi; yönetim hiyerarşisi içinde yer alan, âmirlerine bağımlı, bu yüzden de her türlü etkiye açık, kabul edelim ki, genelde hukuktan hemen hemen hiç anlamadıkları bugüne değin edinilen deneyimlerle ve kırık dökük yarım bilgilerin ışığında düzenledikleri belgelerle kanıtlanmış “memur-soruşturmacılar” yerine; bağımsız yargı içinde görev yapan, meslekte yetişmiş, işi gücü soruşturma ve yargılama etkinliklerini yürütmek olan yansız c.savcılarına verelim. Bu daha güvenli ve güvencelidir. Şu unutulmamalıdır. Hukukçu doğulmaz, hukukçu olunur. Hukukçu, yalnızca hukukun doğrularını savunur. Kendi doğrularını savunanlarla yan yana olamaz. Yönetim, bir hukuk devletinde kendini koruyucu nitelikte bir görüntü veren kendi hukukuna salgılamak isteyebilir. Ancak bu yalnızca bir istektir/dilektir. Hukukçunun gerçeği ise toplumun içindedir.

Hem yönetim, yargı erkinden niye ürküyor ki? C.savcısı daha bağımsız, daha yansız, daha bilgili olduğu için mi? Adaletin bu vazgeçilmez erdemleri, memur yargılamasında niye kusura dönüşüyorlar? Bu erdemlerle yüklü bir yargı ve onun önüne çıkmak, yönetimi sarsmak şöyle dursun, önemini, değerini artırmaz mı?

Bu yüzden yöneticilerimiz, ilkin, kamu davalarının “gelişigüzel” açıldıkları savından vazgeçmelidirler. Esasen bu “gelişigüzel” sözcüğünün içinde, yürütmenin yargıya bakışının öyküsü bütün ayrıntılarıyla gün ışığına çıkmaktadır. Dahası sözcük, bir savı da dillendirmektedir. Ne var ki bu sav, belli bir olayla sınırlandırıldığında elbette katlanılabilir bir eleştiridir; ancak genelleştirildiğinde bunu aşmakta, ağır bir suçlamaya dönüşmektedir. Yargı kurumu, dayanaksız genellemelerle yıpratılmamalıdır.

İkinci olarak, yöneticilerimiz, güvenceli c.savcısına, güvencesiz yönetim mütemedi soruşturmacıdan daha çok inanmalı, yargıya güvenmelidirler.

Üçüncü olarak, yöneticiler, hukuksal olmayan kanıtlama girişimlerinden vazgeçmelidirler.

Bunlardan kendimizi arındırmadığımız takdirde geleceğin aydınlık olmayacağı inancındayım.

Bunun somut yansımaları ve örnekleri ortadadır.

164. 1961 Anayasası, özgürlükçü demokrasi açısından, İtalyan Anayasasının hiç de gerisinde değildi. Ancak, İtalyan Anayasa Mahkemesi, izin sistemini bile, yasalar önünde eşitlik ve özlü deyişle erkler ayrılığı ilkeleriyle doğrudan sorumluluk esasına aykırı bulurken, Türk Anayasa Mahkemesi, 1961 Anayasası döneminde MYY'nı Anayasaya aykırı bulmamış, bu yoldaki girişimler sonuçsuz kalmıştır.

Anayasa Mahkemesinde görev alan yargıçlarımıza elbette inanıyorum. Anayasa yargısı yaparlarken, “fikri hür, irfanı hür, vicdani hür” yargıçlar olarak karar verdikleri kuşkusuzdur. Çünkü, karar verirken, yargıç bir kişi değil, bir kurumdur. Yargıçlar, kişisel kaygılardan, ideolojilerden arınmış nesnel bir mantıkla karar verirler. Kendi adlarına değil, egemenliğin yansıdığı hukuk adına; ülkeyi, kimi toplum katmanlarını kurtarmak için değil, yürürlükteki hukuku egemen kılmak için karar verirler. Anayasa yargıçları da elbette öyledir ve bir yasayı ya da yasa düzeyindeki kararnameyi, salt anayasa kurallarının ışığında değerlendirirler. O nedenle daha önceki satırlarda Anayasa Mahkemesinin MYY'yla ilgili gerekçesindeki sözleri, yalnızca MYY'nın gerekçesinin saptanması olarak değerlendirdim. MYY savunan bir değer yargısı olarak görmedim. Çünkü böyle bir değer yargısı, yüce Mahkemenin “nesnel mantık kararlar”yla değil, bir yazarın deyişiyle “yürek kararları”yla (arrêts de coeur) hükümler kurduğu anlamına gelir; hükümlerin yetki aşımıyla sakatlanması sonucunu doğururdu. Bu nedenlerle ben devleti/yönetimi kollama gibi güdülerin kararlarda etkisi olduğunu elbette kabul etmiyorum.

Ancak, bu konuda iki nokta beni hep düşündürmüştür. Onlara değinmeden edemiyeceğim.

İlkin, Anayasa aykırılık istekleri oybirliğiyle değil, oyçokluğuyla reddedilmişlerdir.

İkincisi, genel olarak, yargıdan, özellikle de adli yargıdan gelen üyelerin iptalden, yönetimden gelen üyelerin ise iptale karşı oldukları görülmektedir. Evet, yukarıda da söyledim. Yargıçlar karar verirlerken, hukuk kurallarıyla başbaşıdırlar. Yalnızca “Anayasaya, yasaya ve hukuka uygun olarak vicdani kanılarına göre hüküm verirler” (An.md.138/1). O dönemdeki Anayasada da ufak bir ayırtıyla aynı hüküm vardı ve “Yargıçlar, Anayasaya, yasaya, hukuka ve vicdani kanılarına göre hüküm verirler”di. Acaba bu vicdani kanı, “En yumuşak yastık vicdandır” (İncil) yargısıyla, hukuktan büsbütün yalıtılmış bir vicdani kanı olarak mı algılanmıştı? Yoksa yöneticilerle hukukçuların kodları ve dalga boyları bunca farklı mıdır?

Yüce Mahkemenin bilimsel içerik çözümlemelerine inanılamayacak ölçekte dayanıksız gerekçesini eleştirirken, karşılaştırmalı hukuk eksikliğinin beslediği alt yapı sığınağına ve yetersizliğine, kimi kavramlarda gördüğüm, eski deyişle, “galat-ı tahakkümi”ye, kalkış ve varış noktalarındaki “galat-ı fahiş”lere, çağcıl hukukun süzme kavramlarına yüklenen anlam darlığına ve dolayısıyla ufuk yetersizliğine, çağımızca yürütülmeyen mantığa ve gözlediğim derin hukukun yürek vuruşlarının yokluğuna, bu nedenlerle de mahkeme kavramına çivilenip kalmış kalkış ve varış noktalarındaki dizi dizi yanılgılar dökümüne ve nihayet yineleyici eşsözlerle (tautologie) dolu üslubuna katılmadığımı belirtmişim.

Yorumlama, hukukta bilime ve kurallara dayanan bir sanattır. Bunlara yaslanmayan ve duygu yüklü boyutu, akılcı boyuta baskın kılan etkinliklerse, artık bir yorumlama değil, belki bir yorumsamadır. Hukukçu bu tuzağa elbette hiç mi hiç düşmemelidir.

Bu konudaki inancım şudur. Yüce Mahkeme, yargısal güvence sistemini, bir gözü hukukta, bir gözü yönetimde şehla değerlendirmeye değil, salt hukuksal/anayasal açıdan irdelerse, MYY’nın hukuk devletinde yaşama şansı kalmayacak, o zaman Türkiye de hukuk devletine evrilme olanağı bulacaktır. Elverir ki, kanıtlama çaresizliğimizin yarattığı ve bizi çevreleyen duygu-yoğun küreden her alanda kıtlığını çektiğimiz akıl-hukuk-yoğun küreye sıçrayalım.

Bunu başarmaya mahkûmuz. Buradaki tek hafifletici neden de bu başarma umududur.

165. Yeri gelmişken burada bir ayrıç açmak istiyorum. Danışma Meclisinin kimi üyelerince 1982 yılında hazırlanan, 30 maddelik “Memurların Yargılanmaları Hakkında Yasa Önerisi” konusunda Adalet Bakanlığının düşüncesi 24.3.1983 tarihinde Başbakanlığa sunulmuştur. Zamanın Adalet Bakanı yazısında, 1982 Anayasasının 129/son. madde ve fıkrası karşısında izin sistemine geçilmesi gerektiğini, MYY’nın bu nedenle Anayasayla çeliştiğini, ülkemizde memur yargılamasının git-tikçe genel hükümlere doğru kaydırıldığını, Osmanlı Devletinde ayrı bir memur yargılamasına haklılık kazandıran örgütlenme, yazılı hukuk ve yargı bağımsızlığı eksikliğinin artık günümüzde söz konusu olmadığını, yargılama birliğinden ayrılmaya gerek kalmadığını, Yasanın uygulamada gecikmelere ve kanıtların karartılmasına yol açtığını belirtmektedir. Ancak aynı yazıda, Yasaya karşı olan bilim adamlarından alınan görüşlere dayanıldığı halde, yönetsel güvence sistemine bütünüyle karşı çıkılmamıştır. Kim bilir, belki de, Anayasanın 129.maddesi karşısında, denilecek fazla bir şey yok diye düşünülmüştür?

Yasa Tasarısının gerekçesinde ise, MYY’nın sanki sadece dili eskimiş gibi ne-



dense ağırlık yalnızca bu noktaya kaydırılmış, sistem ve kurumlar teğet geçilmiş, ayrıca ağır bir yanılgıya da düşülmüştür.

Bu yanılgı şudur ve ilk satırda yer almıştır: “Birçok yabancı ülkelerde olduğu gibi, ülkemizde de memurlar, görevlerinden doğan veya görevleri sırasında işledikleri suçlarından dolayı ayrı bir soruşturma ve yargılama usulüne tabi tutulmaktadırlar” (!). Evet, gerekçede yer alan satırlar bunlardır. Peki bu dünya ülkelerini kim incelemiş ve bunlar hangileridir? İşte bu belli değil. Üstelik de sav gerçek dışı. Eğer burada, İsviçre’ye yollama yapılıyorsa, bu kaba bir yanılgı olur. Çünkü orada olan izin sistemidir ve o da devletin federatif yapısından kaynaklanmaktadır. Ama öyle olmadığı çoğul anlatımdan anlaşılmaktadır. Yasama organında halkın temsilcisi olduklarını iddia edenler, doğru konuşmak zorundadırlar. Kişiler eğer kendi adlarına konuşurken gerçekten saparlarsa, bu sadece bir ahlak sorunudur ve yalnızca onları ilgilendirir. Ancak devlet adına konuşurken gerçekten saparlarsa ya da “kendilerinden menkul ve müdevver” gerçekler icat ederlerse, bu ahlakın da ötesinde bir durumdur ve toplumu ilgilendirir. Devlet adına konuşanların buna hakkı yoktur. Olamaz da. Yasamada görev yapanlar incelemedikleri bir konuda nasıl oluyor da, “ne biliyorum?” sorusunu sormadan incelemiş gibi kategorik yargılarla halkın karşısına çıkabiliyorlar? Buna hakları var mıdır? Sokrates eğitiminden geçmemiş toplumlara özgü bilmediğini bilir görünme iddiası, cumhuriyet insanına elbette yakışmaz.

Nitekim, 30.4.1994 tarihinde Bakanlar Kurulunca benimsenen ve 8.9.1994 tarihinde TBMM’ne sunulan “Memurların ve Diğer Kamu Görevlilerinin Kovuşturulması Usulü Hakkında Yasa Tasarısı”, Anayasanın 129.maddesinde öngörülen izin sistemine göre hazırlanmıştır. Tasarıda MYY’na yöneltilen eleştiriler dikkate alınmıştır. İzin, yalnızca görevden doğan suçlarla sınırlanmış, görev sırasında işlenen suçlar Tasarının kapsamından dışlanmıştır. Ayrıca, memur, öninceleme, idari soruşturma, soruşturma izni, kuşkulu (Tasarıda zanlı deniyor) kavramları tanımlanmış; soruşturmacıların hukuk öğrenimi görmüş kimseler arasında seçilmesi öngörülmüş, görev ve yetkilerin sınırları belirlenmiştir.

Ayrıntıya girmeden, kimi tanım ve hükümlerle ilgili eleştirileri saklı tutarak, şunu söylemek olanaklıdır. Tasarı, Türk iç hukukuna, yani Anayasanın 129.maddesine ve olan hukuka uygundur. Ancak, uluslararası boyutta ele alındığında, dünyadaki gelişmeye, çağcıl hukuk devleti anlayışına, özetle olması gereken hukuka aykırıdır. Ne var ki, burada yanlış olan Tasarı değil, ona yataklık eden Anayasadır.

Gerçekten yineleme pahasına belirteyim ki, bu konuda çağcıl devletlerde görülen şudur: Nasıl kimi kişiyi ilgilendiren cüce suçlarda cezai kovuşturma için bun-

dan zarar gören edilgin öznenin (mağdurun) yakınması aranıyorsa, daha çok devleti tehlikeye düşüren kimi ağır suçlarda da bir kamu makamının cezai kovuşturma için izni aranmaktadır. Bu devletin politikasının gereğidir. Çünkü, kimileyin açık kovuşturma devletin çıkarlarına aykırı düşebilir. O zaman kovuşturmamak, kovuşturmaktan daha iyidir <sup>1</sup>.

Daha önce belirttiğim gibi bu yalnızca bizde değil, çağcıl devletlerde de vardır. Sözgelimi, Alman Ceza Yasasının 97.maddesinde öngörülen devlet sırlarını yayma cürmü, federal hükümetin iznine bağlanmıştır (md.97/3).

Fransa'da akçalı suçlar, Akçalı Suçlarla İlgili Yasanın 228.maddesine göre Akçalı Suçlar Komisyonunun olumlu düşüncesi uyarınca, yönetimin yakınması üzerine, savcılıkça kovuşturulmaktadır.

İngiltere'de ise, common law sisteminin gereği olarak, kimi suçlar "Attorney general" ya da "Director of public prosecutions'un (DPS)" onayıyla kovuşturulmaktadır. Uygulamada DPS'un adına "Crown prosecution service (CPS)" bu onayı vermektedir. 1889, 1906, 1911, 1961, 1967, 1987 yasalarına daha önce değinilmişti. Ancak burada en önemli nokta Attorney ya da Director kendine özgü yargı kişi ve kurumları olmaları ve onay beklenirken polisin gözaltına alma, hatta suçlamasının, yargıcın tutuklamasının olanaklı bulunmasıdır. Ancak onay davanın başlamasını önlemektedir <sup>2</sup>.

Ve ayrıca burada kapatıyorum.

166. Sanırım MYK kalkmadığı sürece dertler bitmeyecek, temiz toplum bir düşünce olarak kalacak, Yasa üzerindeki tartışmalar sürüp gidecek, ayrıca Yasa Anayasa Mahkemesince oybirliğiyle değil, oyçokluğuyla aklandığına göre, "acaba hangi görüş doğru?" sorusu haklı olarak durmadan sorulacaktır. Çünkü, olay/olgu değişmediği halde, görüşlerin birleşmediği her yargıda, yanılma olasılığı her zaman vardır ve bunun katsayısı da çoğu zaman yüksektir.

Bu konuda son sözlerim bezeksiz donaksız şunlar olacaktır:

Hukuk devletiyle bütünleşmeyi, Batının hukuksal genleriyle aynı dalga boyunu yakalamayı, sürçen hukukun "makûs talihini yenmeyi", zamanın, çağın ruhıyla ve değerleriyle denk düşmeyi istiyorsak, "ancak, ama..." parantezlerini bir yana bırakalım. Bu yapay Yasayı ve Anayasanın 129/son.madde ve fıkrasını, Belçikalılar, Bolivyalılar, Fransızlar, İtalyanlar gibi tarihin hurdalığına gömelim. Böyle bir girişim, kuşkusuz memur yargılaması alanında, Fransızların deyişiyle sorunu çözen son vuruş (coup de grâce) ve hukuk devriminin tamamlanması yolunda

165- (1) PRADEL, *Droit pénal comparé*, n 379

(2) PRADEL, *Droit pénal comparé*, n 379

önemli bir adım olacak ve böylelikle hukuk devleti de olağan gelişme yörüngesine girecektir. Ters durumda, adalet de, toplum da tehdit altında yaşamayı sürdüreceklendir.

Çağımızca düşünelim. Çağımız çoğulcu/özgürlükçü demokrasi, hukuk devleti çağıdır. 1790 Fransa'sının çağı değildir. Milletvekili Vivien'ların anlayışı çok gerilerde kalmıştır.

Yargıya güvensizlik, 18.yüzyılın anlayışıdır, bugünün değil. Esasen yönetsel güvencenin kurumsallaşmasını isteyenler ve bu bağlamda MYY'nı ve Anayasanın 129/son.maddesini savunanlar, yargıya neden güvenmediklerinin kanıtlarını bugüne değin ortaya koyamamışlardır. Hiç bir zaman da koyamayacaklardır. Hauriou'nun saptaması doğrultusunda, Anglo-Sakson hukukunda görüldüğü gibi yargısal erk, yönetsel (yürütmeye ilişkin) erkin karşısında güçlendirilmelidir. O zaman, İngiltere'de görüldüğü üzere, yöneticilerin dile getirdikleri kaygılar da kendiliğinden sona erecektir.

Türkiye özgürlükçü demokrasi/hukuk devleti çıtalarının yüksekliğini yaşadığı çağına göre ayarlamalıdır.

Biz hukukçular/adalet adamları, mantık ve hukuk özürü olan bu Yasadan, MYY'dan davacıyız.

Onu, hukukun sırtında bir kambur, hatta hükmün kesinleşmesi aşamasına dek metastas yapan bir öge olarak görüyorum, ben.

Onu, yargılama sürecinde, adaleti kimileyin geciktiren ve kimileyin de hem geciktiren ve hem de taammüden dışlayan bir etken olarak görüyorum.

İşte buna karşı çıkıyorum.

Daha önce (paragraf, n.45) bir soru sormuştum, "Türkiye bu durumuyla uygar dünyanın neresinde yer alıyor?" diye. Bu konularda bu soruya verebileceğim tek yanıt şudur: Hiç bir yerinde.

İşte ben buna katlanamıyorum.

Ülkemizde yargılama açısından bir talihsizliktir sürüp gidiyor. Yukarıda da açıklandığı üzere, Osmanlı; yargı birliğini dış güçlere karşı koruma savaşımını uluslararası düzeyde vermiştir. Bugünse, hukuk devleti olduğu söylenen Türkiye Cumhuriyeti 2000'e pek az kala, devlet içindeki iç güçlere karşı, ama bu kez ulusal düzeyde aynı savaşımı vermek zorunda kalmaktadır. Hem de eski kalıpları kırarak yeni dünyadaki müstehak olduğu yere oturmak için verdiği bir savaşta, Anayasanın 129/son.maddesi gibi hukuk devletinin kanserojen öğelerini kendisi üreterek ve mesleksenel refleksleri hukuk ve adalet reflekslerinin önüne geçenlere teslim olarak. Çoktan geçmiş olan dünya ile çoktan gelmiş bir dünyanın çatıştığı

noktada kalmak, tarihin kırılma noktalarına göz ardı etmek ve öylece durup beklemek. Bu ne acı bir tecellidir?!

Yıllardır yinelediğim sözcüklerle diyorum ki, hukukçu; yargıç olarak, hüküm kurarken, bir değer yargısında bulunmaksızın, beğenmediği yasayı elbette uygulamak durumundadır. Çünkü yargıç, her zaman yasanın içindedir, asla üstünde değildir.

Ancak hukukçu, yurttaş olarak, olumsuzluklarla da savaşmak zorundadır. Çünkü yaşadığı topluma borçları vardır. Düşünsel üretici (müçtehit), yol gösterici (mürşit), savaşımçı (mücahit) olarak hukukçu, bu tür soylu kavgaların dışında kalamaz.

Belli ki, Türk hukukçusunu memur yargılaması konusunda sıcak günler bekliyor. O bunlara şimdiden hazır olmalıdır.

Özetle, bütün adaletseverler/hukukçular, MYY'na ve söz konusu 129/son.madde ve fıkraya karşı birleşmelidirler. Bu bir savaş duyurusu değil, adalet ve barış çağrısıdır.

Zaten baskın görüş de bu yönde değil mi?

Öyleyse “Bu hal muhal; ya yeni hal, ya izmihlal”.

Gerisi vanitas vanitatum.

Tercih bize kalmıştır.



## KAYNAKÇA



- ACOSTA, Valter P. , O processo penal, Rio de Janeiro, 1995.
- ADAL, Hasan Şükrü, Modern Devlette Memur, Ankara 1939.
- AKALIN, Muzaffer, Memurin Muhakematı ve idari teminat meselesi, İdare Dergisi, 1950.
- AKDAĞ, Mustafa, Türkiye'nin İktisadi ve İctimai Tarihi, I, İstanbul.
- AKGÜNDÜZ, Ahmet/CİN, Halil, Türk Hukuk Tarihi, Konya, 1989.
- ALARCON, E. Neira, Manual de procedimiento penal chileno, Bulnes, 1993.
- ALESSI, Renato, Principi di diritto amministrativo, I, Milano, 1971.
- ALVER, Cemil, Memur Suçları ve Memur Soruşturması, Ankara, 1996.
- AMZAZI, Mohieddine, Précis de droit criminel, Rabat, 1994.
- ANTOLISEI, Francesco, (L. Conti), Manuale di diritto Penale, p. speciale, II. Milano, 1995
- ANTOLISEI, Francesco, Sulla nozione di pubblico ufficiale, Scritti giuridici in onore di V. Manzini, Padova, 1954.
- ARAL, Kemal, Memurların vazifelerinden doğan suçlarından dolayı kovuşturma ve yargılanmaları, İdare Hukuk Dergisi, 1948, sayı:194.
- ARDANT, Philippe, Institutions politiques et droit constitutionnel, Paris, 1995.
- ARDIZZONE, Ancora in tema di garanzia amministrativa dei sindaci, Foro penale, 1949.
- AUBERT, J-François, Traité de droit constitutionnel suisse, II, Neuchâtel, 1967.
- AUBY, Jean-Marie/AUBY, Jean-Bernard, Droit de la fonction publique, Dalloz, Paris, 1993.
- AYOUB, Eliane, Inculpation et protection du fonctionnaire, D. 1992, obs, 125.
- BALESTRO, Carlos Fontán, Tratado de derecho penal, p. especial, VII, Buenos Aires, 1980.
- BALESTRO, Carlos Fontán, Derecho penal, p. especial, Buenos-Aires, 1992.
- BARJA de QUIROGA, J. Lopez, Manual de derecho penal, p. especial, III, Madrid, 1992.
- BARILE, Paolo, Istituzioni di diritto pubblico, Padova, 1972.
- BAROSO, Vittorio, Il processo penale tedesco dopo la riforma del 1965, Milano, 1967.
- BARRA, Eladio Escusol, Manual de derecho procesal penal, Madrid, 1993.
- BAŞKÖY, Sabri, Memurin Muhakematı Hakkındaki Kanunla ilgili bazı öneriler, Türk İdare Dergisi, Mart 1993.
- BAYKAL, Bekir Sıtkı, Mithat Paşa, Siyasi ve İdari Şahsiyeti, İstanbul, 1964.



- BAYUR, Hikmet, Türk İnkılabı Tarihi, Ankara, III.
- BELIVEAU, Pierre/LETENDRE, Bernard/VAUCLAIR, Martin, Précis élémentaire de preuves et de procédure pénale, Montréal, 1993.
- BELIVEAU, Pierre/LABRECHE, Diane, Manuel de procédure pénale, I, Cowanville, 1981.
- BELLAVISTA, Girolamo/TRANCHINA Giovanni, Lezioni di diritto processuale penale, Milano, 1987.
- BELTJENS, Gustave, La Constitution Belge, Encyclopédie du droit civil belge, Liège, 1894.
- BENGÜ, Cemil, Ceza tatbikatında memur, Siyasi İlimler Mecmuası, 1944, sayı:158.
- BENOIT, F.-Paul, Droit administratif français, Dalloz, Paris, 1968.
- BERENGER, M., De la Justice criminelle en France, Paris, 1818.
- BERTHELEMY, H., Traité élémentaire de droit administratif, Paris, 1926.
- BEŞE, Hakkı Kâmil, Memurlar Hakkında Muhakeme Usulleri, Ankara, 1943.
- BIDART, A. Gelsi, Cuestiones de la organización procesal, Montevideo, 1977.
- BLANC-JOUVAN, Xavier, Le Grands systèmes juridiques, Paris, I.I.A.P., Section juridique, second cycle 1972-1973, (çoğaltılmış ders notları).
- BOIX REIG- J., (ortak yapıt), Derecho penal, p. especial, Valencia, 1993.
- BONASI, Adeodato, Della responsabilit  penale e civile dei ministri e degli altri ufficiali pubblici secondo le leggi del Regno e la giurisprudenza, Bologna, 1874.
- BONNARD, Roger, Le contr le juridictionnel de l'administration,  tude de droit administratif, Paris, 1934.
- BONNARD, Roger, Pr cis droit administratif, Sirey, Paris, 1935.
- BOULET-SAUTEL, Marguerite, Une  pisode de la lutte contre les pr rogatives de l'administration, Les "Consid rations..." du Marquis d'Argenson, M langes offerts   G. Burdeau, Le pouvoir, Paris, 1977.
- BOULOUIS, Jean/Prelot, Marcel, Institutions politiques et droit constitutionnel, Paris, 1990.
- BOUZAT Pierre/PINATEL, Jean, Trait  de droit p nal et de criminologie, II, Paris, 1970.
- BOZKURT, G lnihal, Batı Hukukunun T rkiye'de Benimsenmesi, Ankara, 1996.
- BRETON, Jean-Marie, Droit public congolais, Paris, 1987.
- BUTTGENBACH, Andr , Manuel de droit administratif, Bruxelles, 1966.

- CAETANO, Marcello, Manual de direito administrativo, II, Coïmbra, 1990.
- CALVANTI, T. Brandão, Curso de dreito administrativo, Rio de Janeiro, 1971.
- CAMACHO, J. Azula, Curso de teoria general del processo, Bogatà, 1986.
- CANASI, José, Derecho administrativo, I. Buenos Aires, 1972.
- CASETTA, Elio, Garanzia amministrativa, Enciclopedia del diritto, XVIII, Milano, 1969.
- CASETTA, Elio, Autorizzazione a procedere, Enciclopedia del diritto, IV, Milano, 1959.
- CEVDET PAŞA, (Hz: Y.Halaçoğlu), Mâruzat, İstanbul, 1980.
- CHAPUS, René, Droit administratif général, I, Paris, 1995.
- CHIOSSONE, Tulio, Manual de derecho procesal penal, Caracas, 1981.
- CHITI, Mario, Diritto amministrativo comparato, Digesto della discipline pubblicistiche, V, Torino, 1990.
- CİHAN, Erol, 50. yılda ceza muhakemesi süjesi olarak sanığın durumu ve soruşu, İ.Ü.H.F.M., 1984/1-4.
- CİN, Halil/AKGÜNDÜZ, Ahmet, Tarihte Toplum ve Yönetim Tarzı Olarak Feodalite ve Osmanlı Düzeni, Konya, 1995.
- CIVOLI, C., Manuale di procedura penale Italiana, Torino, 1921.
- COLACITO, Mario, Impiego statale, Enciclopedia del diritto, XX, Milano, 1970.
- CONAC, Gérard, La fonction publique aux Etats-Unis, Paris, 1958.
- CONTI, Ottaviano, Autorizzazione a procedere, Enciclopedia Forense, I, Milano, 1958.
- CORDERO, Franco, Procedura penale, Milano, 1985.
- COSTA, Studio sulle nozioni di pubblico ufficiale, incaricato di pubblico servizio, esercenti di servizio di pubblica necessità e sue applicazioni, Torino, 1933.
- CRESPI, Alberto/ZUCCALÀ, Giuseppe/STELLA, Frederico, Commentario breve codice penale, Padova, 1992.
- CRISAFULLI, Vezio, Incompatibilità dell'autorizzazione a procedere ex art. 16 C.P.P., con l'art. 28 della costituzione, Giurisprudenza costituzionale, 1963.
- CRISTIANI, Antonio, Manuale del nuovo processo penale, Torino, 1991.
- ÇAĞLAYAN, Muhtar, Ceza Kovuşturmasında Memur Kavramı, Adalet Dergisi, 1976, Sayı:1-2
- ÇETİN, Erol, Açıklamalı-İçtihatlı KİT Personelinin ve Kooperatif Görevlilerinin Ceza Sorumlulukları, Ankara, 1994.

---

ÇETİN, Erol, Memurların Yargılanmalarına İlişkin Yasa yürürlükten kaldırılmıştır, Mali Hukuk Dergisi, Ocak-Şubat 1994, sayı:49.

ÇİFTÇİ , Osman, İctihatlı, Örnekli Soruşturma Yöntemleriyle Birlikte Memur Suçları, Ankara, 1990.

DA COSTA JR./Paulo José, Curso de direito penal, II, 1992.

DALIA, Antonio Andrea/FERRAIOLI, Marzia, Corso di diritto processuale penale, II. Padova, 1992.

DALIA, Antonio Andrea, (ortak yapıt), Manuale di diritto processuale penale, II, Milano, 1991.

DAVID, René/JAUFFERET-SPINOSI, Camille, Les grands systèmes de droit contemporains, Dalloz, Paris, 1992.

DAVID, René/HAZARD, John N, Le droit soviétique, II, Paris, 1954.

D'AVIS, J. Alberto, Curso de derecho administrativo, La Paz-Bolivia, 1860.

DEBBASCH, Charles, Institutions et droit administratifs, II, PUF, Paris, 1992.

DE ANGELIS, Barrios, Teoria del proceso, Buenos Aires, 1979.

DE JESUS, Damasio E.,Direito penal, IV, São Paulo, 1988.

de LAUBADERE, André/VENEZIA, J. Claude/GAUDEMET, Yves, Traité de droit administratif, I, L.G.D.J., Paris, 1990.

DELMAS-MARTY, Mireille, Réflexions sur le pouvoir disciplinaire, Revue Trimestrielle des Droits de l'Homme, 1 Avril 1995, n. 22.

DELPÉREE, Francis, Droit constitutionnel, Bruxelles, 1987.

DEMBOUR, Jacques, Droit administratif, Liège, 1972.

DE SANCTIS, Sergio, La diversa concezione dei "reati dei pubblici ufficiali contro la pubblica amministrazione" nei codici penali socialisti, Archivio penale, Ottobre/Dicembre 1986.

DESPORTES, Frédéric/LE GUNHEC, Francis, Le nouveau droit pénal, I, Paris, 1996.

de TOCQUEVILLE, Alexis, L'ancien régime et la révolution, Gallimard, Paris, 1987.

de VABRES, H. Donnedieu, Traité de droit criminel et de législation pénale comparée, Paris, 1947.

DIAS, J. de Figueirido, Direito procesal penal, Coïmbra, 1974.

DI BENEDETTO, P. Severino, La riforma dei delitti dei pubblici ufficiali, Modifiche di delitti dei pubblici ufficiali contro la pubblica amministrazione, La legislazione penale, estratto, RIDPP, 1990/3.

- DI RUFFIA, P. Biscaretti, Diritto costituzionale, Napoli, 1968.
- DÖNMEZER, Sulhi, Mahkeme İçtihatları, İ.Ü.H.F.M.,1943, sayı 1-4.
- DÖNMEZER, Sulhi, Özel Ceza Hukuk Dersleri, İstanbul, 1984.
- DRAGANO, Stefano, (ortak yapıt), Manuale pratico del nuovo processuale penale, Padova, 1993.
- DUBOIS, Code de criminel annoté et lois connexes, Coswanville, 1996.
- DUCROCQ, Théophile, Cours de droit administratif, Paris, 1874.
- DUEZ, Paul/DEBEYRE, Guy, Traité de droit administratif, Paris, 1925.
- DUGUIT,Léon, (S. Derbil), Kamu Hukuk Dersleri, Ankara, 1954.
- DUGUIT, Léon, L'Etat, les gouvernants, etc., Paris, 1903.
- DUPUIS, Georges/GUEDON, M.-José, Droit administratif,Paris,1993.
- DURUPTY, Michel, Institutions administratives et droit administratif tunisiens, Paris, 1973.
- DUTHEILLET, A.L.G., (Çeviren:S.Derbil) , İdarenen Haksız Fiil Dolayısıyla Sorumluluğu Konusunda Fransız Kamu Hukukundaki Gelişmeler, A.Ü.H.F.D., 1960.
- DÜNDAR, Nihat, 3628 sayılı Mal Bildiriminde Bulunulması, Rüşvet ve Yolsuzluklarla Mücadele Kanununun kapsamına giren suçlar ve soruşturulması, Türk İdare Dergisi, 1992, sayı:395.
- ECHANDIA, H. Devis, Compendio de derecho procesal, I. Bogotá, 1985.
- ERDOĞDU, Ahmet, Danıştayın memurların yargılanması ile ilgili görevleri, Yüzyıl Boyunca Danıştay, Ankara, 1968.
- EREM, Faruk, Türk Ceza Kanunu Şerhi, II, Ankara, 1993.
- EREM, Faruk, Diyalektik Açısından Ceza Yargılaması Hukuku, Ankara, 1986.
- EREM, Faruk, Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu, Şerh, Ankara, 1996.
- ERMAN, Sahir, Kamu İdaresine Karşı Suçlar, İstanbul, İstanbul, 1992.
- ERMAN, Sahir, Ceza takibatı ve tatbikatında memur, Siyasal Bilgiler Okulu Dergisi, 1947, Sayı:3-4
- ERRERA, Paul, Traité de droit public belge, Paris, 1909.
- ERTUĞ, H. Refik, Memurin Muhakematı Kanunu kaldırılabilir mi? Siyasi İlimler Mecmuası, 1951, Sayı:241.
- ESMEIN, A., Eléments de droit constitutionnel français et comparé, Paris, 1903.
- FAVRE, Antoine, Droit constitutionnel suisse, Fribourg, 1970.
- FENECH, Miguel, Derecho processal penal, I, Barcelona, 1960.
- FIRAT, Ahmet, Kurtuluş Kanunları ile Yargıtay ve Danıştay kararları ışığında M.M.H.K.'na tabi memurlar ve istisnaları, Adalet Dergisi, Temmuz-Ağustos, 1986.

- FIGURELLA, Antonio, Ufficiale pubblico, incarico di un pubblico servizio o di un servizio pubblica necessità, Enciclopedia del diritto, XLV, Milano, 1992.
- FLAMME, M.-André, Droit administratif, Bruxelles, 1989.
- FLOGAITS, Spyridon, Administrative law et droit administratif, L.G.D.J., Paris, 1986.
- FLORIAN, Eugenio, Principi di diritto processuale penale, Torino, 1932.
- FOSCHINI, Gaetano, Sistema del diritto processuale penale, II, Milano, 1968.
- FORSTHOFF, Ernest, (Çeviri: Michel Fromont), Traité de droit administratif allemand, Paris, 1969.
- FRAGA, Gabino, Derecho administrativo, Mexico, 1979.
- FRANCHIMONT, Michel/ JACOBS, Ann/ MASSET, Adrien, Manuel de procédure pénale, Liège, 1989.
- FRIEDMANN, N., Théorie générale du droit, Paris, 1965.
- FUENZALIDA, P. Herrera, Curso de derecho procesal penal chileno, Santiago, 1993.
- FUSILIER, Raymond, Les pays nordiques, Paris, 1965.
- GALLO, Mario, Nozione del pubblico ufficiale, dell'incarico di un pubblico servizio e dell'esercente di un servizio di pubblica necessità nel nuovo Codice penale, Annali di diritto e procedura penale, 1933, 1934.
- GARRAUD, René, Traité d'instruction criminelle et de procédure pénale, I, Paris, 1907.
- GAUTRON, Jean- Claude/ROUGEVIN-BAVILLE, Michel, Droit public sénégal, Paris, 1977.
- GELARD, M.Patrice, (çev: M.Tosun), Sovyetler Birliğinde devlet memurluğu, Amme İdaresi Dergisi, Haziran 1969, sayı: 2.
- GIANNINI, M.Severo, Impiego pubblico, Enciclopedia del diritto, XX, Milano, 1970.
- GIRON, A., Le droit administratif de la Belgique, Bruxelles, 1987.
- GOLDONI, Umberto, (ortak yapıt), Codice penale commentato, I, Torino, 1990.
- GOMEZ COLOMER, Juan-Louis, El proceso penal alemán, introducción y normas básicas, Barcelona, 1985.
- GONZALES BUSTAMANTE, J.José, Principios de derecho procesal penal mexicano, Mexico, 1988.
- GORLANI, Innocenzo, In ordine all'illegittimità costituzionale dell'autorizzazione a procedere contro il sindaco ed il prefetto, Rivista italiana di diritto e procedura penale, 1965, s.1045-1058.

- GÖKCEN, Ahmet, Tanzimat Dönemi Osmanlı Ceza Kanunları, İstanbul, 1989.
- GÖKCEN, Ahmet, Ceza Muhakemesi Hukukunda Basit Elkoyma ve Postada Elkoyma, Ankara, 1994.
- GÖKÇE, Abbas, Memurların Yargılanmalarına İlişkin Yasanın uygulanmasında yetki sorunu, Yargıtay Dergisi, 1979, sayı : 2.
- GÖZÜBÜYÜKOĞLU, İzzet, Memurlar Hakkında Tatbikat ve Muhakeme Usulü, Ankara, 1942.
- GREGOIRE, Roger, La fonction publique, Paris, 1954.
- GREGOIRE, Roger, La structure de la fonction publique turque, Abadan'a Armağan, Ankara, 1969.
- GRISEL, André, Droit administratif, Neuchâtel, 1970.
- GRISEL, André, Bulletin sténographique officiel de L'assemblée fédérale, IV, 1957.
- GRISPIGNI, Filippo, Pubblici ufficiali e incaricati di pubblico servizio, Scritti giuridici in onore di V.Manzini, Padova, 1954.
- GROSSO, Carlo Federico, Riforma dei delitti dei pubblici ufficiali contro amministrazione, Rivista italiano di diritto e procedura penale(RIDPP), 1990, fas.2.
- GUEDON, M.José, Droit administratif, Paris, 1993.
- GUERRERRO, U.Walter, De la acción penal, Quito-Ecuador, 1978.
- GÜLTEKİN, Mehmet, Memurların Yargılanması Kanununun Anayasaya aykırılığı ve gereğinin kalmadığı sorunu, Adalet Dergisi, 1964, Sayı: 1033 vd.
- GÜNDAY, Metin, İdare Hukuku Dersleri, Ankara, 1996.
- HALAÇOĞLU, Yusuf, XIV-XVII. Yüzyıllarda Osmanlılarda Devlet Teşkilatı ve Sosyal Yapı, Ankara, 1995.
- HALPERIN , J.L., Le tribunal de cassation et le pouvoir sous la révolution, Paris, 1987.
- HAURIOU, Maurice, Précis de droit administratif et de droit public, Paris, 1927.
- HAUSER, Robert, Kurzlerhrbuch des schweizerischen strafprozessrechts, Basel/Stuttgart, 1978.
- HEIDBORN, A.,Droit public et administratif de L'Empire ottoman, Leipzig, 1908.
- HELIE, M. Faustin, Traité de l'instruction criminelle ou théorie du code d'instruction criminelle, II, Paris, 1866.
- HESSE, Konrad, Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland, Heidelberg, 1993.

- HOCAOĞLU, Şeref/KEPEKÇİ, İhsan , Memurin Muhakematı Hakkında Kanun, Ankara, 1962.
- İSLAMCIOĞLU, M.Yahya, Memurların yargı usulü, Cumhuriyet, 11.7.1968.
- JEZE, Gaston, Les principes du droit administratif, Paris, 1926.
- KALLAB, Jaroslav, (ortak yapıt), Tchecoslovaquie, Paris, 1932.
- KARADUMAN, Mahmut, Memur Muhakemesi Hukuku, Ankara. 1980.
- KARAMUSTAFAOĞLU, Tuncer, İngiliz İdare Hukukunda Ultra-Vires Doktrini, Prof.Dr.Ernest HIRSCH'e Armağan, Ankara, 1964.
- KARRAS, Argyrios, Ceza Yargılama Hukuku, (Atina-Gümölcine), 1993.
- KAYRA, Macit, Memurlar ayrı bir muhakeme usulüne tabi olmalı mıdır ?Siyasal Bilimler Mecmuası, 1950, sayı : 232.
- KELEŞ, Mehriğül, M.M.H.Kanunu kaldırılmalıdır,İzmir Baro Dergisi, Ocak 1996.
- KEYMAN, Selahattin, Memurin Muhakematı Kanunu, A.Ü.H.F.D.1962, Sayı: 1-4.
- KEYMAN, Selahattin, Ceza Muhakemesinde Savcılık, Ankara, 1970.
- KIRATLI, Metin, Anayasa Yargısında Somut Norm Denetimi : İtiraz Yolu, Ankara, 1966.
- KIRMIZIGÜL, Hüsamettin, Uygulama ve Teoride Memurlar Hakkında Tahkikat ve Muhakeme Usulü, İstanbul, 1995.
- KNAPP, Blaise, Précis de droit administratif, Bâle, 1991.
- KOENIG, Pierre, La fonction publique de la république fédérale allemande, Strazbourg, 1962.
- KULAN, Ruhi, Açıklamalı, Uygulamalı,İçtihatlı, Memurların Yargılanmaları Usulü ile 1609 Sayılı Kanuna Tabi Suçlar, Ankara, 1985.
- KUNTER, Nurullah, Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku, İstanbul, 1989.
- KUNTER , Nurullah , Ceza Kanunu tatbikatında amme vazifesi , amme hizmeti tarifleri , İ.Ü.H.F.M., 1947 , sayı : 1-4.
- KÜÇÜKBAYRAK, A. Adnan, Memur Kavramı ve ceza Yargılama Usulü Yasasının 154. md. Üzerine Bir İnceleme, Mali Hukuk Dergisi, 1986, sayı:6.
- LAFERRIERE, Julien, Manuel de droit constitutionnel, Paris, 1947.
- LECLERQ, Claude/CHAMINADE, André, Droit administratif, Litec, Paris, 1992.
- LEONE, Giovanni, Trattato di diritto processuale penale, I, Napoli, 1961.
- LEONE, Mauro, Il tempo nel diritto penale sostantivo e processuale, Napoli, 1974.
- LETOURNEAU, Gilles/ROBERT, Pierre, Code de procédure pénal du Québec annoté, Montréal, 1995.

LEVY, Denis, La responsabilité de la puissance publique et de ses agents en Angleterre, L.G.D.J, Paris, 1957.

LEVY-ULLMAN, le système juridique de l'Angleterre, Paris, 1928.

LEWIS, Bernard, (Çev: M. KIRATLI), Modern Türkiyenin Doğuşu, Ankara, 1993.

LIET/VEAUX, La caste des intouchables ou la "théorie" du délit du service, Dalloz, Chron, 1992.

LİVANELİOĞLU, Ö. Asım, Ceza Usul Hukukunda memur yargılamaları, Ankara Baro Dergisi, 1995, sayı:1.

LOGOZ, Paul, Commentaire du Code pénal suisse, p. général, Neuchâtel, 1939.

LOJACONO G., Le prerogative dei membri del parlamento, Milano, 1954.

LOSCHAK, Danièle, La fonction publique en Grande Bretagne, Paris, 1972.

LOZZI, Gilberto, Lezioni di procedura penale, Torino, 1995.

LUZÓN PEÑA, Diego, Manual, Curso de derecho penal, p. general, I, Madrid, 1996.

MAGNOL, Joseph/VIDAL, Georges, Cours de droit criminel, II, par Magnol, Paris, 1949.

MAJNO, Luigi, Commento al Codice penale italiano, II, Torino, 1924.

MALINVERNI, Pubblico ufficiale, incarico di pubblico servizio nel diritto penale, Torino, 1951.

MALKOÇ, İsmail/MALKOÇ Aytaç, Memurlar ve Suçları, Ankara, 1988.

MANZINI, Vincenzo, Trattato di diritto penale italiano, V, Torino, 1982.

MANZINI, Vincenzo, Trattato di procedura penale e di ordinamento giudiziario, II, Torino, 1920.

MANZINI, Vincenzo, Trattato di diritto processuale penale italiano IV, Torino, 1972.

MARTINES, T., La natura giuridica dei parlamentari, Pavia, 1952

MARTINEZ, Sara Aragoneses, (ortak yapıt), Derecho procesal penal, Madrid, 1994.

MARTINS, D.Hugo, Estatuto del funcionario, Montevideo, 1965.

MASSA, C., Natura giuridica dell'autorizzazione a procedere, Archivio penale, IV, 1950.

MASSARI, Edvardo, Il processo penale, Napoli, 1934.

MAST, André, (éd., adaptée et complétée par A.Alin et J.Dujardin), Précis de droit administratif, Bruxelles, 1989.



- MAYER, Otto, Le droit administratif allemand, Paris, 1903.
- MEIRELLES, H. Lopes, Direito administrativo brasileiro, Sao P  ulo, 1986.
- MERLE, Roger /VITU, Andr  , Trait   de droit criminel, II, Paris, 1979.
- MERLE, Roger /VITU, Andr  , Trait   de droit criminel, Droit p  nal sp  cial, I, par Vitu, II, Paris, 1982.
- MIDIRI, Mario, Autorizzazione a procedere, Enciclopedia giuridica, IV, Roma, 1958.
- MIELLE, Pubblica funzione e pubblico servizio, Archivio giuridico, 1933.
- MONCAYO, J. Flores, Derecho procesal penal, La Paz-Bolivia, 1971.
- MONTESQUIEU, De l'esprit des lois, Paris, 1949.
- MORAND-DEVILLER, Jacqueline, Cours de droit administratif, Paris, 1991.
- MOREAU, Jean, Droit administratif, PUF, Paris, 1989.
- MOREIVA, NETO, D. de Figueiriedo, Curso de direito administrative, Rio de Janeiro, 1989.
- MORTATI, Constantino, Istituzioni di diritto pubblico, I, Padova, 1972.
- MUMCU, Ahmet, Osmanlı Devletinde Siyaseten Katl, Ankara, 1963
- MUMCU, Ahmet, Osmanlı Hukukunda Zul  m Kavramı, Ankara, 1985.
- MUMCU, Ahmet, Tarih İ inde Genel Gelişimiyle Birlikte Osmanlı Devletinde R  şvet, Ankara, 1985.
- MUMCU, Ahmet, Divan-ı H  mayun, Ankara, 1986.
- MUMCU, U  r, İngiliz Hukukunda Ultra-vires Kavramı, A.  .H.F.D., 1970.
- MU  OZ CONDE, Fransisco, Derecho penal, p. especial, Valencia, 1993.
- NAKIB, Atef /EL-AOUGI, Mustafa, Le droit libanais, II, Paris.
- NAPPI, Anielle, Guida al codice di procedura penale, Milano, 1995.
- NAVARRETE, M. Polaino, (ortak yapıt), Manual de Derecho penal, p. especial, Madrid, 1994.
- NEZARD, Henry, El  ments de droit public, Paris, 1931.
- NORMAND, A., Trait     l  mentaire de droit criminel, Paris, 1986.
- OBERHOLZER, Nikaus, Grundz  ge des Strafprozessrechts, Bern, 1994.
- ODERIGO, Mario A., Derecho procesal penal, Buenos Aires, 1980.
- ODERIGO, Mario A., Lecciones de derecho procesal penal, Buenos Aires, 1985.
- OKAN, M.H  sn  , M.M.H.K.'nun Anayasa Karşısndaki Durumu, Adalet Dergisi, 1978, sayı:5-6.
- OKAN, Mustafa, Cristo ve Jeanne-Claude'un y  zleştirme   aırısı: Paketlenmiş Reichstag, Adam Sanat, temmuz 1996, sayı: 128.

OLTAYLI, İlber, Hukuk ve İdare Adamı Olarak Osmanlı Devletinde Kadı, Ankara, 1994.

ONAR, Sıddık Sami, İdare Hukukunun Umumi Esasları, II, İstanbul, 1966.

ORBAN, O., Le droit constitutionnel de la Belgique, II, Liège, 1908.

ORHUN, Türkiye'de Memurların Hukuki Rejimi, İstanbul, 1946.

ORLANDI, Renzo, (ortak yapıt), Commentato al nuovo codice di procedura penale, IV., Torino, 1990.

OTTAVIANO, Vittorio, Ente pubblico, Enciclopedia del diritto, XIV, Milano, 1965.

OZANSOY, Cüneyt, Tarihsel ve Kurumsal Açıdan İdarenin Kusurundan Doğan Sorumluluğu, (Basılmamış Doktora Tezi), Ankara, 1989.

ÖNDER, Ayhan, Türk Ceza Hukuku, Özel Hükümler, İstanbul, 1994.

ÖRÜCÜ, Ersin, İngiltere'de idarenin sorumluluğu ve yargısal denetimde uygulanan başlıca idare hukuku ilkeleri, Onar Armağanı, İstanbul, 1977.

ÖZBUDUN, Ergun, Türk Anayasa Hukuku, Ankara, 1993.

ÖZEK, Çetin, Türk hukukunda memurların muhakemesi, İ.Ü.H.F.M., 1960, sayı:1-4.

ÖZEK, Çetin, M.M.H.K ile ilgili Bir AYM Kararının İncelenmesi, İ.Ü.H.F.M., 1967, s: 384.

ÖZENSOY, T.Rasim, Kamu Görevlilerinin Yargılanması Usulü, Ankara, 1985.

ÖZGEN, Eralp, Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Bilgisi, Eskişehir, 1986.

ÖZTÜRK, Bahri, Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku, Ankara, 1994.

ÖZTÜRK, Bahri, Memurların Özel Bir Mahkeme Usulüne Tabi Olmasının Sakıncaları ve AYM Kararları, Ceza Hukuku ve Kriminoloji Dergisi, İstanbul, 1978.

ÖZTÜRK, Bahri, 3206 Sayılı Kanunun Memurların Muhakemesine Etkileri, Yargıtay Dergisi, 1986, sayı: 2.

ÖZTÜRK, Bahri, Yeni Yargıtay Kararları Işığında Delil Yasakları, Ankara, 1995.

PAGLIARO, Antonio, Delitti dei pubblici ufficiali contro la pubblica amministrazione, Milano, 1995.

PAGLIARO, Antonio, Principi di diritto penale, p generale, Milano, 1993.

PALAZZO, Francesco, (ortak yapıt), La riforma dei delitti dei pubblici ufficiali, Modifiche di delitti dei pubblici ufficiali contro la pubblica amministrazione, La Legislazione penale, estratto, RIDPP, 1990/3.

PARADA, Roman, Derecho administrativo, I, Madrid, 1994.

PARRY, Clive, (Çev. Vakur Versan), İngiliz Hukuk Sistemi, İstanbul, 1954.

- PEISER, Gustave, Droit administratif, Dalloz, Paris, 1990.
- PERDOMO, J. Vidal, Derecho administrativo, Bogotá, 1977.
- PERROT, Roger, Institutions judiciaires, Paris, 1995.
- PETER, Von Markus, Bundesstrafgerichtsbarkeit und kantonal gerichtsbarkeit, Revue pénal suisse, 1971, sayı: 87.
- PINAR, İbrahim, Açıklamalı, İçtihatlı Memur Suçlarında İdari Soruşturma, Ankara, 1987.
- PIGNATELLI, Amos, Manuale pratico del nuovo processo penale, Padova, 1981.
- PINAULT, Michel, Perspectives ouvertes à la juridiction administrative par la loi du 31 décembre 1987 portant réforme du contentieux administratif, EDCE, Paris, 1988.
- PIQUEREZ, Gérard, Précis de procédure pénale suisse, Lausanne, 1994.
- PISAPIA, Gian, Compendio di procedura penale, Padova, 1985.
- PLANTEY, Alain, Traité pratique de la fonction publique, Paris, 1971.
- PLANTEY, Alain, Fonctionnaire public, Enc. J., Dalloz, 1957, n.457.
- POLATCAN, İsmet, Memur ve Resmi Heyetlere Karşı Hakaret ve Sövme Cürümleri, İstanbul, 1983.
- PRADEL, Jean, Procédure pénale, Paris, 1995.
- PRADEL, Jean, Droit pénale comparé, Paris, 1995.
- PRADEL, Jean/DANTI-JUAN, Michel, Droit pénale spécial, Paris, 1995.
- PRELOT, Marcel /BOULOUIS, Jean, Institutions politiques et droit constitutionnel, Paris, 1990.
- QUERALT JIMENEZ, Joan Josep, Derecho penal espanol, Barcelona, 1992.
- QUERALT, Joan, El concepto penal di funcionario publica, Cuadernos de política criminal, 1985, n.27.
- RADA, D.Garcia, Manual de derecho procesal penal, Lima, 1975.
- RAMIREZ, S. Garcia /DE IBARRA, V. Adato, Prontuario del proceso penal mexicana, Mexico, 1988.
- RAMPIONI, Roberto, Bene giuridico e delitti dei pubblici ufficiali contro la P.A., Milano, 1984.
- RANIERI, Silvio, Manuale di diritto processuale penale, Padova, 1965.
- RANIERI, Silvio, Manuale di diritto penale, p. speciale, II, Padova, 1962.
- RASSAT, M, -Laure, Procédure pénale, Paris, 1995.
- REMONDO, Max, Le droit administratif gabonais, Paris, 1987.

- RHEINSTEIN, Max, Common Law-Equity, Enciclopedia del diritto, VII, Milano, 1960.
- RIQUELME, R. Fontecilla, Tratado da derecho procesal penal, II, Santiago, 1978.
- RIVERO, Jean, Droit administratif, Dalloz, Paris, 1960.
- ROCCO, Arturo, L'oggetto del reato e della tutela giuridica penale, Roma, 1932.
- RODRIGUEZ, G. Humberto, Procedimiento penal colombiano, Bogotá, 1982.
- RODRIGUEZ DEVESA J. Maria/SERRANO GOMEZ, Alfonso, Derecho penal espanol, p.special, Madrid, 1993.
- ROLLAND, Louis, Précis de droit administratif, Paris, 1938.
- ROSSI, M. Gaetona de, Il contempt of court e la specific performance nel diritto inglese, Roma, 1934.
- ROUGEVIN-BAVILLE, Michel/ de SAINT-MARC, Renaud Denoix /LABETOULLE, Daniel, Leçons de droit administratif, Hachette, Paris, 1989.
- ROUX, Jean-André, Cours da droit criminel français, Procédure pénale, II, Paris, 1927.
- ROXIN, Claus, Strafverfahrensrecht, 24. bası, München, 1995.
- ROYO, Javier Perez, Curso derecho constitucional, Madrid, 1995.
- RUBBENS, Antoine, Le pouvoir, l'organisation et la compétence judiciaire, Bruxelles, 1970.
- RUSSO, Vincenzo, I reati contro la pubblica amministrazione, Napoli, 1991.
- SABATINI, Guglielmo, Istituzioni di diritto processuale penale, Napoli, 1933.
- SAITZ, Emile, E., Les principes directeurs de la procédure criminelle de l'Angleterre, Paris, 1928.
- SANCHEZ, G. Colin, Derecho mexicano de procedimientos penales, Mexico, 1992.
- SANTORO, Arturo, Manuale di diritto penale, II, Torino, 1962.
- SANTORO, Arturo, Manuale di diritto processuale penale, II, Torino, 1954.
- SARICA, Ragıp, İdari Kaza, İstanbul, 1949.
- SARICA, Ragıp, ajan ve memurların vazifeleri sırasında işledikleri bazı suçların hizmet kusuru sayılıp sayılmayacağı meselesinin münakaşası, İ.Ü.H.F.M., 1946, sayı: 1.
- SARICA, Ragıp, Fransa'da ajan ve memurlar aleyhinde açılan tazminat davalarında şikâyeti mucip fiilin şahsi bir kusur mu, yoksa hizmet kusuru mu teşkil ettiğini tayin işinin İhtilaf Mahkemesine ait bulunduğu hususunda İhtilaf Mahkemesinin Pelletier kararından beri şaşmaz içtihadı ve buna karşı serdedilen bazı tenkitler, İ.Ü.H.F.M., 1943, sayı:1.

SARICA, Ragıp, Pelletier içtihadına karşı serdedilen tenkitlere cevap, İ.Ü.H.F.M., 1947, sayı: 2.

SAVAŞ, Vural /MOLLAMAHMUTOĞLU, Sadık, Türk Ceza Kanununun Yorumu, II, Ankara, 1995.

SCHACHT, Joseph, (çev. M. Dağ-A.Şener), İslam Hukukuna Giriş, Ankara, 1973.

SEGRETO, Antonio / DE LUCA, Gaetano, I delitti dei pubblici ufficiali contro la pubblica amministrazione, Milano, 1995.

SELÇUK, Sami, Yargılamada Nesnellik Bağlamında Yazılı Hukuk ve Yargıç İlişkisi, Yargıtay Dergisi, 1996, sayı: 3.

SOKOLLU AKINCI, Füsün, Polis, İstanbul, 1990.

SOYER, J.-Claude, Droit pénale et procédure pénale, Paris, 1992.

SPINELLI, I delitti contro la pubblica amministrazione, Milano, 1964.

STAINOF, P., Le fonctionnaire, Paris, 1933.

STEFANI, Gaston / LEVASSEUR, Georges /BOULOC, Bernard, Procédure pénale, Paris, 1993.

ŞAHİN, Cumhur, Sanığın Kolluk Tarafından Sorgulanması, Ankara, 1994.

ŞEKERCİOĞLU, Metin, Ceza Hukukunda Memur Kavramı, İstanbul, 1974.

TANER, Tahir, Tanzimat Devrinde Ceza Hukuku, Tanzimat, Ankara, 1940.

TANER, Tahir, Ceza Muhakemeleri Usulü, İstanbul, 1955.

TANILLİ, Server, Devlet ve Demokrasi, Anayasa Hukukuna Giriş, İstanbul, 1981.

TAŞBAŞ, Fevzi, Memurin Muhakematı Kanunu ve tatbikatı, İdare Dergisi, 1946, s.183.

TERRANOVA, Salvatore, Funzionario, Enciclopedia del diritto, XVIII, Milano, 1969.

TERRIZZANI, F., Autorizzazione a procedere, Enciclopedia giuridica italiana, I, 1957.

TEZİÇ, Erdoğan, Anayasa Hukuku, İstanbul, 1986.

THIRY, Fernand, Cours de droit criminel, Liège, 1909.

THONISSEN, J.-J, La Constitution belge, Bruxelles, 1879.

TİMUR, Turgut, Memurların Yargılanmaları Usulü, Ankara, 1971.

TOSUN, Öztekin, Memurların özel muhakeme kuralları, Yargıtay Dergisi, 1984, sayı:2.

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

- TOURINHO FILHO, F. da Casta, Processo penal, I, São Paulo, 1993.
- TOURAIN, Alain, Qu'est-ce que la démocratie? Paris, 1994.
- TOUZAC, Paul, Droit administratif, Paris, 1897.
- TRANCHINA, Giovanni, L'autorizzazione a procedure, Milano, 1967.
- TRANCHINA, Giovanni, Autorizzazione a procedere, Digesto delle discipline penalistiche, I, 1987.
- TRANCHINA, Giovanni, (ortak yapıt), Diritto processuale penale, Milano, 1995.
- TREVES, Guiseppino, Commonwealth, Enciclopedia del diritto, VII, Milano, 1960.
- TÜRKGELDİ, Ali Fuat, (B.S.Baykal), Mesâil-i Mühimme-i Siyasiyye, Ankara, 1987.
- ULUSOY, Halil, 3628 Sayılı Mal Bildiriminde Bulunulması, Rüşvet ve Yolsuzluklarla Mücadele Kanunu ve uygulanması hakkında inceleme, Türk İdare Dergisi, 1991, sayı: 392.
- ÜÇÖK, Çoşkun, Savcılığın Avrupa hukukunda gelişmesi ve Türkiye'deki kuruluşu, Ord.Prof. Dr. Sabri S.ANSAY'ın Hatırasına Armağan, Ankara, 1964.
- ÜÇÖK, Çoşkun /MUMCU, Ahmet, Türk Hukuk Tarihi, Ankara, 1991.
- ÜNLÜ, A.Hamdi, Açıklamalı, Örnek Kararlı Memurların Yargılanmasına İlişkin Yasa, Ankara, 1992.
- ÜRÜN, Hüseyin, M.M.H.K.'nın gerekliliği ve Anayasa Mahkemesinin bir tümcesinin iptal kararı, Türk İdare Dergisi, Haziran, 1994.
- VANNINI, Ottorino /COCCIARDI, Giuseppe, Manuale di diritto processuale penale italiano, Milano, 1986.
- VASQUEZ ROSSIS, Jorge Eduardo, Curso de derecho procesal penal, Santa Fe, 1985.
- VEDEL, Georges /DELVOLVE, Pierre, Droit administratif, I, PUF, Paris, 1990.
- VELU, Jacques, Droit public, Bruxelles, 1986.
- VERBARI, G. Battista, Un acronismo costituzionalmente illegittimo, l'istituto della garanzia amministrativa, Giurisprudenza costituzionale, 1965.
- VERPEAUX, Michel, La loi n.87-1127 du décembre 1987 et ses décrets d'application; un pas vers la dualité des ordres juridictionnels, Actualité législative, Dalloz, Paris, 1989, n.1, Bimensuel 7. année, 13 Janvier 1989.
- VERSAN, Vakur, İngiltere'de İdarenin Kazai murakebesi ve İdari Kaza Fikrinin Doğuşu, Tahir Taner'e Armağan, İstanbul, 1956.

- VILLEY, Edmond, Précis de cours de droit criminel, Paris, 1906.
- VINCIGUERRA, Sergio, Introduzione allo studio del diritto penale inglese, i principi, Padova, 1992.
- VOLUNCIU, N., Drept procesual penal, Bucureşti, 1972.
- von LISZT, Franz, (Trad. René Lobstein), Traité de droit pénale allemand, II, Paris, 1913.
- WALINE, Droit administratif, Sirey, Paris, 1963.
- YALÇINKAYA, N.Kemal, İngiliz Hukuku, Ankara, 1981.
- YARSUVAT, Duygun, Devlet idaresi aleyhine işlenen cürümlerin genel prensipleri, İ.Ü.H.F.M., 1964, sayı:1-4.
- YAŞAR, Hakkı, Ceza Kanunu uygulamasında memur kavramı ve memuriyet görevini ihmal ve kötüye kullanma suçlarının tahlili ve tatbiki, Adalet Dergisi, 1966, sayı:11.
- YAŞAR, Osman, Uygulamada ve Öğretide Asliye Ceza Davaları, Ankara, 1994.
- YAYLA, Yıldızhan, Anayasamızda Yönetim İlkeleri: Tevsi-i Mezuniyet ve Tefrik-i Vezaif, İstanbul, 1982.
- YAYLA, Yıldızhan, Memurların Yargılanması, İdare Hukuku ve İlimleri Dergisi, 1985, sayı:1-13.
- YENİSEY, Feridun, Hazırlık Soruşturması ve Polis, İstanbul, 1993.
- YURTCAN, Erdener, Ceza Yargılanması Hukuku, İstanbul, 1994.
- YURTCAN, Erdener, 1609 sayılı yasa tarihe karıştı, İstanbul Barosu Dergisi, Ekim-Aralık, 1990.
- YÜCE, T.Tufan, Memurin Muhakematı Kanununun Anayasaya aykırılığı ve Anayasa Mahkemesinin bu konudaki kararı üzerine, Ankara Barosu Dergisi, 1968, sayı:5.
- YÜKSEL, Ayten, İdare Hukukunun Tatbik Sahası, A.Ü.H.F.M., 1959.
- ZABUNOĞLU, Y. Kâzım, İngiltere'de Hukuk Anlayışı, A.Ü.H.F.D., 1961.
- ZABUNOĞLU, Y. Kâzım, Kamu Hukukuna Giriş, Devlet, Ankara, 1973.
- ZANOBINI, Guido, (A.AKGÜÇ-S.ERMAN), İdare Hukuku, İstanbul, 1945.
- ZUCCALÀ, C. Stella, Commentario breve al Codice penale, Padova, 1992.





---

