

Türkiye Cumhuriyeti Kamuoyuna

10 Haziran 2020

Yasama Dokunulmazlığının Güçlendirilmesi, Hukuka Aykırı Fiili Dokunulmazlıkların Ortadan Kaldırılması

Talebimiz ve Çözüm Önerilerimiz

Anayasanın 83'üncü maddesinin ikinci fıkrasının birinci cümlesi ile milletvekillerine verilen yasama dokunulmazlığı, 7 Haziran 2016'da Anayasaya eklenen "[Bu hüküm] "Karma Komisyon Başkanlığına intikal etmiş [...] dosyaları bulunan milletvekilleri" hakkında [uygulanmaz]" mealindeki Geçici 20. Maddesi ile kişilere özel bir kanun çıkarılarak ve geçmişe etkili olarak ortadan kaldırılmıştı. Değiştirdiği Anayasaya aykırı olan bu değişiklik ile **yasama dokunulmazlığının bir zümre hakkında** Anayasa'dan **bir süre için çıkarılıp tekrar geri getirilmesiyle** milletvekillerinin yargılanmasına devam edildi. Kesinleşen Mahkeme kararlarını TBMM başkanlığına bildiren Cumhurbaşkanlığı tezkerelerinin genel kurulda okunmaları ile Berberoğlu, Güven ve Farisoğulları'nın milletvekillikleri, 4 Haziran 2020 tarihinde kendiliğinden düşmüş oldu. Bir gün önce TBMM'de bulunan bu üç milletvekili, bir gün sonra yakalanarak cezaevine gönderildi.

Bir örnek olarak özetlersek: E. Berberoğlu'na 5 yıl 10 ay hapis cezası verildiği ve hükmün Yargıtay 16. Ceza Dairesi tarafından 20.09.2018 tarihinde onanarak kesinleştiğine dair TBMM'ne bilgi veren 26 Kasım 2018 tarihli tezkereyi

Cumhurbaşkanı Yardımcısı Fuat Oktay imzalamış bulunmakta; tezkere Adalet Bakanlığında Anayasanın 83. ve 84. maddesi gereğince alınan bilgi yazısına istinad etmektedir.

En başta dikkati çeken husus; kesinleşmiş bir yargı kararını TBMM başkanlığına, bu kararı icra etmekle görevli ve sorumlu olan Cumhuriyet Başsavcılığının değil, yürütmenin bir unsurunun bildirmiş olması, yargı kararının bildirimi formalitesi bakımından yürütmenin yargı organının görev ve yetki sahasına müdahale etmiş olmasıdır.

Anayasa hukuku profesörü Osman Can; kişisel bloğundaki “TBMM’nin Tükenişi-Berberoğlu Vakası” başlıklı yazısında: “... Durdurulması gereken yargısal süreç devam ettirilmiş, 20 Eylül 2018 tarihli Karar ile Berberoğlu’nun cezası onanmış, kesinleştirilmiş ve TBMM’ye bildirilmiştir. Bu süreçte Berberoğlu Anayasa Mahkemesine bireysel başvuruda bulunmuş ve tedbir talebinde de bulunmuştur. [...] Anayasa Mahkemesine yapılan başvurunun sonucu beklenebilirdi ve seçimlere hala 3 yıl vardı. Hukuken böyle bir zorunluluk olmasa da, daha önceki uygulamalar da dikkate alınarak bu yol denenebilirdi.” diyerek yasama dokunulmazlığı düzenlemesinin zayıflığını ve amacı gerçekleştirmeye yetersizliğini ortaya koyarak eleştirmekte; pratik bir çözüm yolu önermektedir. (<http://osmancan.com/tbmmnin-tukenisi-berberoğlu-vakasi/> - Erişim: 5 Haziran 2020)

Devlet sırlarının korunması ve bu sırrı koruyamayan yürütme unsurlarının hukuka hesap vermesini sağlama görevleri de milletvekillerinin oldukça geniş kapsamlı görevlerinin kapsamı içindedir. Milletvekillerinin bu görevlerini en küçük endişe duymadan bağımsız ve özgür olarak yerine getirmeleri ve bunu temin etme amacıyla Anayasa’da tanınan yasama dokunulmazlığının korunması ülkemizin yüksek menfaatleri için hayati önem taşır.

Bu çerçevede milletvekilliklerinin düşürülmesiyle sonuçlanan yargılama sürecinin, Anayasa hukuku profesörü Sayın Can’ın “**Zira yargılama süreci bir bütün olarak sorunlu, siyasal tartışmaların ve etkileşimlerin gölgesinde gerçekleşmiştir (Benzer durum L. Güven ve M. Farisoğulları’nın yargılama süreci için de geçerlidir). Yargılama sürecinde Mahkeme heyetinin olağan dışı bir şekilde değiştirildiği bilinmektedir.**” şeklinde eleştirmesine izin ve imkân vermesi ülkemizde demokrasinin, siyasilerin, yasama ve yargı unsurlarının itibarını zedeleyici ve üzüntü vericidir. Zira bir yandan yasama dokunulmazlığının dahi korunmadığı

izlenimi verirken, diğer taraftan yargı organlarının siyasi etki altında kaldığı, yürütmenin kusurlarını görmekten mahrum edildiği, yargının siyasi amaçlarla, siyasi rakipleri sindirmek için bir araç olarak kullanıldığı izlenimini oluşturmaktadır.

Yargı Kararlarının İcrasının Yürütmenin veya Siyasilerin İnisiyatifine Bırakılması Hukukun Üstünlüğüne ve Hukuk Devleti İlkesine Aykırıdır.

Anayasa madde 84(2) gereğince mahkûmiyete dair kesin mahkeme kararının TBMM genel kuruluna bildirilmesiyle milletvekilliği düşer. Milletvekilliğini düşüren şey mahkûmiyete dair kesinleşmiş mahkeme kararıdır. Mahkeme kararını TBMM'ye bildirmekle görevli olan yetkili merci; Cumhuriyet Başsavcılığıdır. Çünkü 5275 sayılı Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin Uygulanması Hakkında Kanununun 5. maddesine göre "Mahkeme, kesinleşen ve yerine getirilmesini onayladığı cezaya ilişkin hükmü Cumhuriyet Başsavcılığına gönderir. Bu hükme göre cezanın infazı Cumhuriyet savcısı tarafından izlenir ve denetlenir."

Kesinleşen mahkeme kararının icra edilmesi (yani milletvekilliğinin düşürülmesi için) Başsavcılığın, TBMM'ye bildirmesi; TBMM'nin de en kısa zamanda icra etmesi (genel kurula bildirilmesi) yasal bir zorunluluktur. Zira Anayasa madde 138(son) fıkrası gereğince "Yasama ve yürütme organları ile idare, [...] mahkeme kararlarını[n] yerine getirilmesini geciktiremez."

Kesinleşmiş mahkeme kararını, bu kararı icra etmeye yetkili ve görevli olan Cumhuriyet Başsavcılığı değil, yürütmenin birer unsuru olan Cumhurbaşkanı yardımcısı TBMM'ye bildirmiştir. TBMM başkanlığı, kararı icra etmeye yetkili ve görevli olmayan bir yürütme unsurunun bildirimini TBMM genel kuruluna bildirmiştir.

Gerçekten de TBMM Genel Kurulunun 4 Haziran 2020 tarihli tutanaklarında "Cumhurbaşkanlığının, [...] milletvekilliğinin düşürülmesine, [...] ilişkin tezkereleri Genel Kurulun bilgisine sunuldu. Anayasa [83(3) ve 84(2)] gereğince bilgiye sunulan kesinleşmiş mahkeme kararları doğrultusunda [.....] milletvekilliklerinin düştüğü açıklandı." denilerek yetkili makam olan Cumhuriyet Başsavcılığının değil, yürütmenin tezkeresini TBMM genel kuruluna bildirmiş bulunmaktadır.

Sözü edilen 5275 sayılı kanununun 5. maddesine göre kesinleşen mahkeme kararının yerine getirilmesiyle görevli olan merci Adalet Bakanlığı veya Cumhurbaşkanlığı değildir. TBMM Başkanlığının, kesinleşmiş mahkeme kararını icra

etmeye yetkili merci olmayan Cumhurbaşkanı yardımcısının bildirimini TBMM'ye bildirmesi hatalı olduğu kadar; yürütmenin bir unsurunun bildirimini yargı merciinin yerine koymuş olması, hukukun üstünlüğüne ve yürütmenin demokratik devlet yönetiminde diğerinden üstün olmayan bir devlet gücü olduğuna ve güçler ayrılığına uysuz olmuş; yürütmenin sözü edilen unsurları yargının yetkili mercilerinin üstünde bir mevkide imiş gibi bir izlenim oluşturmuştur.

Cumhuriyet başsavcılığı resmi bir yazı ile bildirmemiş olsa dahi adı geçen kişileri mahkûm eden mahkeme kararının kesinleştiğini herkes, özellikle de TBMM organları kesinleşme tarihinde öğrenmiştir. Çünkü karar açıklanır açıklanmaz bu hususta geniş bir kamuoyu tartışması gerçekleşmiştir. Kesinleşmiş mahkûmiyet ve milletvekilliğinin düşme durumunun TBMM genel kuruluna hemen bildirilmemiş, yetkili makamdan sorulmamış olması, buna karşın yürütmeyi temsil eden bir görevlinin bildirimini işleme konulmuş olması, TBMM Başkanlığının hukukun üstünlüğüne saygısının seviyesini sorgulatmaktadır.

Kesin mahkeme kararının TBMM genel kuruluna bildirilmesinin Fuat Oktay imzalı 26 Kasım 2018 yılı tarihli yazıdan bu yana yaklaşık 19 ay süreyle geciktirilmiş olduğu anlaşılmaktadır. Bu durumun Anayasa m. 138'in söz konusu hükmüne aykırı olduğu ve hukukun üstünlüğünü bu aykırılık yoluyla ihlal edildiği ortadadır.

Milletvekilliğini düşüren kesin mahkeme kararının genel kurula bildirimini geciktirerek, adı geçenlerin uzunca bir süre milletvekili yetkilerini kullanmış, hak ve imkânlarından yararlandırılmış olması da hukuka aykırıdır ve ilgililerin sorumlu tutulmasını gerektirir.

Adı geçen milletvekilleri hakkındaki kesinleşmiş mahkeme kararlarının uygulanmasının seçim dönemi sonuna kadar geciktirilmesini, geçmişte böyle durumlarda yapılanların teamül haline gelmesini savunanların gerekçeleri tamamen haklı olsa, mahkûmiyet kararları hukuka aykırı olarak verilmiş olsa bile, TBMM Başkanlığının görevini ihmal ederek milletvekilliğinin düşmesi durumunu geciktirmesini öneren görüşler; Anayasa'nın 138(son) açık hükmüne aykırı bir sonucu arzu ettiklerinin, yasama ve yürütmenin yargı kararlarının yerine getirilmesini geciktirme teamülü oluşturmasını istediklerinin ve bunun ileri sürdükleri gerekçelere göre çok daha ağır hukuksuzluk durumu oluşturacağına farkında değillerdir.

TBMM'nin milletvekilliğinin düşürülmesi hususundaki kendi şekli görevini başlatmak için yürütmenin diğer bir unsurunun yazısının ulaşmasını beklemesi,

böyle bir yazıya itibar etmesi, yazı ulaştıktan uzunca bir süre sonra işleme konulması, TBMM Başkanlığının görevinin gerekleri ile, özellikle bağımsızlık ve tarafsızlık ilkeleri ile bağdaşmaz.

Yasama Dokunulmazlıkları Siyasi Kararlarla Zayıflatılıp, Ortadan Kaldırılırken, Hukuka Aykırı Fiilî Dokunulmazlıklar ve Cezasızlık Oluşarak Yargı ve Kamu Görevlileri Yoluyla Devletimizi Kanser Gibi Sarmış Bulunmaktadır.

(a) Hukuki yasama dokunulmazlığı korumasının zayıf olduğu ve siyasi etkiye ve karara tabi olduğu...

Milletvekillerinin bağımsızlığı ve bunu güvenceye alan yasama dokunulmazlığı, milletin egemenliği ve bağımsızlığı ile yakından ilgilidir. Bu son olayda da gördüğümüz üzere milletvekillerine tanınmış hukuki bir güvence olan yasama dokunulmazlığı siyasi bir kararla, kişiye özel ve geçmişe etkili olarak kaldırılabilmektedir. Bu durum, hem temel hukuk ilkelerine hem de dokunulmazlık getirilmesinin mantığına aykırıdır. Yasama dokunulmazlığının amacı, halkın seçtiği her bir vekilin halkı temsil etme görevini serbestçe yerine getirebilmesini güvenceye almaktır. Sağlanan dokunulmazlık güvencesi ile her bir vekile görevini özgürce ve bağımsız olarak yerine getirme imkânı verilmektedir. Bu güvence çerçevesinde milletvekili, gerektiğinde çoğunluğa ve liderlere karşı durabilmelidir.

Milletvekiline Anayasa ile sağlanan hukuki korumanın bir yargı organının kararı ile değil de siyasi bir kesimin kararı ile ortadan kaldırılması milletvekillerinin bağımsız ve özgürce görev yapmasını, dolayısıyla da milletin bağımsızlığını kısıtlayıcı niteliktedir. Zira siyasi bir kararla dokunulmazlığın kaldırılması milletvekillerini kısıtlayarak çoğunluğa veya liderlere uymaya zorlamakta; merkez yönetimlerin ve siyasi parti liderlerinin anti-demokratik yetkilerini daha da güçlendirmeye yaramaktadır.

Yasama dokunulmazlığı Anayasa ile sağlanan hukuki bir korumadır. Milletin bağımsızlığının bir güvencesi olan bu hukuki korumanın kaldırılıp kaldırılmayacağına yargılama süreci sonucunda ve bir yargı organı tarafından karar verilmesi gerekir. Fakat bu karar siyasiler tarafından alınmaktadır. Siyasi saiklerle alınan bir kararın hukuki değeri olmadığı halde hukuki sonuçlar doğurması hukuk mantığı ile bağdaştırılamaz. Hukuki sonuçlar doğuran kararların o konuda uzman kişilerden oluşan yargı mercileri tarafından ve bilimsel bir yargılama süreci

sonucunda alınması gerekir. Bu aynı zamanda hukukun üstünlüğünün ve milletvekili veya sıradan bir vatandaş hakkında kanun önünde eşitliğin sağlanması ve yargının konusuna giren her olayda bağımsız olarak işlev gösterebilmesinin bir gereğidir.

Buna karşın Anayasa ile sağlanan güçlü bir hukuki koruma kurumu olan yasama dokunulmazlığının siyasi bir kararla ortadan kaldırılması şeklindeki düzenlemeler bilime ve mantığa aykırıdır. Suç işleyenleri hukuka karşı koruma, bağımsız milletvekillerini kısıtlama vasıtası haline getiren, kurumun doğasına ve amacına aykırı düzenlemeler; neticede yargının siyasi mücadelede bir araç haline getirilmesi amacına hizmet etmektedir.

(b) Kamu görevlileri zümresinin hukuka aykırı olarak fiili dokunulmazlıklar ve cezasızlık kazandığı ve bunun devlet yönetimini kanser gibi sarmış bulunduğu...

Buna karşın hiçbir şekilde hukuki dokunulmazlık tanınmayan, kanun önünde herkesle eşit olması gereken başta yüksek yargı organları üyeleri ile devlet üst düzey yöneticilerinden oluşan seçkin bir kesim; şahsi ve görev suçlarının soruşturulması hakkında öngörülen soruşturma ön izin şartları ve usullerinin olağanüstü zorlaştırılması sonucunda suç işlemiş olsalar dahi soruşturulamayan, hesap sorulamayan, cezalandırılmayan ve asla dokunulamayan imtiyazlı bir sınıf, zümre haline gelmiş bulunmaktadır.

Hukuka aykırı olarak fiili dokunulmazlıktan ve cezasızlıktan yararlanan bu imtiyazlı kesime sadece gücü yetebilen, güçlü iktidarlar hesap sorabilmektedir.

İktidarın güçlü olmadığı durumlarda ise devlet gücünü kullanmaları ve siyasilerin de onlara muhtaç olmaları nedeniyle kamu görevlileri kendilerini ayrı ve imtiyazlı bir iktidar sınıfı olarak güçlendirmekte; hatta zaman zaman güçlerini tek parti iktidarlarına karşı bile dayatabilmektedir. AK Parti iktidarının ilk yıllarında böyle bir durumdan şikâyetçi olduğu hatırlanacaktır.

Bu durum tüm devlet güçlerinin tek elde, halkın seçimlerde değiştirme imkânına sahip olduğu yürütme gücünün elinde toplanmasına haklı gerekçe oluşturmakta; böylelikle anti-demokratik bir yönetim oluşmasına kamuoyunun destek vermesine neden olmaktadır. Bu durum yargının bağımsızlığına ve hukukun üstünlüğüne karşı büyük bir tehdit oluşturmaktadır.

Özellikle yürütme görevlilerine karşı kabul edilen soruşturma ön izinleri nedeniyle hukukun üstünlüğü ve kanun önünde eşitlik ilkesini sağlama konusunda önemli aksamalar vardır.

Yargı görevlilerinin kişisel ve görev suçlarının soruşturulmasına getirilen soruşturma ön izni şartı ve bu soruşturma iznini verip vermeme kararının - özellikle temyiz mahkemeleri üyelerinin - mesai arkadaşları tarafından kesin olarak veriliyor olması; yargı içinde gayri resmi klikler, koalisyonlar ve kastlar ve yargı unsurları arasında gayri resmi bağlar ve bağımlılıklar oluşmasına uygun bir zemin ve ortam oluşturmaktadır.

Soruşturma izinlerinin kendi kurumlarına ve mesai arkadaşlarına bırakılmış olması, izin şartlarının ağırlaştırılması, hukuken böyle bir hak verilmemiş olduğu halde yargı unsurlarının işledikleri suçlardan dolayı fiili olarak dokunulmazlık ve cezasızlık elde etmeleri ile sonuçlanmaktadır.

Bu durum önemli devlet kurumlarının üst yönetimlerine sıçramıştır.

İşledikleri suçların soruşturulması ağır soruşturma izin ve şartlarına bağlanmış olması nedeniyle devlet üst yönetimindeki bir kesim hesap vermez ve imtiyazlı bir zümre haline gelmiş bulunmaktadır. Örneğin Pamukova, Çorlu ve Ankara tren kazalarında, Soma faciasına ilişkin olarak haklarında soruşturma izni verilerek mahkemeye çıkarılanlar arasında söz konusu kamu kurumlarının ihmali veya ihlali söz konusu olabilecek üst düzey yöneticileri yer almamaktadır.

Suçlarından dolayı yargı önüne çıkarılmalarının mesai arkadaşlarının veya amirlerinin ön izin vermesine bağlı olması kamu görevlilerini – hukuka uyarlı olmak, gerektiğinde amirlerini hukuka uyarlı davranmaya zorlamak yerine amirlerinin bütün isteklerini sorgulamadan yerine getirmelerini ehven hale getirmiş bulunmaktadır.

Bütün bunların sonucunda ülkemizde, hukuken verilmemiş olduğu, tam tersine kanun önünde vatandaş ile eşit olduğu belirtilmiş olduğu halde fiilen dokunulmazlık ve cezasızlık elde etmiş bulunan imtiyazlı bir sınıf oluşmuştur.

Bu hususta (12.) ila (26.) sayfalarda detaylı açıklamalarımız mevcuttur.

Yukarıda özetlenen durumlar:

- Hukukun üstünlüğü ve demokratik hukuk devleti ilkesini zedelemekte;
- Hukuka tabi ve kanun önünde vatandaşla eşit olan kimselerin soruşturulmasını, dolayısıyla yargının görev sahasına giren bir hususta bağımsız işlev göstermesini siyasi bir karara, siyasilerin izin vermesine bağımlı hale getirmekte;
- Kamu görevlilerini, özellikle temyiz mahkemesi üyeleri ile üst düzey kamu görevlilerini fiili olarak dokunulmaz, cezalandırılmaz bir zümre haline getirmekte;
- Yasama dokunulmazlığı şeklindeki hukuki koruma kurumu, getirilmesinin doğasına ve amacına hizmet etmemekte, siyasi kararlarla zayıflatılıp ortadan kaldırılabilmekte;
- Dokunulmazlık düzenlemeleri işlememekte, milletvekillerinin yasama dokunulmazlığı fiiliyatta sağlıklı olarak korumakta zayıf ve yetersiz kalmakta;
- Kararları milletvekilliğinin düşmesine neden olduğu halde milletvekilleri hakkında davalara bakan mahkemeler yasama dokunulmazlığı ve sair yargılama konularında yeterli uzmanlığa, bilgiye ve tecrübeye sahip bulunmamakta; örneğin yargılamalar sırasında mahkeme heyeti değiştirilerek doğal hâkim ilkesi ve hâkim teminatı ihlal olabilmektedir.

Görüşlerimiz ve önerilerimiz

1. Kamu yönetiminde hesapverirliği engelleyen ve anlamsız kılan her türlü fiilî ve hukuki bağımsızlıklar Anayasa'da yasaklanmalı, hiçbir zümre veya kimseye hukuki veya fiili bağımsızlık tanınmamalıdır.

Bu hususta Anayasa'nın kanun önünde eşitlik ilkesini ortaya koyan 10. maddesine "**Hiçbir kişi veya zümreye hukuki bağımsızlık tanınamayacağı gibi fiilî olarak bağımsızlık tanıyacak düzenlemeler yapılamaz.**" şeklinde bir hükmün ilave edilmesi düşünülebilir.

2. Cumhurbaşkanı, bakanlar ve milletvekilleri dışında hiçbir kişi veya zümreye hali hazırdaki yasama dokunulmazlığı veya derneğimiz tarafından önerilen yeni nesil nitelikli dokunulabilirlik türü ayrık düzenleme dışında dokunulmazlık ve bağımsızlık tanınmamalı ve tanınan ayrıcalıklar bu kesimin işlevlerinin gerekleri ile sınırlı ve orantılı olmalıdır.
3. Meclisin dokunulmazlıkları kaldırma yetkisi ilga edilmeli, ayrıcalıklar tanınan bu kesim hakkında Yüce Divan'da dava açılması durumunda, mahkemenin göreve devam etmesinin engellenmesi gerektiğine dair tespitte bulunması üzerine, Meclisin yetkisi ilgilinin görevine devam edip etmeyeceği hususunda karar vermektan ibaret olmalıdır. Bu kararlar için ağırlaştırılmış toplantı ve karar nisapları öngörülebilir.
4. Mevcut düzenlemelerdeki yasama dokunulmazlığı hükümleri ilga edilmeli, ancak bu kurumla verilmek istenen güvenceler yeni bir bakış açısıyla yeniden düzenlenmelidir. Dokunulmazlık kurumu ile verilmek istenen güvenceler; - yargı organlarının bağımsızca harekete geçerek işlev göstermesine engel olmaksızın, siyasi (dokunulmazlık kaldırma) veya idari bir (soruşturma izni verme) karara tabi kılmaksızın – sağlanmalıdır.

Mevcut düzenlemelerle dokunulmazlık tanınan kesimler (cumhurbaşkanı, bakanlar ve milletvekilleri) hakkında soruşturma açılması, uzman ve bağımsızlığından şüphe edilemeyen, üyeleri kolayca tayin edilemeyen uzman ve tecrübeli bir mahkemenin izin vermesi şartına tabi olmalıdır. Başka bir deyişle TBMM'de siyasilerin dokunulmazlığın kaldırılmasına karar vermesi yerine uzman ve bağımsız bir mahkemenin soruşturma izni vermesi şartı getirilmelidir.

Milletvekilleri hakkında soruşturma açılmasına yetkin ve uzman bir mahkeme karar vermeli; soruşturma açılmasında siyasi etki ve nüfuz kullanılması ihtimali kesin olarak bertaraf edilmelidir. Bunun için bu konularda görevli Anayasa Mahkemesine benzer ve temyiz denetimi Anayasa mahkemesi olan yeni bir mahkeme (Adalet Yüksek Mahkemesi) kurulmalıdır.

Hakkında soruşturma açılmasına izin verilenler hakkında bir suçlama

getirilerek iddianame düzenlenmesi, yukarıda nitelikleri belirtilen mahkeme tarafından onaylanması şartına tabi olmalıdır.

Milletvekili aleyhine bir suçlama ile dava açılması (iddianamenin kabulüne karar verilmesi) uzman bir mahkemenin kararına tabi olmalıdır.

5. Bu kesimler hakkında önceden açılmış ve açılacak olan her türlü dava sadece Anayasa Mahkemesinde yüce divan sıfatıyla görülmelidir.

Milletvekillerinin (ve diğerlerinin) yargılamaları milletvekilliği faaliyetlerini kısıtlamayacak şekilde yapılmalıdır. Görevini yapmaya devam etmesine engel bir durum olup olmadığını mahkemeler tespit etmeli fakat yine de faaliyetini engelleyememelidir. Bu yönde bir husus tespit etmesi halinde nihai kararı TBMM vermelidir. Mahkemenin karar vermesi ve durumu son kararı vermek üzere TBMM'ye bildirmesi; milletvekilliğinin siyasi bir görev; ancak bu görevi yerine getirmeye engel bir durum olup olmadığının tespitinin hukuki bir işlem olması nedeniyle daha işin doğasına uygun ve mantıklıdır. Böylelikle dokunulmazlık kaldırılması süreci tam bir yargısal denetime tabi kılınırken, milletin verdiği temsil yetkisinin kısıtlanmasının gerekip gerekmediğine en son siyasi merci tarafından, yargısal tespit ve tavsiyelere dayanılarak karar verilebilmelidir.

6. Kamu görevlileri için getirilmiş olan soruşturma ve kovuşturma izinleri ve izin süreç ve şartları kaldırılmalı, kamu görevlileri de hukuka aykırı fiilleri nedeniyle mutlaka soruşturulmalı ve kovuşturulmalı; suçtan sorumsuzluk cezadan bağışıklık durumları ortaya çıkmamalı, masumiyetlerine idari amirleri değil bağımsız bir yargı organı karar vermelidir.

Kamu görevlerinin hassasiyet ve özellikleri, sadece yetkin ve uzmanlaşmış yargı mercileri belirlemenin gerekçesi olmalıdır. Kamu görevlerinin hassasiyetinin gerektirdiği durumlarda, nitelikli soruşturma ve kovuşturma süreçleri öngörülebilir. Örneğin, yürütme üyeleri ve milletvekilleri hakkında soruşturmaların Yargıtay Başsavcısı, diğer kamu görevlileri hakkında il başsavcıları tarafından yapılması, iddianamenin uzman bir mahkemece onaylanması ve kovuşturmanın uzman bir mahkemede görülmesi gibi tedbirler alınabilir.

7. Yapılacak düzenlemelerde yargının işlevini bağımsız olarak yerine

getirebilir olmasına dikkat edilmeli; ancak yargı önüne getirilecek olan hassas hususlarda en isabetli karar verilmesini sağlayacak şekilde uzman, yetkin, güven veren ve hakkında şüphe oluşturulamayan yargı mercileri oluşturulmalı, hassa yargı usulleri geliştirilmelidir.

Sonuç olarak:

Hukukun üstünlüğünden ve yargının organ ve işlev bağımsızlığından ödün vermeksizin dokunulmazlıklarla sağlanmak istenen güvenceleri amaca uygun olarak geliştirip güçlendirmek mümkündür.

Yargı, kendi alanına giren her konuda hiçbir izin almaya gerek olmadan şüphelinin kim olduğuna, makam ve mevkiine bakılmaksızın soruşturma ve kovuşturma başlatabilmelidir. Bu çerçevede milletvekilleri, cumhurbaşkanı, başbakan ve bakanlar aleyhinde Yargıtay Cumhuriyet Başsavcısının doğrudan veya kabul edilecek bir denetim mekanizmasından izin almak suretiyle soruşturma başlatabilmesi yeterli olacaktır. Suçlama getirebilmesi için özel yetkili mahkemenin iddianameyi kabul ederek onaylamış olması şartı aranması, yasama dokunulmazlığı ile hukukun üstünlüğü arasındaki ince dengeyi en güzel şekilde oluşturabilir. Avukatların görev suçlarının soruşturulmasına getirilen bu güven verici düzenlemenin yasama dokunulmazlıkları konusunda kabul edilmemiş olmasının, yasal düzenlemelerin dağınıklığından başka bir açıklaması yoktur.

Öte yandan hukuka aykırı olmasına karşın soruşturma izinlerine dair düzenlemeler ve uygulamalarla oluşan fiili dokunulmazlık ve cezasızlık durumlarının ortadan kaldırılması zorunludur. Görev ve kişisel suçlarından dolayı yargıya hesap vermelerini sağlamak, kamu görevlilerinin hukuka uyarlı hareket etmelerini ve hatta ibra edilmelerini sağlamak için de, kanun önünde eşitliği gerçekleştirmek için de zorunludur.

Bu iki hususun gerçekleştirilmesi Türkiye’de hukukun üstünlüğünü ve demokrasiyi hiç olmadığı kadar güçlendirecek; milli gelirimizin de hızla artmasını sağlayacaktır.

Kamuoyuna saygılarımızla duyururuz.

Kamu ve Yargı Görevlilerinin Fiili Dokunulmazlığına Yol Açan Yargısal Hesapverirlik Sorunları

Anayasa m.10'da "Herkes, kanun önünde eşittir!" dediği halde m. 129(5)'te: "Memurlar ve Diğer Kamu Görevlileri hakkında işledikleri iddia edilen suçlardan ötürü ceza kovuşturması açılması, kanunla belirtilen istisnalar dışında, kanunun gösterdiği idari merciin iznine bağlıdır." diyerek kendi içinde madde 10'daki temel ilke ile çelişen bir durum ortaya çıkarmıştır. Bu çelişkili özel hükme dayandırılarak çıkarılan kanunlar kamu görevlilerinin yargısal hesapverirliğini kısıtlamış ve keyfileştirmiştir.

Anayasa'nın söz konusu m.129(5)'teki özel hükme uyarlı olan fakat temel ilkelerine aykırı kanunlar çıkarılmasıyla Yargıtay, Danıştay ve Sayıştay üyeleri kendi kurumlarının, bazı üst düzey kamu görevlileri de üstlerinin soruşturma izni vermeyen kararları ile sorumluluktan başışık hale gelmiştir. Sonuçta kamu görevlileri, duruma göre imtiyazlı, duruma göre suçtan ve cezadan başışık olabilmektedir.

Hukuk devleti, hukukun üstünlüğü ve kanun önünde eşitlik ilkesi ile bağdaşmadığı açık olan bu durumun sonucunda kamu görevlileri, kamu gücünü elinde toplayabilene itaat eden, böyle bir güç yoksa kendisine tanınan gücü ve yetkileri keyfine göre kullanan ayrıcalıklı ve sorumsuz bir zümre haline gelmiştir. Kamu görevlilerinin bir kısmı hiç dokunulamaz, bir kısmı ise eğer iktidardaki siyasiler izin verirse dokunulabilir durumdadır. Kamu gücü el değiştirdiğinde öncekilere dokunulmakta fakat sonrakilere dokunulmamakta; sıradan vatandaşa karşı işleyen kanun, kamu görevlisine karşı ya hiç işlememekte ya da çok geç işlemekte; kamuoyunun feveranına neden olan durumlar ortaya çıkabilmektedir. Örneğin, kanunsuz uygulamaya karşı çıkan vatandaş memura mukavemet suçundan hemen suçlandığı halde vatandaşa kötü muamele eden kamu görevlisi hakkında yasal soruşturma ya hiç açılmamakta ya da zorluklarla açılabilir.

Kamu görevlilerinin hukuk önünde hesapverirliklerinin idari amirlerinin önceden izin vermesine tabi tutulması, yargının harekete geçmesini ve işlevini bağımsız olarak yerine getirmesini önlemekte; yürütmenin takdirine bırakmaktadır. Yargı hariç, idari hiyerarşinin tepesindeki cumhurbaşkanı ve onun atayacağı bakanlar kamu görevlilerinin yargısal hesapverirliğini nihai olarak belirleyici durumdadırlar. İzin vermemeleri halinde açılabilen iptal davaları başarılı olsa bile süreç ve gecikme nedeniyle yargısal hesapverirlik anlamsızlaşmaktadır. Sonuçta

yürütme organı izin vermediği takdirde yargının kamu görevlilerinin yargısal hesapverirliğini sağlaması mümkün değildir.

Kamu görevlisinin soruşturulup soruşturulmayacağına teorik olarak nihayetinde bir yargı mercii karar verdiği halde, bu hususta idari üst makama izin yetkisi tanınması mantıksızdır. İdari makama tanınan izin yetkisi ya kamu görevlisini yargısal denetimden kaçırmakta veya süreci kamu görevlisi lehine uzatıp zorlaştırarak anlamsızlaştırmaktadır. Vatandaşın kötü muamele iddiasıyla kamu görevlisine karşı direndiği örnekte sıradan vatandaş derhal yargı önüne çıkarılırken, aynı olayda şikâyet edilen kamu görevlisinin amiri izin vermediği için elini kolunu sallayarak dolaşması işte bu hesapverirlik aksaması nedeniyledir.

Yargı mercileri önünde yargısal hesapverirlik, hukuki denetim son derece detaylı hukuki standartlara ve süreçlere tabi olduğu için en az muğlâk; en isabetli sonuçlar verecek olan hesapverirlik yöntemidir. Öte yandan yargısal hesapverirlik, Anayasa Mahkemesi'nin 1977 yılındaki içtihadında da açıklandığı üzere cumhuriyet, hukuk devleti, kanun önünde eşitlik ilkesi ve insan haklarının gereğidir.

Yargısal hesapverirliklerinin hiyerarşik üstlerinin takdirine bağlı olması kamu görevlileri ve dolayısıyla devlet yönetiminde kanunlarda öngörülenlerin dışında türlü işbirlikleri, klikleşmeler ve paralel yapılanmalar oluşmasına neden olduğu gibi kamu görevlilerinin devlet dışındaki (siyasiler, cemaat liderleri ve benzeri) kişilere hesapverir hale gelmelerine neden olmuştur.

Yargısal hesapverirliklerinde söz sahibi olmaları, yürütmenin tepesini teşkil eden siyasilerin kamu görevlileri üzerinde kesin bir hâkimiyet kurmalarını sağlamaktadır. Bu da özellikle kilit noktalardaki kamu görevlilerinin iktidarın hukuka uyarlı olmayan isteklerine karşı çıkmasını önlemektedir. Yönetici kesim içinde bir yer edinerek daha fazla kamu gücü kullanabilmek isteyen kamu görevlilerinin ele geçirdikleri mevkileri koruyabilmesi, devlet içinde özerk kurumlar, sahalar ve bir nevi "kurtarılmış bölgeler" oluşmasına neden olmaktadır. Kamu üst düzey yöneticileri ile iktidardaki siyasiler arasında hesapverirlikten kaçınma yönünde iyi işleyen, iki tarafın da kazançlı çıktığı bir kazan – kazan durumu söz konusudur. Siyasiler, hukuka uyarlı olmasa bile kamu görevlilerinin kendi istek ve arzuları yönünde hareket etmelerini isteyebilmekte; karşılığında ise kamu görevlileri hesap vermeye karşı koruma beklemektedir. Üst düzey kamu görevlilerinin çoğunlukla iktidar partisinden yürütme adayı olmalarının arkasında yatan nedenlerden birisi de bu ilişkidir.

Özellikle üst düzey kamu yöneticileri, kendilerini toplum ve hatta diğer kamu görevlileri arasında ayrı ve dokunulmaz bir yere getirerek olağanüstü korunma zırhları edinme konusunda ustalaşmışlardır. Zira sadece Türkiye'ye özgü olmayıp tüm ülkeler için geçerli olan bu durumun böyle olmasını haklı gösteren birçok sebep mevcuttur. En başında milletin temsilcilerinin koalisyon, siyasi risk ve sair sebeplerle karar alamadığı durumlarda inisiyatif alarak ciddi riskler altına girmek durumunda olmaları, bu görevlilerin korunmasını haklı gösterebilir. Fakat bu tür ayırık ve kişisel düzenlemeleri hukukun üstünlüğü ve demokratik devlet yönetimi ile bağdaştırmak mümkün değildir.

Öte yandan görevlerinin özelliğiyle ilgili hassasiyetlerin bir gereği olarak onları korumak amacıyla getirilmiş olan soruşturma ve kovuşturma ön izin şartları ve usulleri, başta yüksek yargı organları üyeleri ile devlet üst düzey yöneticilerinden oluşan seçkin bir kesimin şahsi ve görev suçları ve ihmalleri hakkında o kadar ileri gitmiştir ki; Türkiye'de kendilerinden hesap sorulamayan, soruşturulamayan ve cezalandırılmayan imtiyazlı bir sınıf oluşmuştur.

Anayasa'nın Cumhurbaşkanlığı Sistemi getirilerek değiştirilmesinde en önemli kazanımın yasama ile yürütme güçlerinin birbirlerinden açık bir şekilde ayrılması ve bütünleşmelerini önleme şansı vermesi olduğu söylenebilir. Ancak cumhurbaşkanının partili olması, cumhurbaşkanının şahsında lideri olduğu parti ile yürütme ve yasamanın bütünleşmesi durumunu ortaya çıkabilir ve bu durum cumhurbaşkanlığı sisteminin getirmesi beklenen net ayrıştırmadan geriye gitme tehlikesi ortaya çıkarabilir. Bu durum cumhurbaşkanının partili olup olmamasına göre iyi ve birleştirici ya da kötü ve kutuplaştırıcı sonuçlar doğurabilir. Ağırlaştırılmış nisaplar nedeniyle fiilen hesapverir olmaması karşısında demokratik kurumların iyi işlemesi, cumhurbaşkanının kişiliğine bağlı olarak değişebilir. Bu durum, özellikle seçimler zamanında yeniden seçilmek veya gösterdiği birinin seçilmesini arzu eden cumhurbaşkanının davranışını olumsuz yönde etkileyebilir. Fakat hukuka uyarlığını sağlayabilecek bir hesapverirlik mekanizması yoktur.

a) Fiili Dokunulmazlığa Yol Açan Soruşturma İzinlerinin Anayasa'nın Temel Hükümlerine Aykırı Olduğu :

Anayasa m. 129/(son)'ün "Memurlar ve Diğer Kamu Görevlileri hakkında işledikleri iddia edilen suçlardan ötürü **ceza kovuşturması** açılması, kanunla belirtilen istisnalar dışında, kanunun gösterdiği idari merciin iznine bağlıdır." şeklindeki hükmünde geçen "ceza kovuşturması ibaresinden anlaşılması gereken; yetkili ve görevli savcı tarafından başlatılabilecek olan eski deyişle "son soruşturma" yeni CMK'deki deyişle "Ceza kovuşturması" olmalıdır.

"Soruşturma" ve "Kovuşturma" terimleri, anlamları 1985 yılından bu yana ceza muhakemesi hukukunda aralarında oldukça net sınırlar çizilerek belirlenmiş olup bir ceza soruşturmasının değişik evrelerini tanımlayan, anlamları yoruma açık olmayan terimlerdir. Herhangi bir fiilin suç olduğu iddiasıyla bir kişi hakkında bir ceza yaptırım uygulanması istemi ile ceza davası açılabilmesi için, görevli ve yetkili bir cumhuriyet savcısının önce o kişi hakkında "şüpheli" sıfatı ile bir soruşturma yapması (hazırlık soruşturması) ve bunun sonucunda da suçlamaya yeterli delil olduğu kanaatine ulaşırsa bir iddianame düzenleyerek mahkemeden cezalandırılmasını istemesi gerekir. Savcının iddianamesinin kabul edilmesinden sonraki yargılama aşaması kovuşturma olarak adlandırılır. 1985 yılından önce savcının araştırma ve hazırlık yaptığı devreye (hazırlık soruşturması), iddianame ile dava açtıktan sonra mahkemedeki yargılama aşamasına (son soruşturma) denilmekteydi. Hâlihazırda savcılık aşamasına soruşturma, mahkeme aşamasına kovuşturma adı verilerek netleştirilmiş bulunmaktadır.

Memurlar ve diğer kamu görevlilerinin görevleriyle ilgili olarak işleyecekleri suçlar hakkında getirilen yasal düzenlemelerle ceza soruşturması açılması dahi izne bağlanmıştır. İlaveten, Anayasa m. 129(son)'daki "işledikleri iddia edilen suçlar" ibaresi diğer kanunlarda sadece görev ve görevle ilgili suçlar olarak düzenlendiği halde Yargıtay, Danıştay ve Sayıştay başkan ve üyeleri hakkında yapılan düzenlemelerde bu ibare bu kimselerin hem görev ve hem de şahsi suçlarını kapsayacak şekilde genişlemiştir.

Anayasa m. 129(son)'daki "işledikleri iddia edilen suçlar" ibaresinin bir kısım kimselerin görevleri ile ilgili olmayan şahsi suçlarını da kapsayacak şekilde geniş kapsamda değerlendirilmesi, yüksek yargı üyelerine görevleri ile ilgili olmayan suçlarında dahi sorumluluktan kurtulma yönünde bir imtiyaz bahşetmesi nedeniyle,

Anayasa m. 10'daki "Herkes kanun önünde eşittir!" "Hiçbir kişiye, aileye, zümreye veya sınıfa imtiyaz tanınmaz!" ilke kurallarına aykırıdır.

Bilindiği üzere bir zümreyi diğerlerinden farklı bir duruma getiren ve farklı haklar veren düzenlemeler imtiyaz niteliğindedir. İmtiyaz, TDK sözlüğünde "*başkalarına tanınmayan özel, kişisel hak veya şart, ayrıcalık*" olarak tanımlanmaktadır. Temel olarak eşitlik kuralına aykırı her tür düzenleme imtiyaz teşkil eder.

Anayasa Mahkemesi 22.3.2007 tarihli ve 2007/33 sayılı kararında, Bankacılık Kanunu m. 127(6)'daki [5411 sy. Kanun 15(7)(a)] Fon tarafından atanmayan yöneticiler kişisel kusurlu ve zararlı eylem ve işlemlerinden dolayı sorumlu tutulmuş olmalarına karşın TMSF tarafından atanan yöneticilerin kusurları bulursa dahi sorumlu tutulmamalarına ilişkin düzenlemenin "eşitlik ilkesi" ile bağdaşmayacağını ortaya koymuştur. Anayasa Mahkemesi söz konusu kararında "*Hukuk devleti (hukukun üstünlüğü) temeli üzerine oturur; Kanun önünde eşitlik bu temelde esaslı bir unsurdur. Böyle bir kavram her türlü imtiyazı reddeder. Bu temel ilke Anayasa'nın 10'uncu maddesinin üçüncü fıkrasında 'Hiçbir kişiye, aileye, zümreye veya sınıfa imtiyaz tanınmaz' şeklinde ifade edilmiştir. Bilindiği gibi eşitlik, her yönüyle aynı hukuki durumda bulunanlar arasında söz konusudur. Fon tarafından atanan yöneticiler ile diğer yöneticilerin 'yönetim kurulu üyesi' sıfatıyla aynı hukuki durum içinde buldukları açıktır. Bu nedenle iptali istenen kural, Anayasa'nın 10'uncu maddesine aykırıdır.*" diyerek bu kuralı açıklamıştır.

Anayasa Mahkemesinin yukarıdaki gerekçesinin özü, bir kurumun kendi elemanları hakkında soruşturma açılıp açılmayacağına dair kendi kendine karar vermesinin en başında "Herkes kanun önünde eşittir!" kuralına aykırı ve o kuruma ve üyelerine özgü olarak getirilen bir imtiyaz olduğudur.

Gerçekten de bir kişinin fiilinin bir suç teşkil edip etmediği yargısal bir karardır. Bir kişiye bir fiili nedeniyle bir suçlama yöneltilip yöneltilmeyeceğine yani kovuşturulup kovuşturulmayacağına yargısal bir soruşturma sonucunda ve yine yargısal denetime tabi olan süreç sonucunda karar verilir. Kanun önünde eşit olmak, suç teşkil eden fiilleri konusunda herkesin eşit ve aynı kurallara tabi olmasını gerektirir. Buna da kişinin kendisi veya kurumu değil ondan bağımsız olan ve onu yargılayabilecek durumda olan bir yargı kurumu tarafından karar verilmesi gerekir. Suçlunun yargıda görevli bir eleman veya yargıç olması kendi hakkında karar verebileceği anlamına gelmez. Nitekim Anayasa Mahkemesi 1977 tarihli kararında

YHK'nın kararlarını verenlerin hâkim olmalarının kararlarının yargısal denetimini ortadan kaldırmanın gerekçesi olmayacağını açıklamıştır.

b) Yüksek Mahkeme Üyelerinin Fiili Dokunulmazlığına Yol Açan Yargısal Hesapverirlik Sorunları

Yargıtay, Danıştay ve Sayıştay üyelerinin hem kişisel (örneğin rüşvet veya suistimal) ve hem de görev suçlarının soruşturulması hususundaki soruşturmaya gerek olmadığına veya yargılamanın men'ine dair kararlar, kendi kurumlarının yetkisine bırakılmıştır. Bu kararlar kesindir ve aleyhlerine hiçbir yasal başvuru imkânı yoktur. Başka bir deyişle yüksek yargı kurumları, üyelerinin suç teşkil eden fiilleri nedeniyle kanun önüne çıkarılıp çıkarılmayacağına kendileri, başka bir açıdan bakıldığında şüphelilerin mesai arkadaşları karar vermektedir. Diğer bir husus ise Anayasa m. 129(son)'daki "işledikleri iddia edilen suçlar" ibaresinin Yargıtay, Danıştay ve Sayıştay başkan ve üyelerinin şahsi suçlarını da kapsayacak şekilde düzenlenmiş olmasıdır. Böylelikle bu yargı kurumlarının üyelerinin görevleri ile ilgili olmayan kişisel suçlarında bile hesapverirlikleri, kendi kurumlarının ve mesai arkadaşlarının kararına bağlıdır.

Sonuç olarak Yargıtay, Danıştay ve Sayıştay kanunlarındaki bu kurumların başkan ve üyelerinin kişisel suçlarının soruşturulmasına kendi kurumlarınca karar verileceğine ve soruşturmaya gerek görmeme kararlarının kesin olacağına ve hakkında yasal başvuru imkânı olmadığına dair düzenlemelerle oluşturulan bu imtiyazlı durum 1977 tarihli Anayasa Mahkemesi içtihadında belirtildiği üzere Anayasa'nın devletin cumhuriyet, hukuk devleti olduğu temel ilkelerine ve özellikle de m. 10(1)'deki "Herkes kanun önünde eşittir!" ve m. 10(3)'teki "Hiçbir kişiye, aileye, zümreye veya sınıfa imtiyaz tanınmaz!" hükümlerine aykırıdır.

Yargıtay	Danıştay	Sayıştay
<p>2797 sayılı Yargıtay Kanunu (m. 46)</p> <p>Yargıtay Birinci Başkanı, birinci başkanvekilleri, daire başkanları, üyeleri, Yargıtay Cumhuriyet Başsavcısı ve Yargıtay Cumhuriyet Başsavcı vekilinin görevleriyle ilgili veya kişisel suçlarından dolayı haklarında soruşturma yapılabilmesi Birinci Başkanlık Kurulunun kararına bağlıdır.</p> <p>Ağır cezayı gerektiren suçüstü hallerinin hazırlık ve ilk soruşturması genel hükümlere tabidir.</p> <p>Birinci Başkanlık Kurulu, soruşturma açılmasını gerektirir nitelikte gördüğü takdirde, ilk soruşturma yapılması için ceza dairesi başkanlarından birini görevlendirir. Aksi takdirde dosyanın işlem den kaldırılmasına karar verir. Bu karar kesindir.</p> <p>Soruşturma ile görevlendirilen başkan, soruşturmayı ikmal ettikten sonra evrakı Birinci Başkanlık Kuruluna gönderir.</p>	<p>2575 sayılı Danıştay Kanunu (m. 76)</p> <p>2575 sayılı Danıştay Kanunu m. 76 gereğince: Danıştay başkanı, başsavcı, vekilleri, daire başkanları ve üyelerinin görevlerinden doğan veya görevleri sırasında işlemiş buldukları suçlardan dolayı Daire başkanının seçeceği bir daire başkanı ile iki üyeden oluşan bir kurul tarafından ilk soruşturma yapılır.</p> <p>Soruşturma sonucunda düzenlenen fezleke idari işler Kurulu başkanlığına verilir bu kurulun vereceği kararlar ilgililere tebliğ edilir.</p> <p>Yargılamanın (men'i) yapılmaması kararı kendiliğinden son soruşturmanın açılması kararı, itiraz üzerine Danıştay Genel Kurulunca incelenir.</p> <p>Son soruşturmanın açılmasına dair karar kesinleştikten sonra dosya Cumhuriyet Başsavcısına gönderilir.</p>	<p>832 sayılı Sayıştay Kanunu (m.66)</p> <p>832 sayılı Kanunun m. 66(1) gereğince Sayıştay Başkanı, daire başkanları ve üyelerden birinin görevleri sebebiyle işlediği iddia edilen bir suçtan dolayı Sayıştay Genel Kurulunca seçilecek üç daire başkanı ve iki üyeden kurulu bir heyet tarafından ön inceleme yapılır; hazırlanacak rapor ile sair evrak, soruşturma izni verilmesine veya verilmemesine esas alınmak üzere Daireler Kurulu'na verilir; bu kurul, soruşturma izni verilmesine katılanların üçte iki çoğunluğu ile karar verebilir; bu karar, itiraz üzerine Genel Kurulca incelenir. Genel Kurulun soruşturma izni verilmemesine ilişkin kararı kesindir. Soruşturma izni verilmesine ilişkin karar katılanların üçte iki çoğunluğu ile alınır.</p> <p>Madde 66(3) ve 66(6) gereğince Sayıştay Başkanı, daire başkanları ve üyelerden birinin gereğince</p>

<p>Birinci Başkanlık Kurulu, son soruşturmanın açılmasına gerek görmediği takdirde evrakın işlemde kaldırılmasına, aksi halde son soruşturmanın açılmasına karar verir ve görevle ilgili suçlarda Anayasa Mahkemesine, kişisel suçlarda Yargıtay ilgili ceza dairesine tevdi olunmak üzere dosyayı Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığına gönderir.</p> <p>Evrakın işlemde kaldırılmasına dair verilen kararlar kesindir.</p>	<p>Şahsi suçlarının takibinde Yargıtay başkanı, Cumhuriyet Başsavcısı ve üyelerinin şahsi suçlarının takibi ile ilgili hükümler uygulanır.</p>	<p>aynı kişilerin görev sırasında, ancak görevleri ile ilgisi bulunmayan şahsi bir suç işlemleri halinde görevleri ile ilgisi bulunmayan şahsi bir suç işlemleri halinde yapılacak kovuşturmada Yargıtay üyelerinin şahsi suçlarının kovuşturmasına ilişkin hükümler uygulanır. Yani; soruşturma açılmasına veya açılmamasına Birinci Başkanlık Kurulu karar verir ve bu karar kesindir.</p> <p>(5) Soruşturma izni verilmesine ilişkin verilen kesin karar üzerine dosya Anayasa Mahkemesi'ne tevdi olunur.</p>
--	---	---

Bir çürük elmanın bütün sepeti çürüteceği misalinde olduğu gibi bu durum, kurumlar ve üyeleri arasında içlerinden birisinin suç işlemesi halinde suç işleyen kanun önüne çıkarılmaması, benzer fiillere göz yumulması ve nihayetinde teşvik görmesi ile sonuçlanan türlü işbirliği ve koalisyonlar oluşmasına uygun zemin hazırlamaktadır. Bu durumun kişileri başlangıçta diğerlerinin benzer hukuka aykırılıklarına duyarsız, daha sonra istekli ve en sonunda da azılı suç işler hale getireceği ve nihayetinde kurumların suça bulaşmak fakat kanun önüne çıkmamak yönünde birlik içinde hareket edilmesi gibi toptan çürüme teşkil eden bir sonuç çıkaracağı açıktır.

c) Bir Kısım Kritik Kurumlarda Fiili Dokunulmazlığına Yol Açan Yargısal Hesapverirlik Sorunları

Yüksek yargı kurumlarındakine benzer bir durum, bağımsız ve tarafsız yönetilmeleri ülkemiz, ekonomi ve bireyler için son derece önemli olan bir kısım kritik kurumlar için de söz konusudur. Aşağıda örnekleri verilen bu kurumların yargıdan tek farkı en üst düzey yöneticisi başkanların yargısal hesapverirliğine ilgili oldukları

bakanın; diğer personel hakkında ise başkanın izin vermesi gerektiğidir. Bu konuda yüksek yargı kendi üyeleri hakkında karar verirken, yüksek yargı dışındakiler hakkında Adalet Bakanı ve Müsteşarının temsil ettiği HSK karar vermektedir.

5411 sayılı Kanununun 104. maddesi ile Bankacılık Düzenleme ve Denetleme Kurulu üyelerinin işledikleri suçların soruşturulması ilişkili bakanın izin vermesi kaydıyla yapılabilir. Fakat bu iznin verilebilmesi için neredeyse bu suçun işlendiğinin ispat edilmiş olmasına yakın bir şart aranmaktadır. Söz konusu 104. maddeye göre soruşturma izni verilmesi için bu kişilerin kendilerine veya başkalarına çıkar sağlamak veya kuruma ya da üçüncü kişilere zarar vermek kastıyla hareket etmiş; çıkar sağlamış olmaları hususunda açık ve yeterli emarelerin bulunması şarttır. İzin için öngörülen “zarar verme kastı” ve “çıkartma amacı veya çıkar sağlamış olma” unsurları ancak bir yargılama sonucunda tespit edilebilecek olan unsurlar olmasına karşın, yargılama yapılabilmesinin ön şartı olarak kabul edilmişlerdir. Yakın tarihimize “Rüşvetin belgesi mi olur!” lafıyla veciz bir şekilde oturduğu üzere, bu seviyedeki insanların girişebileceği görev suçlarının belirtilen ön şartlar yerine getirilerek yargı önüne çıkarılması fiilen imkânsızdır. Dolayısı ile bu kurumun yöneticilerine fiilî bir bağımsızlık sağlandığı söylenilebilir. Diğer bir husus ise bu kişilerin kamu görevini ihmal etmelerinin bir yaptırımının olmamasıdır. Oysa genel ceza hukuku teorisine göre kamu görevinin ihmal edilmesi de suistimal edilmesi de suçtur. Fakat söz konusu 104. madde bu görevlilerin ihmal suçları hakkında soruşturma izni verilmesine bile engel olarak bu kişilere fiili bir bağımsızlık vermektedir.

Bu üst düzey görevlilerin, suç işledikleri takdirde yargı önüne çıkarılmaları ilişkili oldukları bakanın izin vermesiyle mümkün olmakta; bakan izin verdiği takdirde suçlu olmasalar bile yargı önüne çıkarılabilmektedirler. Dolayısıyla yargısal hesapverirlikleri, görevlerini en iyi şekilde yapmalarını, bağımsızlıkları gereği siyasilerden gelebilecek hukuka aykırı isteklere karşı çıkmalarını sağlayacak şekilde değil; siyasilerle iyi geçinmelerini ve isteklerini yerine getirmelerini sağlayacak şekilde düzenlenmiştir. Bu durumdaki kamu görevlilerinin iktidardaki siyasilere karşı direnmelerini, kanuna aykırı emir verildiğinde buna karşı çıkmalarını ve hatta görevlerinin gereklerini gerektiği şekilde iyi yapmalarını beklemek mümkün değildir.

Bağımsız ve tarafsız görev yapması gereken kurumların hukuka değil siyasilere hesapverir olmasını öngören bu düzenlemenin, cumhuriyet, hukuk devleti ve hukukun üstünlüğü ilkesine uygun olmadığı dolayısıyla Anayasa’ya aykırı olduğu ortadadır. Ancak, anayasal denetim imkânları da kısıtlı olduğu için Anayasa’ya aykırı

bu durum hukuk alanında varlığını sürdürmektedir.

BDDK'ya 5411 sayılı kanunda sağlanan koruma aynen, 2813 sayılı Kanunun 5. maddesi ile BTK; 2499 sayılı Kanun madde 25/1/b ile SPK; ve 4734 sayılı Kanun Madde 53/e ile Kamu İhale Kurumu başkan ve üyelerine de sağlanmış olup BDDK için geçerli olan Anayasa'ya aykırılık durumu bu kurumların üst düzey yöneticilerinin hesapverirliği için de aynen söz konusudur.

BDDK [ve TMSF]	BTK	SPK	Kamu İhale K.
<p>5411 sayılı Bankacılık Kanunu Madde 104 gereğince BDDK Kurul Başkan ve üyeleri ile Kurum personelinin görevleriyle bağlantılı olarak işledikleri iddia edilen suçlara ilişkin soruşturmalar, Kurul Başkan ve üyeleri için ilişkili Bakanın, Kurum personeli için ise Başkanın izin vermesi kaydıyla genel hükümlere göre yapılır.</p> <p>Kurul Başkan ve üyeleri ile Kurum personeli hakkında soruşturma izni verilmesi için, bu kişilerin kendilerine veya üçüncü kişilere çıkar sağlamak veya Kuruma ya da üçüncü kişilere zarar vermek kastıyla hareket ederek bu işlemler sonucunda kendilerine veya üçüncü kişilere çıkar sağlamış olmaları hususunda açık ve yeterli emarelerin olması</p>	<p>2813 Sayılı Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurumunun Kuruluşuna İlişkin Kanun Kanun m. 5'te: "Kurul üyeleri ve Kurum personeli, görevleri sırasında veya görevleri nedeniyle işledikleri veya kendilerine karşı işlenen suçlar bakımından Devlet memuru sayılırlar. Soruşturma izni, Başkan ve üyeler için</p>	<p>2499 sayılı Kanun madde 25/1/b'den Kurulun başkan ve üyeleri ile diğer personeli görevleriyle bağlantılı olarak işledikleri suçlar ile bunlara karşı işlenen suçlardan dolayı sorumluluk bağlamında Türk Ceza Kanununun uygulamasında kamu görevlisi sayılırlar. Bu konudaki soruşturma</p>	<p>4734 sayılı 53/e' bendinden: Kurul üyeleri ve Kurum personeli, görevleri nedeniyle işledikleri ve kendilerine karşı işlenen suçlar bakımından Devlet memuru sayılırlar. Kurul üyeleri ile Kurum personelinin cezai ve hukuki sorumluluğuna ilişkin olarak 19/10/2005 tarihli ve 5411</p>

<p>gerekir.</p> <p>Soruşturmaya izin verilmesine ya da verilmemesine dair kararlar aleyhine, Danıştay nezdinde itiraz yoluna başvurulabilir.</p> <p>Başlatılan soruşturma ve kovuşturmalar, ilgili üye veya personelin talebi hâlinde, bunlarla vekâlet akdi yapmak suretiyle görevlendirilecek bir avukat tarafından takip edilir. Söz konusu davalara ilişkin dava giderleri ve Türkiye Barolar Birliğince açıklanan asgarî ücret tarifesinde belirlenen avukatlık ücretinin onbeş katını aşmamak üzere avukatlık ücreti, Kurum bütçesinden karşılanır.</p> <p>Kurul Başkan ve üyeleri ile Kurum personeli aleyhine, açılmış veya açılacak her türlü tazminat ve alacak davası, Kurum aleyhine açılmış sayılır. Kurumun, yaptığı ödemeleri ilgililerinden talep edebilmesi için, bu kişiler hakkında kusurlu olduklarına ilişkin mahkeme kararının kesinleşmesi gerekir.</p>	<p>ilişkili bakan, personel için Başkan tarafından verilir. Kurul üyeleri ile Kurum personelinin cezai ve hukuki sorumluluğuna ilişkin olarak, 19/10/2005 tarihli ve 5411 sayılı Bankacılık Kanununun 104 üncü maddesi hükümleri uygulanır.</p>	<p>izni, Kurul Başkanı ve üyeleri için ilgili Bakan, personeli için Başkan tarafından verilir. Kurul Başkan ve üyeleri ile Kurul personelinin cezai ve hukuki sorumluluğuna ilişkin olarak, 19/10/2005 tarihli ve 5411 sayılı Bankacılık Kanununun 104 üncü maddesi hükümleri uygulanır.</p>	<p>sayılı Bankacılık Kanununun 104 üncü maddesi hükümleri uygulanır.</p>
---	---	--	--

Devlet Memurları ve Diğer Kamu Görevlilerinin Yargısal Hesapverirliği:

4483 sayılı Kanun, memurlar ve diğer kamu görevlilerinin görevleri sebebiyle işledikleri suçlardan dolayı yargılanabilmeleri için izin vermeye yetkili mercileri ve izlenecek usulü belirler. Görevi ve sıfatı nedeniyle farklı usullere tabi olanlar özel kanunlarındaki usule tabidir. Suçüstü hali ve görevleri sebebiyle olmayan – kişisel suçları ile- işkence, zor kullanma yetkisi sınırın aşılması (TCK: m. 256) ve adliye ile ilgili işlerde görevi ihmal ve kötüye kullanma fiilleri CMK M. 65 ile CMK m. 332'deki hakim, savcı veya mahkeme tarafından istenen bilgileri zamanında veya hiç vermeme fiilleri 4483 sayılı kanun kapsamında değildir.

4483 sayılı kanunun 4. maddesine göre: bir kamu görevlisinin görev suçu ihbar edildiğinde öncelikle ihbarın işleme konulup konulmayacağına karar verilir; işleme koyma kararı verilir ise 5. madde gereğince bir ön inceleme başlatılır. Ön inceleme sonucunda soruşturma izni vermeye (veya vermemeye) karar verilir. 9. madde gereğince ilgililer bu karara karşı idari yargıda itiraz edebilir. İdari yargı itirazı kabul ederse kamu görevlisi yargılanabilir.

Soruşturma izni verilmesi, ya da verilmediği takdirde idari yargı tarafından iptal edilmesi üzerine olay kendisine intikal eden Cumhuriyet Başsavcılığı CMK hükümlerine göre hazırlık soruşturmasını yapar; soruşturma sırasında ve dava açılması halinde memurun sıfatına göre özel yetkili mahkemeler belirlenmiştir. Örneğin, Cumhurbaşkanlığı Genel Sekreteri, TBMM Genel Sekreteri, müsteşarlar ve valiler için yetkili ve görevli mahkeme Yargıtay'ın ilgili ceza dairesi; kaymakamlar için ise il ağır ceza mahkemesidir.

Fakat burada belirtilen ön inceleme, soruşturma izni verilmesi, verilmediği takdirde itiraz ve idari yargının iptal kararı süreci kâğıt üzerinde aktığı gibi kolayca ve kısa sürede sonuçlandırılmaz. Oldukça uzun ve zahmetli bir uğraş gerektirir.

Soruşturmaya izin verip vermeme kararı verilirken görevlinin fiilinin görevi ile ilgili olup olmadığı veya izin kapsamına girip girmediğinin, izin vermenin bir ön şartı olarak tespit edilmesi gerekir. İdarenin hatalı olarak fiili, idarece soruşturma izni verilmesi gereken suçlar kapsamında görmesi halinde bu hatalı kararın da idari yargıda ortadan kaldırılması gerekir. Her ne kadar yargı kurumları bu idari kararlar bağlı olmazlar ise de devlet ve kurumların diğerlerine saygı göstermesi kültürü nedeniyle idarenin hatalı kararları normal yargı süreçlerini engelleyip geciktirebilir.

Görev gereği bir suç olmasına karşın soruşturma izni verilmediği durumda idari yargının, soruşturma izni vermeme yönündeki kararı iptal etmesi beklenir. Ancak bütün bu süreç oldukça gecikmeli işleyebilir ve çok uzun zaman alabilir. İdarenin yapacağı ön incelemenin – örneğin kurum içinde yapılacak teftişin ne kadar süreceği, teftiş sırasında suçla ilgili delillerin tarafsız bir şekilde ne kadar etkin olarak toplanabileceği gibi birçok meseleler söz konusu olur. Bu işlemler, idare açısından makul sürelerde yapılıyor olarak değerlendirilebilir ise de kamuoyu ve suçun mağdurları bakımından uzun süre alır. Delillerin kaybına, suçun zarar verici etkilerini tamir etme arzusunun körelmesine en önemlisi ise adalet inancının zedelenmesine neden olur. Sadece yargılamanın sağlığı ve etkinliği noktasından bakılacak olursa bu zamana yayılma ve gecikme durumu zamanında yapılacak bir yargılama faaliyetinin sağlayacağı faydaları ortadan kaldırır veya önemli derecede azaltır.

Ön inceleme ve soruşturma izni süreci aynı zamanda bağımsız ve tarafsız mahkemeler tarafından yargılanması gereken suçların yargı makamından önce kamu kurumları tarafından ve kendi içlerinde yapılması anlamına gelir; müfettişler hâkim rolünü, hiyerarşik üstler – kendileri de sorumlu olabilmelerine rağmen – zaman zaman suçlayıcı, zaman zaman da savunucu rolünü üstlenirler. Daha da önemlisi kamuoyunu doğrudan ilgilendiren suçların üzeri idari süreçler sırasında suç işleyen veya ondan dolayı sorumlu olan idare görevlileri tarafından kapatılabilir. İlgililer ve kamuoyu ise yargılanması gereken bir olayın yargı önüne getirilebilmesi için yargılamadan önce de ek ve ilave bir yargılama yükünü üstlenmek durumunda kalırlar. Bir zaman sonra ancak infiale neden olan olaylar yargı önüne getirilir; diğerleri zamanla varlığına katlanılır; bir zaman sonrada hoş görülen olaylar haline gelebilir. Onun sonucunda da bir zaman sonra kamuoyu kamu kurumlarından ve görevlilerinden soğur. Yıllardan beri sürmekte olan, son yıllarda ayyuka çıkmış olan birkaç yerde gizli kamera kayıtları ile tespit edilen tapu dairelerinde, icra memurluklarında, belediyelerde kamu görevlilerinin görevlerini yapmaları için vatandaştan “bahşiş” alma durumlarının kanıksanmış, günlük hayatın yazılı olmayan ancak en iyi işleyen kuralları haline gelmiş olması, işte bu nedenle yani, kamu görevlilerinin görevleri sırasındaki ve görev suçlarından dolayı yargısal hesapverirliğinin idarenin ön incelemesine ve soruşturma izni vermesine bağlanmış olmasından dolayıdır.

Bu görüntü cumhuriyet ve hukuk devleti için korkunçtur. Kamu görevlileri, içinden çıktıkları, ücretlerini vergi yoluyla zaten almış oldukları milliete karşı hesapvermez, ayrıcalıklı ve adeta onların üstünleri haline gelmişlerdir. Oysa

Atatürk'ün veciz sözüyle ifade ettiği üzere "Memur, milletin hizmetçisidir!"

Sonuç olarak:

Anayasa m. 10 gereğince hukuk devletinde herkes kanun önünde eşittir ve kimse kanunun üzerinde değildir. Fakat yukarıdaki örneklerden de görüleceği üzere kanunun işletilebilmesi için getirilen kısıt ve şartlar o kadar ağır ve kişisel kararlara o kadar çok bağlıdır ki; kanun çoğun zaman işletilemediği ve işlemediği için kamu üst yönetimi fiilî bağıışıklıklar ve dokunulmazlıklar içindedir. Kamuda etkin hesapverirliği sağlamadan yargı ve diğer devlet güç ve yetkilerinin hukuka tam uyarlı ve demokratik olarak kullanılmasını beklemek beyhudedir. Bu nedenle hesapverirlik yoluyla kamuda hukukun üstünlüğünü sağlamak ileri bir demokrasi olabilmek için yapılması gerekenlerin en başında gelmektedir.

Kamu görevlilerinin kişisel veya görevleri ile ilgili suç teşkil eden fiillerinin soruşturmasının kendi kurumlarının veya hiyerarşik üstlerinin iznine tabi tutulmasının Anayasa'nın temel hükümlerine, devletin cumhuriyet ve hukuk devleti olduğu, hukukun üstünlüğü ve kanun önünde eşitlik ilkelerine aykırı ve insan haklarına aykırı olduğu açıktır. Anayasa m. 129(5), Anayasa'nın temel hükümleriyle çelişen özel hükümlerden birisidir. En basitiyle bu hüküm mahkemelerin bağımsızlığına ilişkin Anayasa m.9 ve m. 138 hükümleri ile de çelişkilidir. Bu çelişkilili özel hükme dayalı olarak çıkarılan, kısmen bu hükmün kapsamını da aşan kanunlar da Anayasa'nın temel ilkelerine aykırılıklar içermektedir. Bu çelişkilili durumlar hem Anayasa'dan ayıklanarak Anayasa'nın özel hükümleri temel ilkeleriyle uyarlı hale getirilmeli hem de kanunlardaki temel hükümlere aykırı durumlar giderilmelidir.

Bu hususta akla ilk gelen hukuki tedbir, yürütmenin ve kamu görevlilerinin yönetim görevlerini nasıl yerine getireceklerini düzenleyen yukarıda ana hatlarına değinilen bir Genel İdare Usulü Kanunu çıkarmak ve böylelikle kamu görevlilerinin bir yandan kolay karar alabilmelerini diğer yandan da hesapverirliklerini güçlendirmek olmaktadır. Böyle bir kanunla kamu görevlilerinin hukuka uyarlı karar almalarını kolaylaştırılırken yürütmenin emir ve talimatlarının hukuka uyarlığında bir otokontrol de sağlanabilir. Hukuka uyarlık konusunda ellerinin güçlü olması, devlet bürokrasisinin siyasi yöneticilere karşı da güçlü olmasını sağlayarak devlet yönetiminde hukuka uyarlığı geliştirebilir.

Anayasa değişikliği, Cumhurbaşkanına verilen Yürütme'yi Yasama'nın denetlemesini öngörmemiştir. Görev ve kişisel suçlarının yargısal denetimi için teklif ve karar nisaplarının yükseltilmesi sonucunda yürütme fiilen sadece seçimlerde siyasi hesapverirliğe tabidir. Bu durumda yürütmenin bir altındaki üst düzey kamu görevlilerinin hesapverirliği daha da önem kazanmaktadır. Bu durumdaki kamu görevlileri yargısal hesapverirlikleri artırılarak kanuna aykırı emirleri yerine getirmeme yönünde güçlendirilmeli; bakanlara karşı hiyerarşik hesapverirlikleri sadece görevin iyi yerine getirilmesiyle sınırlandırılmalıdır. Yürütme kamu görevlilerinin yargılanmasına izin veya karar verir durumda olmamalıdır. Ayrıca; kamu görevlilerini yargılayacak olan hakim ve savcılar üzerinde adalet bakanının HSK'daki rolü nedeniyle yürütmenin nüfuz sahibi olmasının ortaya çıkardığı endişeler de giderilmelidir. Hukukun üstünlüğü konusunda bürokrasinin siyasileri dengelemesi ve sınırlandırması, ancak bunlar gerçekleştirilirse, mümkün olabilir.

Genel İdare Usulü Kanunu çerçevesinde kamu hizmetlerinin yerine getirilme süreçleri, sürecin her aşaması ve bu aşamalarda ilgililerine ve kamu görevlilerine düşen görev ve yükümlülükler netleştirilerek, tam belirli hale getirilmeli; kamu görevlileri kendilerine düşenleri layık olduğu şekilde yerine getirmeleri hususunda hesapverir olmalıdırlar.

Örneğin, kamu görevlisinin önüne gelen bir görevi ne kadar sürede ve nasıl yerine getireceği belirli olmalı; yerine getirmekten hem kurum içinde ve hem de ilgililere karşı hesapverir olmalıdırlar. Hali hazırda ilgilinin başvurusuna 60 gün içinde cevap verilmediği takdirde istemin reddedilmiş sayılacağına ilişkin düzenleme günümüz ihtiyaçlarına uygun değildir. Kamu görevlileri bakımından bu süreler işin gerektirdiği makul sürelerle sınırlanmalı, ilgilinin dava açma hakkı süresi ise uzun tutulmalıdır. Örneğin sokaktaki çukurun kapatılması hakkındaki dilekçenin gereği 3 gün içinde yerine getirilmeli, 3 günden sonra ilgili yasal haklarını kullanma imkânına kavuşmalıdır.