

"...

I- İPTAL VE YÜRÜRLÜĞÜN DURDURULMASI İSTEMLERİNİN GEREKÇESİ

A- 27.8.2012 günlü dava dilekçesinin gerekçe bölümü şöyledir:

"

III. GEREKÇE

1)6328 Sayılı 'Kamu Denetçiliği Kurumu Kanunu'nun 3 üncü Maddesinin Birinci Fıkrasının (f) Bendinin, 4 üncü ve 6 ncı Maddelerinin Anayasaya Aykırılığı

Kanunun kuruluş başlıklı 4 üncü maddesinin birinci fıkrasında Türkiye Büyük Millet Meclisi Başkanlığına bağlı, kamu tüzel kişiliğini haiz, özel bütçeli ve merkezi Ankara'da bulunan Kamu Denetçiliği Kurumunun kurulmuş olduğu yolundaki düzenleme Kamu Denetçiliği Kurumu'nun kuruluş amacına ve varlık sebebine aykırıdır. Çünkü, Kamu Denetçiliği Kurumu yetkisini her zaman parlamentodan almasına karşın, incelemelerinde parlamento karşısında da bağımsızdır ve salt idare karşısında değil, seçilmesi ve görevden alınması dışında parlamento karşısında da bağımsız olan bir kurumdur.

Kanunun 4 üncü maddesinin ikinci fıkrasında Kurum, Başdenetçilik ve Genel Sekreterlikten oluşacağı, aynı maddenin üçüncü fıkrasında ise Kurumda, bir Başdenetçi ve beş denetçi ile Genel Sekreter ve diğer personel görev yapacağı düzenlenmiştir. Yine Kanunun 6 ncı maddesinde başdenetçiliğin Başdenetçi ve denetçilerden oluşacağı ve Kurumun Başdenetçi tarafından yönetilir ve temsil edileceği düzenlenmiştir.

Kamu Başdenetçisi ve 5 Denetçiden oluşacak bu sistemin, 75milyona yakın nüfusu olan ülkemizin ihtiyaçları için yeterli olmayacaktır. Üstelik alanlarında uzmanlaşmamış Denetçilerden oluşan bir yapı, etkili olamayacağı gibi, zamanla Kurum'da çalışan bürokrat uzmanların görüş, öneri ve tavsiyelerine göre işleyen, etkilenmeye açık bir yapıya dönüşecektir.

Kanunun Tanımlar Başlıklı 3 üncü maddesinin birinci fıkrasının(f) bendinde, Komisyonun, Türkiye Büyük Millet Meclisi Dilekçe Komisyonu ile İnsan Haklarını İnceleme Komisyonu üyelerinden oluşan Karma Komisyonu ifade edeceği belirtilmiştir. Kamu Denetçiliği mekanizmasının etkin bir şekilde çalışabilmesi açısından Mecliste bu işe özgü bir komisyonun kurulması yaşamsal bir önem taşıdığı halde, kanunun Kamu Denetçiliği Kurumu için Mecliste özel bir komisyon kurulacağı yönünde İktüzüğe yollamada bulunmamış olması Kamu Denetçiliği Kurumunun bağımsızlığını yok edecek niteliktedir. Çünkü Kamu Denetçiliği kurumuyla İdarenin tasarruf ve davranışları denetleneceğinden Meclisteki mevcut komisyonlarda olduğu gibi Komisyona iktidar partisi milletvekilleri ağırlıklı olarak katılacak, bu denetimden beklenen fayda elde edilemeyecek böylece kamu denetçiliği bağımsız olamayacaktır.

Halbuki, gelişmiş demokrasilerde hukuk devleti, hukukun üstünlüğü kavramlarının yanı sıra, kamu yönetiminden şikayetleri de inceleyerek yürütme gücünü elinde bulunduranlara yol gösterici, bağımsız, tarafsız, denetim organları oluşturmayı hedef edinen devlettir. Kanunda tanımlanan tüm yetki ve görevlerin bireysel olarak Başdenetçiye ve beş adet Denetçiye verilmiş olması, kurumun kuruluşunun TBMM'ne bağlı olması ve özünde bağımsızlığının

sağlanamaması ve yetkilerin tek kişide toplanması ancak dikta yönetim biçimlerinin başvurduğu ve demokratik yönetim sistemleriyle bağdaşmayacak bir yapı oluşturmak anlamına gelir. Böyle bir yapının, hukuk devleti ilkesi, hak arama hürriyeti, erkler ayrılığı ilkesi ile bağdaşır bir tarafı yoktur.

Bu nedenle, 6328 Sayılı Kamu Denetçiliği Kurumu Kanununun 3üncü maddesinin birinci fıkrasının (f) bendi, 4 üncü ve 6 ncı maddeleri Anayasanın Başlangıç, 2 nci, 5 inci, 6 ncı, 7nci, 8 inci, 9 uncu, 11 inci ve 36 ncı maddelerine aykırıdır.

2) 6328 Sayılı 'Kamu Denetçiliği Kurumu Kanunu'nun 5 inci Maddesinin Anayasaya Aykırılığı

'Kurumun görevi' başlıklı 5 inci maddesinde; Kurumun, idarenin işleyişi ile ilgili şikâyet üzerine, Türkiye Cumhuriyetinin Anayasada belirtilen nitelikleri çerçevesinde, idarenin her türlü işlem ve eylemleri ile tutum ve davranışlarını; adalet anlayışı içinde, insan haklarına saygı, hukuka ve hakkaniyete uygunluk yönlerinden incelemek, araştırmak ve idareye önerilerde bulunmakla görevli olduğu belirtilmiş, maddede kamu denetçisine idari dava yoluna başvurma yetkisi tanınmamıştır. Kamu Denetçiliği, idari işlemleri iptal edemez, idareyi tazminat ödemeye mahkum edemez ve idareye her hangi bir konuda emir veremez. Dolayısıyla Kamu Denetçiliğinin kararlarını yerine getirmemek idareyi veya kamu görevlilerini hukuksal veya cezai sorumluluklarla karşı karşıya bırakmayacaktır. Bu durum evrensel düzeyde kabul görmüş bir durumdur. Fakat bu husus Kamu Denetçiliği Kurumunun idari yargıya başvurmaya engel değildir. Ayrıca dünya örnekleri incelendiğinde bu alanda gelişmiş ülkelerde benzer kurumların meclislerden çıkan yasalara karşı Anayasaya aykırılık davaları açabilme hakları da bulunmaktadır. İdari Yargıya kamu denetçiliği tarafından başvuru imkanının tanınmamış olması, vatandaşların mağduriyetlerini giderme imkanını ortadan kaldırmıştır. Kamu Denetçiliği'nin tespit ettiği hak ihlallerine ilişkin tavsiyeleri ilgili idare tarafından yerine getirilmediğinde, idarenin uygulamasından ya da uygulamaya dayanak teşkil eden düzenleyici işleminden mağdur olan kişi, kurum ya da topluluk adına idari yargıya başvurup iptal veya tam yargı davası açma yetkisi verilmemesi Kurum'un kararlarının etkinliğini azaltacak gereksiz yere zaman kaybına ve israfa yol açacaktır.

Bununla birlikte, Kanunun 5 inci maddesinin ikinci fıkrasının (a) bendinde Cumhurbaşkanının tek başına yaptığı işlemler ile re'sen imzaladığı kararlar ve emirler, yasama ve yargı yetkisinin kullanılmasına ilişkin işlemlerin Kamu Denetçiliği Kurumunun görev alanı dışında olduğu belirtilmiştir.

Cumhurbaşkanı yürütme organının başıdır. Cumhurbaşkanının tek başına yaptığı işlemler ile re'sen imzaladığı kararlar ve emirler, 2010 Anayasa değişikliğinden önce tanımlanan tarafsız Cumhurbaşkanı için tanımlanan bir imtiyaz idi. Bu imtiyaz cumhurbaşkanının halk tarafından seçilmesiyle fîilen ortadan kalkmıştır. Halk tarafından seçilen cumhurbaşkanı kendisine oy veren veya vermeyen herkesin siyasi denetimine tabidir. Mevcut Anayasaya göre, devlet organları içinde en fazla yetkiye sahip olan Cumhurbaşkanının iş ve işlemlerinin hukukun denetimine tabi olması hukuk devleti ilkesinin tabi sonucudur. Aksi halde halkın seçtiği Cumhurbaşkanı denetimsiz bir organ haline gelir bu da siyasi ve hukuki açıdan denetlenemeyen bir güç yaratmaktır, kısaca diktatörlük oluşturmaktır.

Aynı maddenin ikinci fıkrasının (c) bendi uyarınca, 'yargı yetkisinin kullanılmasına ilişkin kararları' denetim dışında bırakılmış olması; cezaların infazına ilişkin gerek cezaevi yönetimi gerekse kararların infazıyla görevli yargı mercileri tarafından alınan karar ve yapılan

uygulamaların Kamu Denetçiliği'nin denetimi dışında kalması anlamına gelmektedir. İdarenin özellikle kamuoyunun gözünden uzak olduğu alanlarda daha rahat hukuka aykırı hareket ettiği bilinmekte olup; bu alanların başında da Cezaevleri gelmektedir. İnsan hakkı ihlali, kötü muamele ve insan onuruna yakışmayan tutum ve davranışların sıklıkla rastlanıldığı ve en çok hak ihlalinin yaşandığı cezaevlerinde, hükümlü ve tutuklulara yönelik disiplin cezalarının yargı yetkisinin kullanılmasına ilişkin kararlar kapsamında değerlendirilmesi, Kamu Denetçiliği Kurumunun görev alanı üzerinde ciddi olumsuz etki yaratabilecek sonuçlar doğuracak, bu durum kurumun kuruluş amacıyla da bağdaşmayacaktır. Mahkemelerin aldığı her karar yargı erkinin kullanılmasına ilişkin değildir. Disiplin cezalarının değerlendirilmesi de yargılama fonksiyonuna girmez. Disiplin cezaları özü itibarıyla idari bir işlemdir. Bu nedenle, yargısal değil, idari kararlar kapsamında ele alınması, bu alanın da Kamu Denetçiliği Kurumunun alanına girdiğinin ifade edilmesi gerekirken aksi yönde düzenleme yapılmış olması Kurumu amacından uzaklaştırmıştır.

Yine 5inci maddesinin ikinci fıkrasının (c) bendinde Türk Silahlı Kuvvetlerinin (TSK) sırf askeri nitelikteki faaliyetlerinin denetim kapsamı dışında tutulduğu görülmektedir. Burada geçen 'askeri nitelikteki faaliyet' kavramı oldukça muğlak kalmıştır. İhtisaslaşmış bir Kamu Denetçiliği sistemi kanunla öngörülmemiş olduğu için, TBMM adına personelin karşılaştığı insan hakları ihlallerini, çalışma koşullarını ve kötü muameleyle ilgili şikayetleri kurum inceleyemeyecek, mağduriyetlerin giderilmesi ve hak ihlallerinin tekrarlanmasının önüne geçilemeyecektir.

Bu nedenle, 6328 Sayılı Kamu Denetçiliği Kurumu Kanununun 5 inci maddesinin Anayasanın Başlangıç, 2 nci, 6ncı, 8 inci, 9 uncu, 11 inci, 17/2 nci, 19 uncu, 36 ncı, 38/3 üncü, 125/1 inci maddelerine aykırı olduğundan iptali gerekmektedir.

3) 6328 Sayılı 'Kamu Denetçiliği Kurumu Kanunu'nun 8 inci Maddesinin Dördüncü Fıkrasının Anayasaya Aykırılığı

Çalışma ilkeleri Başlıklı 6328 Sayılı Kamu Denetçiliği Kurumu Kanununun 8inci maddesinin dördüncü fıkrasında, Denetçilerin Başdenetçi tarafından görevlendirilecekleri konu veya alanlara ve aralarındaki iş bölümüne ilişkin ilkeler yönetmelikle belirleneceği hükmü yer almaktadır.

Yasa'da yönetmelikle yapılacak düzenlemeye ilişkin temel ilkeler belirlenmemiş olduğu için, söz konusu fıkra yürütmeye bırakılmış olan yönetmelikle düzenleme yetkisi, asli bir düzenleme yetkisi olup dolayısıyla yürütmeye geniş bir düzenleme yetkisi verilmiştir.

Halbuki Anayasa Mahkemesinin pek çok kararında belirtildiği üzere, yasada belirtilmesi gereken söz konusu hususlara yasada yer verilmemesi, yasaların açık, anlaşılabilir ve sınırlan belirli kurallar içermesi gereğinin hukuk güvenliğinin gerçekleştirilmesi için ön koşul kabul edildiği hukuk devleti anlayışına ve dolayısıyla Anayasanın 2 nci maddesine aykırı düşmektedir.

Anayasa Mahkemesi'nin 11.04.2007 tarihli 2006/35 e ve 2007/48 K. Sayılı kararında; 'Anayasanın 2 nci maddesinde, Türkiye Cumhuriyeti'nin başlangıçta belirtilen temel ilkelere dayanan, demokratik, lâik ve sosyal bir hukuk devleti olduğu vurgulanmıştır. Hukuk devleti, tüm işlem ve eylemleri hukuka uygun olan, her alanda adaletli bir hukuk düzeni kurup bunu geliştirerek sürdürmeyi amaçlayan, hukuku tüm devlet organlarına egemen kılan, Anayasaya aykırı durum ve tutumlardan kaçınan, insan haklarına saygı duyarak bu hak ve özgürlükleri

koruyup güçlendiren, yargı denetimine açık, yasaların üstünde Anayasa ve yasa koyucunun da bozamayacağı temel hukuk ilkeleri bulunduğu bilincinde olan devlettir.

Anayasanın 7 nci maddesinde 'Yasama yetkisi Türk Milleti adına Türkiye Büyük Millet Meclisindedir. Bu yetki devredilemez.' denilmektedir. Buna göre, yasa koyucunun temel ilkeleri koymadan, çerçeveyi çizmeden yürütmeye yetki vermemesi, sınırsız, belirsiz bir alanı, yönetimin düzenlemesine bırakmaması gerekir.

Anayasa Mahkemesi'nin önceki kararlarında vurgulandığı üzere, Anayasada yasa ile düzenlenmesi öngörülen konularda yürütme organına genel ve sınırları belirsiz bir düzenleme yetkisinin verilmesi olanaklı değildir. Yürütmenin düzenleme yetkisi yasa ile sınırlandırılmış, tamamlayıcı bir yetkidir. Bu nedenle, Anayasada öngörülen ayrık durumlar dışında, yürütme organına yasalarla düzenlenmemiş bir alanda genel nitelikte kural koyma yetkisi verilemez. Ayrıca, yürütme organına düzenleme yetkisi veren bir yasa kuralının Anayasanın 7 nci maddesine uygun olabilmesi için temel ilkelerin konulması, çerçevenin çizilmesi, düzenleme için sınırsız, belirsiz, geniş bir alanın bırakılmaması gerekir. Dolayısıyla bu fıkra yeterli açıklık ve belirlilikten uzak olduğundan Anayasanın 2 nci ve 7 nci maddelerine aykırıdır

Sonuç olarak bu fıkroda kullanılacak yetkiler, asli bir düzenleme yetkisi niteliği taşıdığından böyle bir yetkilendirmede Anayasanın 6 ncı, 7 nci, 8 inci, 123 üncü ve 128 inci maddelerine aykırıdır. Ayrıca bu belirsizlik Anayasanın Başlangıç kısmına, 2 nci ve 5 inci maddelerine aykırı olduğu gibi ayrıca Anayasanın herhangi bir hükmüne aykırı bir düzenlemenin ise Anayasanın 2 nci ve 11 inci maddelerinde belirtilen 'hukuk devleti', Anayasanın üstünlüğü ve bağlayıcılığı ilkeleri ile çelişeceği ortadadır.

4) 6328 Sayılı 'Kamu Denetçiliği Kurumu Kanunu'nun 10 uncu Maddesinin Birinci Fıkrasının (c) Bendinin Anayasaya Aykırılığı

6328 Sayılı Kamu Denetçiliği Kanunun Başdenetçi ve denetçilerin nitelikleri Başlıklı 10 uncu maddesinin birinci fıkrasının (c) bendinde, Başdenetçi veya denetçi seçilebilmek için aranan şartlar içinde, Tercihen hukuk, siyasal bilgiler, iktisadi ve idarî bilimler, iktisat ve işletme fakültelerinden olmak üzere dört yıllık eğitim veren fakültelerden veya bunlara denkliği kabul edilmiş yurt içi veya yurt dışındaki yükseköğretim kurumlarından mezun olmak şartı da öngörülmüştür.

10 uncu maddesinde yapılan düzenleme, Kurum'un çalışmasında aksaklıklar doğmasına neden olabilecek türdendir. Bu maddeye göre; tercihen hukuk, siyasal bilgiler, iktisadi ve idari bilimler, iktisat ve işletme fakültelerinden olmak üzere dört yıllık eğitim veren herhangi bir yükseköğretim fakültesinden mezun olmak Başdenetçi ya da Denetçi olmak için yetecektir. Kanunun öngördüğü yapıda denetçilere, zorunlu olarak 'hukuk fakültesi ya da programlarında yeteri miktarda hukuk eğitimi veren fakültelerden mezun olma' koşulu getirilmemiştir. Halbuki, İsveç, Finlandiya, Danimarka, Norveç gibi Kamu Denetçiliği'nin iyi biçimde uygulandığı ülkelerde Denetçilerin hukuk eğitimi alması zorunludur. Çünkü insan hakları kavramından anlayabilmek, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi içtihatlarını takip edip anlayabilmek, buna göre insan hakkı ihlalinin olup olmadığını denetleyecek kamu denetçisinin mutlaka iyi bir hukuk eğitimi almış olması, hukuk fakültesi veya programlarında hukuk derslerine yeterince yer veren sosyal bilimler fakültelerinden mezun olması bir zorunluluktur.

Kamu denetçisinin özellikle kuruluşu ve çalışma kültürünün oluşturulması aşamasında, yeterli donanımına sahip uzmanlara sahip olabilmesine yönelik kadro imkânının tanınması

devletin asli görevdir. Bu çerçevede özellikle kuruluş aşamasında çeşitli kamu hizmeti alanlarında yetişmiş denetim elemanlarının ve özellikle idari hâkimlerin tecrübelerini bu kuruma aktarmalarının önemi büyüktür. Bugün, Kurul halinde çalışan Danıştay ve Yargıtay gibi kuruluşların yoğun iş yükünü kaldırabilmelerinin temelinde ihtisaslaşmanın ve tetkik hâkimlerin desteğinin olduğu bilinmektedir.

Siyasi iktidar iptali istenen hükümle, Kamu Denetçiliği Kurumunu akıl, tecrübeli, insan hakları konusunda uzman, bu konuda bilimsel akademik çalışmalar yapmış, ulusal ve uluslararası sivil toplum kuruluşlarında görev almış, oldukça iyi eğitim formasyonuna ve iş tecrübesine sahip bulunan Denetçilerden oluşturmak yerine; ihtiyaca cevap vermekten uzak bir biçimde, sadece yasada düzenlemiş olmak için ve tamamen politik-ideolojik yaklaşımlara göre kurumu şekillendirmiştir. Bu nedenle mevcut düzenleme, hukuk devleti ilkesine, devletin asli sorumluluklarından olan devletin temel amaç ve görevlerine, anayasanın bağlayıcılığı ve üstünlüğüne ve en önemlisi kamu denetçiliği kurumunun bu yapı ile teşekkül etmesi, işleyişinde aksaklıklara yol açacağından, kurumun temel kuruluş amacına aykırıdır. Bu nedenle, 6328 Sayılı Kamu Denetçiliği Kurumu Kanununun 10 uncu maddesinin birinci fıkrasının (c) bendinin, Anayasanın, 2 nci, 5 inci, 6 ncı, 11 inci ve 74 üncü maddelerine aykırı olduğundan iptal edilmesi gerekir.

5) 6328 Sayılı 'Kamu Denetçiliği Kurumu Kanunu'nun 11 inci Maddesinin Beşinci ve Altıncı Fıkralarının Anayasaya Aykırılığı

Adaylık ve seçim başlıklı Kamu Denetçiliği Kurumu Kanununun 11 inci maddesinin beşinci fıkrasında, Başdenetçi, üye tamsayısının üçte iki çoğunluğu ile seçilir. Birinci oylamada bu çoğunluk sağlanamadığı takdirde ikinci oylamaya geçilir. İkinci oylamada da üye tamsayısının üçte iki çoğunluğunun oyu aranır. Bu oylamada üye tamsayısının üçte iki çoğunluğu sağlanamadığı takdirde üçüncü oylamaya geçilir ve üye tamsayısının salt çoğunluğunun oyunu alan aday seçilmiş sayılır. Üçüncü oylamada üye tamsayısının salt çoğunluğu sağlanamazsa, bu oylamada en çok oy alan iki aday için dördüncü oylama yapılır. Dördüncü oylamada karar yeter sayısı olmak şartıyla en fazla oy alan aday seçilmiş olur hükmü yer almaktadır.

Yine kanunun 11 inci maddesinin altıncı fıkrasında, Denetçiler, üye tamsayısının üçte iki çoğunluğu ile seçilir. Birinci oylamada bu çoğunluk sağlanamadığı takdirde ikinci oylamaya geçilir. İkinci oylamada da üye tamsayısının üçte iki çoğunluğunun oyu aranır. Bu oylamada üye tamsayısının üçte iki çoğunluğu sağlanamadığı takdirde üçüncü oylamaya geçilir ve üye tamsayısının salt çoğunluğunun oyunu alan aday seçilmiş olur. Üçüncü oylamada üye tamsayısının salt çoğunluğu sağlanamadığı takdirde en çok oy alan adaylardan, seçilecek aday sayısının iki katı kadar aday ile seçime gidilir. Dördüncü oylamada karar yeter sayısı olmak şartıyla en fazla oy alan aday seçilmiş olur, şeklinde düzenleme yer almaktadır.

Kamu Denetçiliğinin bağımsız bir kurum olması, onun olmazsa olmaz şartıdır. Gerçekten de, yürütmeden ve idareden bağımsız olmayan bir kurumun kamu üzerinde denetim uygulaması durumunda bu denetimin idari denetimden farklı bir denetim olarak nitelendirilmesi olanaklı olmayacaktır. İşte bu yüzden 'kamu denetçiliği ' adı altında ayrı ve kendisine özgü bir denetimden söz edebilmek ancak yürütmeden ve idareden bağımsız olan bir kurum yaratmakla olanaklıdır.

Kamu denetçiliğinin bağımsız olabilmesi için onun atanması ve görevden alınmasının nitelikli çoğunlukla olması ve Meclis dâhil hiç bir organa karşı bağımlı olmaması demektir..12

Eylül 2010 tarihinde halkoylamasına sunulan olan mini anayasa paketinin 8 inci maddesinde ombudsmanın üçüncü oylamada Meclis üye tamsayısının salt çoğunluğu (226 milletvekili) ile üçüncü oylamada salt çoğunluk sağlanamazsa bu oylamada en çok oy alan iki aday için dördüncü oylama yapılacağı, dördüncü oylamada en fazla oy alan adayın seçilmiş olacağı belirtilmiştir. Görüldüğü üzere, bu maddeyle ombudsmanın toplanmasında özel bir toplantı yeter sayısı aranmayarak, Meclisin normal toplantı yetersayısıyla (184 Milletvekili) toplanacağı, iş dördüncü oylamaya kalırsa 226 milletvekilinden aşağı sayıda oy alsa bile ombudsmanın seçilebileceği öngörülmüştür. Bu düzenleme tarzı, Türk siyasi yaşamında bir uzlaşma kültürünün olmaması olgusuyla birleşerek, iktidar partisi, eğer bir koalisyon hükümeti varsa koalisyonun büyük ortağı tarafından ombudsmanın seçilmesine yol açacaktır. Ombudsmanın iktidar partisi veya koalisyon hükümetinin büyük ortağı tarafından atanması durumunda ise ombudsman iktidara karşı bağımsız olamayacak, dolayısıyla, kurulmasının varlık nedenini yitirecektir. Ombudsmanın yürütmeye, özellikle, iktidara karşı bağımsızlığını sağlayabilmek için Anayasanın Cumhurbaşkanın seçimini düzenleyen 102 nci maddesinin 31.5.2007 tarih ve 5678 sayılı Kanunun 5 inci maddesiyle değiştirilmeden önceki durumuna benzer bir şekilde düzenlemeye gidilmesi gerekir. Çünkü, Ombudsmanın bağımsızlığını sağlamada temel koşul, onun seçilirken nitelikli bir çoğunlukla seçimini sağlayacak dizgenin oluşturulmasıdır. Bu bağlamda, ombudsman seçiminin ilk turunda, Anayasa Mahkemesinin, Cumhurbaşkanı seçiminde '367' kararı olarak bilinen 1.5.2007 tarih ve E.2007/45, K. 2007/54 sayılı kararında isabetli bir şekilde yorumladığı üzere, toplantı ve karar yetersayısının bütün oylamada TBMM üye tamsayısının üçte iki çoğunluğu, bu bağlamda 367 olduğu şeklinde, Anayasada yeni bir düzenlemeye ihtiyaç bulunmaktadır.

Siyasal partileri ombudsman seçiminde uzlaşmaya zorlayabilmek ve bu bağlamda ombudsmanın bağımsızlığını oluşturabilmek açısından 11inci maddesinde Başdenetçi ve Denetçilerin seçiminin mutlaka nitelikli çoğunlukla yapılması gerekmektedir. Bu durum Kurum'un bağımsızlığı ve etkinliği için bir zarurettir. 11 inci maddenin beşinci ve altıncı fıkralarında nitelikli çoğunluğun mutlak surette aranmamış olması, iktidara sahip olan tek parti ya da koalisyon dönemlerinde koalisyonun büyük ortağı olan parti Kamu Denetçisi'nin seçiminde tek söz sahibi olması anlamına gelmektedir. Kanunun bu maddesiyle, Kamu Denetçiliği Kurumu, Meclis adına bir kamu denetçiliği Kurumuna değil, iktidara bağlı bir nevi hükümet adına denetleme yapacak bir teftiş kuruluna dönüştürülmüştür. Bu durum Anayasamızın Anayasanın Başlangıcı ile 2 nci, 6 ncı, 7 nci, 8 inci ve 9 uncu maddelerinde somutlaştırılmış olan kuvvetler ayrılığı ilkesiyle bağdaşmamaktadır.

6) 6328 Sayılı 'Kamu Denetçiliği Kurumu Kanunu'nun 13 üncü Maddesinin Anayasaya Aykırılığı

6328 Sayılı Kamu Denetçiliği Kurumu Kanununun 13 üncü maddesinde Görevlerine başlarken Başdenetçi Genel Kurulda, denetçiler ise Komisyonunda 'Görevimi tam bir tarafsızlık, dürüstlük, hakkaniyet ve adalet anlayışı içinde yerine getireceğime, namusum ve şerefim üzerine andiçerim.' şeklinde andiçecekleri düzenlenmiştir.

TBMM'de kimlerin yemin edeceği 81 inci ve 103 üncü maddesinde gösterilmiştir. Milletvekilleri ve Cumhurbaşkanı dışında, Anayasada herhangi bir kamu görevlisinin TBMM'nde yemin edeceğine ilişkin başkaca bir düzenleme yoktur. Başdenetçinin Genel Kurul'da yemin edeceğine ilişkin bu düzenleme Anayasanın 81 inci ve 103 üncü maddeleriyle bağdaşmamaktadır.

28.09.2006 tarih ve 5548 sayılı Kamu Denetçiliği Kurumu Kanununun 13 üncü maddesinde 'Türkiye Cumhuriyeti Devletinin varlığı ve bağımsızlığı ile vatanın ve milletin bölünmez bütünlüğüne, milletin kayıtsız ve şartsız egemenliğine, Anayasaya, hukukun üstünlüğüne, hakkaniyete, demokrasiye, Atatürk ilke ve inkılaplarına ve laik Cumhuriyet ilkesine bağlı kalacağıma, milli dayanışma ve adalet anlayışı içinde herkesin insan haklarından ve temel hürriyetlerinden yararlanması ülküsünden ayrılmayacağıma, üzerime aldığım görevi tarafsızlıkla yerine getireceğime büyük Türk Milleti huzurunda, namusum ve şerefim üzerine andiçerim.' biçiminde olan ant, 6328 Sayılı Kamu Denetçiliği Kurumu Kanununun 13 üncü maddesinde 'Görevimi tam bir tarafsızlık, dürüstlük, hakkaniyet ve adalet anlayışı içinde yerine getireceğime, namusum ve şerefim üzerine andiçerim.' biçimine dönüştürülmüştür. Yasakoyucu bir hukuk devletinde yasa koyarken Anayasaya uygun hareket etmek durumundadır. Anayasada belirtilen Cumhuriyetin temel niteliklerine bağlı kalmanın metinde yer almamış olması ise, Anayasanın 2 nci ve 11 inci maddelerine açıkça aykırıdır.

7) 6328 Sayılı 'Kamu Denetçiliği Kurumu Kanunu'nun 15 inci Maddesinin Anayasaya Aykırılığı

6328 Sayılı Kamu Denetçiliği Kurumu Kanununun 15 inci maddesinin birinci fıkrasında Görevden alma ilgili düzenleme bulunmaktadır. Buna göre, Başdenetçinin veya denetçilerin 10 uncu maddede sayılan nitelikleri taşımadıklarının sonradan anlaşılması veya bu nitelikleri seçildikten sonra kaybetmeleri hâlinde, durumun Komisyon tarafından tespit edilmesini takiben Başdenetçinin görevinin sona ermesine Genel Kurul tarafından görüşmesiz olarak; denetçilerin görevinin sona ermesine ise Komisyon tarafından karar verilir hükmü bulunmaktadır. Ayrıca aynı maddenin ikinci fıkrasında da Seçilmeye engel bir suçtan dolayı kesin hüküm giyen veya kısıtlanan Başdenetçi hakkındaki kesinleşmiş mahkeme kararının Genel Kurulun; denetçi hakkındaki kesinleşmiş mahkeme kararının Komisyonun bilgisine sunulmasıyla Başdenetçi veya denetçi sıfatı sona ereceği belirtilmiştir.

Başdenetçinin veya denetçilerin 10 uncu maddede sayılan nitelikleri taşımadıklarının sonradan anlaşılması veya seçildikten sonra kaybetmeleri halinde, bu durumun Dilekçe Komisyonu ile İnsan Haklarını İnceleme Komisyonu üyelerinden oluşan Karma Komisyonca saptanmasını takiben başdenetçinin görevinin sona ermesine Meclis Genel Kurulu tarafından görüşmesiz karar verileceği, denetçinin görevinin sona ermesine ise Komisyon tarafından karar verileceği, seçilmeye engel bir suçtan dolayı kesin hüküm giyen veya kısıtlanan başdenetçi hakkındaki kesinleşmiş mahkeme kararının T.B.M.M. Genel Kurulunun denetçi hakkındaki kesinleşmiş mahkeme kararının Komisyonun bilgisine sunulmasıyla, başdenetçi veya denetçi sıfatının sona ereceği ifade edilmiştir. Bu düzenleme net değildir. İlerleyen süreçte, Başdenetçi ve Denetçilerin seçilme niteliklerinin kaybedilmesiyle ilgili ihtilaflar doğuracak niteliktedir. Bu nedenle görevden alma söz konusu olduğunda üye tam sayısının salt çoğunluğunun gizli oyu aranması gerekirken, Görevden almaya dair mevcut düzenleme, göreve atanma koşulları da göz önüne alındığında, 'usul ve biçimde paralellik ilkesi'ne tamamen aykırıdır.

Kanunun 10 uncu maddesinde ise, başdenetçi veya denetçi seçilebilmek için, Türk vatandaşı olmak, seçimin yapıldığı tarihte başdenetçi için 50, denetçi için 40 yaşını doldurmuş olmak, dört yıllık eğitim veren hukuk, siyasal bilgiler, iktisadi ve idari bilimler, iktisat ve işletme fakültelerinden veya bunlara denkliği kabul edilmiş yabancı öğretim kurumlarından mezun olmak, mesleği ile ilgili olarak kamu kurum veya kuruluşlarında veya kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşlarında kayıtlı olarak ya da özel sektörde en az on yıl çalışmış olmak, kamu haklarından yasaklı olmamak, başvuru sırasında herhangi bir siyasi partiye üye

olmamak, Türk Ceza Kanununun 53 üncü maddesinde belirtilen süreler geçmiş olsa bile kasten işlenen bir suçtan dolayı altı ay veya daha fazla süreyle hapis cezasına ya da affa uğramış olsalar bile bir takım suçlardan hükümlü olmamak koşulları aranmıştır.

Görevden alınmaya ilişkin bu hükümlerin son derece sakıncalıdır. Özellikle, ombudsmandan memnun olmayan bir iktidar, Meclisteki çoğunluğuna güvenerek ombudsmanı kolaylıkla görevden alabilir. İkinci olarak, bu hükümlerle kamu denetçilerine savunma hakkı bile verilmeden onun görevden alınmasının önü açılmaktadır. Hâlbuki savunma hakkı kutsalve en temel bir insan hakkı olduğundan savunmasına fırsat bile verilmeden onun görevinden alınması vahim bir hatadır. Kanunun 10 uncu maddesinde, Türk Ceza Kanununun 53 üncü maddesinde belirtilen süreler geçmiş olsa bile kasten işlenen bir suçtan dolayı altı ay veya daha fazla süreyle hapis cezasına ya da affa uğramış olsalar bile bir takım suçlardan hükümlü olan bir kimsenin kamu denetçisi olma olanağı ortadan kaldırılmaktadır. Türk mevzuatında bu şekilde hükümlere yer verilerek bu tür bir suçtan dolayı mahkûm edilen kimseler hakkında adeta onun sağlığında 'medeni ölüm' (civilddead) fermanı verilmektedir. Kişi bir suçtan mahkûm edildiğinde cezasını çektiği veya çekmiş sayıldığı kabul edildiğine göre bu şekildeki bir kişiye ilave cezaların verilmesi doğru değildir. Öte yandan, genel af, mahkûmiyeti bütün sonuçları ile birlikte ortadan kaldırdığına göre genel affa suçu ortadan kaldırılan bir kimsenin kamu denetçisi olamaması genel affın doğasına da aykırıdır.

Unutulmamalıdır ki savunma hakkı, sıradan bir hak olamayıp bir insan hakkı olduğu düşüncesi yeni kabul edilen bir düşüncedir. İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi bir insan hakkı olarak savunma hakkını içermektedir (m. 8, 9, 10, 11). Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ise savunma hakkını öncelikli olarak sanık bakımından öne çıkarmış (m. 6/3) ve herkesin savunma hakkının olduğunu kabul etmiştir (m. 6/1). Anayasada savunma hakkı tereddüde yer vermeyecek şekilde düzenlenmiştir. Anayasanın 36 ncı maddesinde, 'hak arama hürriyeti' içinde, 'Temel Haklar ve Ödevler' arasında; 'Herkes, meşru vasıta ve yollardan faydalanmak suretiyle yargı mercileri önünde davacı veya davalı olarak iddia ve savunma ile adil yargılanma hakkına sahiptir' şeklinde düzenlenmiştir.

Açıklanan bu nedenlerle mevcut düzenleme Anayasanın 2 nci, 6 ncı, 9 uncu, 10 uncu ve 36 ncı maddelerine aykırı olduğundan iptal edilmelidir.

8) 6328 Sayılı 'Kamu Denetçiliği Kurumu Kanunu'nun 17 nci Maddesinin Dördüncü Fıkrasında Yer Alan' Kuruma başvuruda bulunulabilmesi için, 6/1/1982 tarihli ve 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanununda öngörülen idari başvuru yolları ile özel kanunlarda yer alan zorunlu idari başvuru yollarının tüketilmesi gereklidir' Cümlesinin Anayasaya Aykırılığı

17 nci maddedeki Kamu Denetçisi'ne başvuru için idari başvuru yollarının tüketilmesini koşul olarak öne sürülmesi Kamu Denetçiliği Kurumu'nun etkinliğini azaltacak türde bir düzenlemedir. Mevcut hükümle idari başvuru yolları tüketilene kadar, Kamu Denetçisi'nin olaya müdahale etmesi gecikecek ve bu arada Denetçi'nin delilleri zamanında toplamasının önüne de geçilmiş olacaktır. Ayrıca; Kamu Denetçisi'ne başvuruyu, adeta bir yargı organına yapılan başvuru gibi sıkı koşullara bağlamak, Kurum'un amacıyla çelişen bir düzenlemedir.

Hâlbuki kamu denetçiliğine başvuru, kurumun doğası gereği, idari yargıda dava açmaktan daha kolay, ucuz ve şekilci olmak zorundadır. Çünkü kamu denetçiliği kurumunun demokratik hukuk devletine sağladığı en önemli katkısı, yurttaşların hak arama yollarını kullanmalarını sağlamak ve onların idarenin denetimine katılmak yoluyla devlet yönetimine katılmalarını kolaylaştırmaktır. Aksi takdirde, idari yargı organlarının yanında kamu

denetçiliğine adında yeni bir organın daha kurulmasının gerekçesini açıklamak olanaklı olmayacaktır. 6.1.1982 tarih ve 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanununun 'üst makamlara başvuru' başlıklı 11 inci maddesinde düzenlenen idari başvuru yolu yargı organına başvuru yönünden bile seçimlik kılınmış iken o yolun kamu denetçiliğine başvuru için tüketilmesinin zorunlu kılınması başvuruyu güçleştirmekten başka bir işe yaramaz. İdari başvuru yolunun tüketilmesinin aranmasının pratik bir faydası da bulunmamaktadır. Çünkü genel olarak yurttaşlar idari başvuru yolundan herhangi bir olumlu sonuç alamamaktadırlar. İptali istenen hükmün son cümlesine Kurumun, telafisi güç veya imkânsız zararların doğması ihtimali bulunan hâllerde, idari başvuru yolları tüketilmese dahi başvuruları kabul edebileceği yönündeki düzenlemenin eklenmiş olması da mevcut sakıncaları ortadan kaldırmaktan son derece uzaktır.

Kamu Denetçiliği Kurumu Kanununun 17 nci maddesinin dördüncü Fıkrasında yer alan Kuruma başvuruda bulunulabilmesi için, 6/1/1982 tarihli ve 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanununda öngörülen idari başvuru yolları ile özel kanunlarda yer alan zorunlu idari başvuru yollarının tüketilmesinin gerekli olduğu yönündeki düzenleme Anayasanın 36 ncı maddesinde yer alan hak arama hürriyetine, kamu denetçiliğine başvurma hakkını düzenleyen 74 üncü maddesine ve 125 inci maddesine aykırı olduğundan iptal edilmelidir.

9) 6328 Sayılı 'Kamu Denetçiliği Kurumu Kanunu'nun 18 inci Maddesinin Anayasaya Aykırılığı

6328 Sayılı Kamu Denetçiliği Kurumu Kanununun Bilgi ve belge istenmesi başlıklı 18inci maddesinin ilk fıkrasında, Kurumun inceleme ve araştırma konusu ile ilgili olarak istediği bilgi ve belgelerin, bu isteğin tebliğ edildiği tarihten itibaren otuz gün içinde verilmesi zorunlu olduğu; bu süre içinde istenen bilgi ve belgeleri haklı bir neden olmaksızın vermeyenler hakkında Başdenetçi veya denetçinin başvurusu üzerine ilgili merci soruşturma açacağı; İkinci fıkrasında ise, Devlet sırrı veya ticari sır niteliğindeki bilgi ve belgeler, yetkili mercilerin en üst makam veya kurulunca gerekçesi belirtilmek suretiyle verilmeyebileceği, ancak, Devlet sırrı niteliğindeki bilgi ve belgeler Başdenetçi veya görevlendireceği denetçi tarafından yerinde incelenebileceği düzenlenmiştir.

İptali istenen bu hükmümlle, Kamu Denetçisi'ne olağandan fazla yetki verilmektedir. Bu madde, Cumhuriyet Savcısı'na ya da Kamu Denetçisi'ni seçecek Parlamento üyelerine dahi tanınmayan 'devlet sırrı' niteliğindeki bilgi ve belgelerin Kamu Denetçisi tarafından görülebilmesini sağlamaktadır. Devlet sırrı niteliğindeki bilgi ve belgeye, Denetçi tarafından ihtiyaç duyulduğunda, Denetçi'nin bu bilgi ve belgeye ulaşabilmesinin TBMM Genel Kurulu'nun onayına bağlı olması yönünde düzenleme yapılmamış olması da büyük eksikliktir. Sonuçta, bağımsız yargı organlarına ve yasama organına dahi tanınmamış olan bu denli geniş yetkilerin Başdenetçi ve Denetçilere tanınmış olmasının hukuk devleti ile izah edilebilir bir tarafı olmayıp, mevcut düzenleme Anayasanın Hiçbir kimsenin veya organın kaynağını Anayasadan almayan bir Devlet yetkisi kullanamayacağı yönündeki düzenlemeye, erkler ayrılığı ilkesine, hatta kurumun kuruluş amacına da açıkça aykırıdır.

Açıklanan bu nedenlerle mevcut düzenleme Anayasanın 2 nci, 6 ncı, 7 nci, 8 inci, 9 uncu, 11 inci ve 36 ncı maddelerine aykırı olduğundan iptal edilmelidir.

10) 6328 Sayılı 'Kamu Denetçiliği Kurumu Kanunu'nun 20 nci Maddesinin Birinci ve Üçüncü Fıkralarının Anayasaya Aykırılığı

6328 Sayılı Kamu Denetçiliği Kurumu Kanununun İnceleme ve araştırma başlıklı 20 nci maddesiyle Kurumun, inceleme ve araştırmasını başvuru tarihinden itibaren en geç altı ay içinde sonuçlandıracağı öngörülmüştür. Mevcut kanunun ihtisas alanlarına ayrılmış Kamu Denetçisi sistemini öngörmemesi nedeniyle bu 6 aylık surede araştırma ve incelemelerin bitirilmesi, ülkemiz koşulları itibariyle her zaman olanaklı olmayacaktır. Kurum, kendisine gelen başvuruları 6 aylık süre içerisinde sonuçlandırmadığı takdirde, denetime ilişkin herhangi bir açıklama yapmaması ve rapor yazmaması konusunda herhangi bir düzenleme yapılmamış, bu alan boş bırakılmıştır. Bunun sonucunda, yargıya intikal etmiş olan konuda yargıyı da etkilemek, yargıyı da manipüle etmek anlamına gelecek şekilde açıklama yapılması halinde, yargı yetkisine müdahale edilecektir.

20 nci maddenin üçüncü fıkrasında ise İlgili merciin, Kurumun önerileri doğrultusunda tesis ettiği işlemi veya Kurumun önerdiği çözümü uygulanabilir nitelikte görmediği takdirde bunun gerekçesini otuz gün içinde Kuruma bildireceği düzenlenmiştir. Bu süre içinde gerekçe bildirmeyenler hakkında, Kurumun etkinliği ve caydırıcılığını artırmak için Başdenetçi veya Denetçinin başvurusu üzerine ilgili merciin yaptırım niteliğinde disiplin soruşturması açacağı yönünde her hangi bir yaptırımın yer almamış olması Kurumun önemini azaltıcı niteliktedir. Bu durum da kurumun varlık sebebine ve kuruluş amacına aykırıdır.

11) 6328 Sayılı 'Kamu Denetçiliği Kurumu Kanunu'nun 22 nci Maddesinin Anayasaya Aykırılığı

Kanunun 22 nci maddesi; Kamu Denetçiliği Kurulunun her takvim yılı sonunda yürütülen faaliyetleri ve önerileri kapsayan bir rapor hazırlayarak T.B.M.M. Dilekçe Komisyonu ile İnsan Hakları İnceleme Komisyonu üyelerinden oluşan Karma Komisyona sunacağını, Komisyonun, bu raporu görüşüp, kendi kanı ve görüşlerini de içerecek şekilde özetleyerek Genel Kurula sunulmak üzere T.B.M.M. Başkanlığına göndereceğini, Komisyonun raporunun Genel Kurulda görüşüleceğini, Kurulun yıllık raporunun, ayrıca Resmi Gazetede yayımlanmak suretiyle kamuoyuna duyurulacağını, Kamu Denetçiliği Kurulunun, açıklanmasında fayda gördüğü hususları yıllık raporu beklemeksizin her zaman kamuoyuna duyurabileceğini ifade etmiştir.

Bu hüküm etkin bir raporlama düzeneği getirmekten son derece uzaktır. Çünkü rapor, başdenetçi tarafından değil, Kurul tarafından Meclise sunulacaktır ki bunu doğru olarak görmeye olanak yoktur. Başdenetçinin kendi düşünce ve fikirlerini de ekleyerek raporunu Meclise sunması işin doğası gereğidir. Öte yandan, rapor, iktidar parti ve/veya partilerinin çoğunluk oluşturduğu Karma Komisyona sunulacaktır ki, bundan da bir verim elde edilmesi zordur. Türkiye'de kamu denetçiliğinin etkin bir şekilde işleyemeyecek olmasının temel nedenlerinden birisi de, etkin bir raporlama düzeneğinin bu kanunla kurulamamış olmasıdır. Rapordan gerçek anlamda bir fayda edilebilmesi için ancak Komisyon Başkanlığının ana muhalefet partisinden, komisyon üyesi bir milletvekilinin yapacağı Kamu Denetçiliği Komisyonunun kurulması ile mümkün olabilirdi. Ne var ki mevcut yasal düzenlemeyle bu Komisyon kurulmadığı gibi, iptali istenen hüküm de Kurum raporlarının önemini azaltıcı nitelikte olup, Kamu Denetçiliği Kurumu'nun kuruluş amacına aykırıdır.

12) 6328 Sayılı 'Kamu Denetçiliği Kurumu Kanunu'nun 24 üncü Maddesinin İkinci Fıkrası ile Geçici İnci Maddesinin Dördüncü Fıkrasının Anayasaya Aykırılığı

Personelin atanmasını düzenleyen 24 üncü maddesinin ilk fıkrasında, Genel Sekreterin, en az dört yıllık yükseköğretim kurumu mezunu, Devlet Memurları Kanununa tabi görevlerde

on yıl hizmeti bulunan ve aynı Kanunun 48 inci maddesinde yazılı şartlara sahip olanlar arasından Başdenetçi tarafından atanacağı ikinci fıkrasında ise, Diğer personelin Başdenetçi tarafından atanacağı düzenlenmiştir. Birinci fıkradaki düzenlemenin aksine atanacak olan kişilerin nitelikleri, eğitim düzeyi, mesleki tecrübesi konusunda hiç bir açıklayıcı ifade yer almadığı gibi, adeta Başdenetçiye sınırsız ve keyfi yetki tanınmaktadır. Kanunun GEÇİCİ 1 inci maddesinin dördüncü fıkrasında da Başdenetçi ve denetçilerin seçimi tamamlandıktan sonra Başdenetçi tarafından doksan gün içinde; bir defaya mahsus olmak ve ekli listede yer alan Kamu Denetçiliği Uzmanı unvanlı serbest kadro adedinin yüzde ellisini geçmemek üzere, 25 inci ve 26 ncı maddelerdeki şartlar aranmaksızın, doktora yapmış üniversite öğretim elemanları veya kamu kurum ve kuruluşlarında görevli olup, mesleğe özel yarışma sınavı ile girilen ve belirli süreli meslek içi eğitimden sonra özel bir yeterlik sınavı sonunda atanmış olanlardan kamu denetçiliği uzmanı olarak atama yapılabileceği ve Kamu denetçiliği uzmanı olarak atanacakların mesleklerinde en az beş yıllık deneyime sahip olmaları gerektiği yönünde düzenleme bulunmaktadır. Kadroya alınacak kişilere özel bir hüküm ihtiva eden bu hüküm, Kurumun kuruluş amacıyla da bağdaşmamaktadır. Denetçilerin uzmanlık alanlarına ayrılmaması ve sayılarının azlığı nedeniyle yetersiz olması başlı başına bir sorunken, mevcut kadroların siyasi saiklerle doldurulacak olması Kurumun bağımsızlığını, kamuoyu önünde ve toplum vicdanında güvenini sarsacaktır.

IV. YÜRÜRLÜĞÜ DURDURMA İSTEMİNİN GEREKÇESİ

Anayasal düzenin en kısa sürede hukuka aykırı kurallardan arındırılması, hukuk devleti sayılmanın gereğidir. Anayasaya aykırılığın sürdürülmesinin, bir hukuk devletinde subjektif yararların üstünde, özenle korunması gereken hukukun üstünlüğü ilkesini de zedeleyeceği kuşkusuzdur. Hukukun üstünlüğü ilkesinin sağlanamadığı bir düzende, kişi hak ve özgürlükleri güvence altında sayılamayacağından, bu ilkenin zedelenmesinin hukuk devleti yönünden giderilmesi olanaksız durum ve zararlara yol açacağı duraksama bulunmamaktadır.

Arz ve izah olunan nedenlerle, söz konusu kural hakkında yürürlüğünün durdurulması da istenerek iptal davası açılmıştır. 29.06.2012 tarihli ve 6328 Sayılı Kamu Denetçiliği Kurumu Kanununun iptali istenen maddelerin uygulanması halinde, Anayasaya, kanunlara ve Uluslararası sözleşmelere ve Anayasa Mahkemesinin kararlarına aykırı olarak geriye dönüşü imkansız biçimde ve giderilmesi olanaksız hukuki zarar ve durumlara yol açacağı açıktır..

Açıklanan nedenlerle, iptali istenen kuralların yürürlüklerinin durdurulması istenilmektedir.

V. SONUÇ ve İSTEM

1) 6328 Sayılı 'Kamu Denetçiliği Kurumu Kanunu'nun, 3 üncü maddesinin birinci fıkrasının (f) bendinin, 4 üncü ve 6 ncı maddelerinin, Anayasanın Başlangıç, 2 nci, 5 inci, 6 ncı, 7 nci, 8 inci, 9 uncu, 11 inci ve 36 ncı maddelerine,

2) 5inci maddesinin, Anayasanın Başlangıç, 2 nci, 6 ncı, 8 inci, 9 uncu, 11 inci, 17/2 nci, 19 uncu, 36 ncı, 38/3 üncü ve 125/1 inci maddelerine,

3) 8inci maddesinin dördüncü fıkrasının, Anayasanın Başlangıç, 2 nci, 5 inci, 6 ncı, 7 nci, 8 inci, 11 inci, 123 üncü ve 128 inci maddelerine,

4) 10 uncu maddesinin birinci fıkrasının (c) bendinin, Anayasanın 2 nci, 5 inci, 6ncı, 11 inci ve 74 üncü maddelerine,

5) 11 inci maddesinin beşinci ve altıncı fıkralarının, Anayasanın Başlangıcı ile 2 nci, 6 ncı, 7 nci, 8 inci ve 9 uncu maddelerine,

6) 13 üncü maddesinin, Anayasanın 2 nci, 11 inci, 81 inci ve 103 üncü maddelerine,

7) 15 inci maddesinin, Anayasanın 2 nci, 6 ncı, 9 uncu, 10 uncu ve 36 ncı maddelerine,

8) 17 nci maddesinin dördüncü fıkrasının ilk cümlesinin, Anayasanın 36 ncı, 74 üncü ve 125 inci maddelerine,

9) 18 inci maddesinin, Anayasanın 2 nci, 6 ncı, 7 nci, 8 inci, 9 uncu, 11 inci ve 36 ncı maddelerine,

10) 20 nci maddesinin birinci ve üçüncü fıkralarının, Anayasanın 74 üncü maddesine,

11) 22 nci maddesinin, Anayasanın 74 üncü maddesine,

12) 24 üncü maddesinin ikinci fıkrası ile Geçici 1inci maddesinin dördüncü fıkrasının, Anayasanın 74 üncü maddesine,

aykırı olduklarından iptallerine ve iptal davası sonuçlanıncaya kadar yürürlüklerinin durdurulmasına karar verilmesine ilişkin istemimizi saygı ile arz ederiz.'

B- Anayasa Mahkemesince verilen 27.8.2012 günlü dava dilekçesindeki eksikliklerin giderilmesi kararından sonra Türkiye Büyük Millet Meclisi üyeleri Emine Ülker TARHAN ve Levent GÖK tarafından verilen 15.10. 2012 günlü ek dava dilekçesinin gerekçe bölümü şöyledir:

"

14.06.2012 tarihli ve 6328 sayılı Kamu Denetçiliği Kurumu Kanununun bazı maddelerinin iptali ve yürürlüğünün durdurulması talebiyle yaptığımız başvuru için ilgi yazınızda bildirilen eksiklikler giderilerek, aşağıda yer alan milletvekillerinin iradelerini temsil eden imzalarla birlikte gereği için bilgilerinize sunulmuştur.

6328 Sayılı Kamu Denetçiliği Kurumu Kanunu'nun

1) 3. maddesinin 1.fıkrasının (f) bendinin, 4. ve 6. maddelerinin Anayasanın Başlangıç, 2., 5., 6., 7., 8., 9., 11., 36. maddelerine aykırılığı

Kanunun kuruluş başlıklı 4. maddesinin 1. fıkrasında Türkiye Büyük Millet Meclisi Başkanlığına bağlı, kamu tüzel kişiliğini haiz, özel bütçeli ve merkezi Ankara'da bulunan Kamu Denetçiliği Kurumunun kurulmuş olduğu yolundaki düzenleme Kamu Denetçiliği Kurumu'nun kuruluş amacına ve varlık sebebine aykırıdır. Çünkü Kamu Denetçiliği Kurumu yetkisini her zaman parlamentodan almasına karşın, incelemelerinde parlamento karşısında da bağımsızdır ve salt idare karşısında değil, seçilmesi ve görevden alınması dışında parlamento karşısında da bağımsız olan bir kurumdur.

Kanunun 4. maddesinin 2. fıkrasında Kurum, Başdenetçilik ve Genel Sekreterlikten oluşacağı, aynı maddenin 3.fıkrasında ise Kurumda, bir Başdenetçi ve beş denetçi ile Genel Sekreter ve diğer personel görev yapacağı düzenlenmiştir. Yine Kanunun 6. maddesinde başdenetçiliğin Başdenetçi ve denetçilerden oluşacağı ve Kurumun Başdenetçi tarafından yönetilir ve temsil edileceği düzenlenmiştir. Kamu Başdenetçisi ve 5 Denetçiden oluşacak bu sistemin, 75 milyona yakın nüfusu olan ülkemizin ihtiyaçları için yeterli olmayacaktır. Üstelik alanlarında uzmanlaşmamış Denetçilerden oluşan bir yapı, etkili olamayacağı gibi, zamanla Kurum'da çalışan bürokrat uzmanların görüş, öneri ve tavsiyelerine göre işleyen, etkilenmeye açık bir yapıya dönüşecektir.

Kanunun Tanımlar Başlıklı 3. maddesinin 1.fıkrasının (f) bendinde, Komisyonun, Türkiye Büyük Millet Meclisi Dilekçe Komisyonu ile İnsan Haklarını İnceleme Komisyonu üyelerinden oluşan Karma Komisyonu ifade edeceği belirtilmiştir. Kamu Denetçiliği mekanizmasının etkin bir şekilde çalışabilmesi açısından Mecliste bu işe özgü bir komisyonun kurulması yaşamsal bir önem taşıdığı halde, kanunun Kamu Denetçiliği Kurumu için Mecliste özel bir komisyon kurulacağı yönünde İttüzüğe yollamada bulunmamış olması Kamu Denetçiliği Kurumunun bağımsızlığını yok edecek niteliktedir. Çünkü Kamu Denetçiliği kurumuyla İdarenin tasarruf ve davranışları denetleneceğinden Meclisteki mevcut komisyonlarda olduğu gibi Komisyona iktidar partisi milletvekilleri ağırlıklı olarak katılacak, bu denetimden beklenen fayda elde edilemeyecek böylece kamu denetçisi bağımsız olamayacaktır.

Millet iradesinin mutlak üstünlüğü, egemenliğin kayıtsız şartsız Türk Milletine ait olduğu ve bunu millet adına kullanmaya yetkili kılınan hiçbir kişi ve kuruluşun, bu Anayasada gösterilen hürriyetçi demokrasi ve bunun icaplarıyla belirlenmiş hukuk düzeni dışına çıkamayacağı; Kuvvetler ayrımının, Devlet organları arasında üstünlük sıralaması anlamına gelmeyip, belli Devlet yetki ve görevlerinin kullanılmasından ibaret ve bununla sınırlı medenî bir işbölümü ve işbirliği olduğu ve üstünlüğün ancak Anayasa ve kanunlarda bulunduğu Anayasanın Başlangıç metninde ifadesini bulmuştur. Kamu Denetçiliği Kurumunun Anayasanın başlangıç metninde ifade edilen ilkelere aykırı bir şekilde kurulduğu ve yapılandırıldığı ve bu yapının tamamen siyasi iktidara güdümlü, siyasi iktidarın etkisinde ve denetiminde, bağımsız olmayan, görev alanı ve etkisi tamamen sınırlı, örgütlenme biçimiyle kurumunun etkinliğinin ve işlevinin kâğıt üzerinde kaldığı ortadadır. Parlamentoda ezici çoğunluğu bulunan siyasi iktidar bağımsız, tarafsız, halkın şikâyetlerini dinleyip, görevlerini yerine getirirken siyasi partilerle olan ilişkilerini minimum düzeyde tutan ve aldıkları kararlarda aynı konumda olan kişilere aynı muameleyi göstererek vatandaşlar arasında milliyet, ırk, din ya da inanç, maluliyet, yaş veya cinsel tercihlere dayalı herhangi bir haksız ve adaletsiz ayrımcılığın ortaya çıkmasından özenle kaçınan bir Kamu Denetçiliği Kurumu oluşturmak yerine; tamamen yasama ve yürütme organına bağımlı bir yapıyı oluşturmuştur. Yasama ve yürütme organlarının Türk Milletine ait olan egemenliği yine millet adına kullanırken, hürriyetçi demokrasi ve bunun icaplarıyla belirlenmiş hukuk düzeninin dışına çıkmamaları gerekirken, iptali istenen yasanın 3. maddesinin 1.fıkrasının (f) bendi, 4. ve 6. maddelerindeki düzenlemeler ile Anayasamızın Başlangıç Hükümleri çiğnenmiştir.

Hukuk devleti en kısa tanımıyla, faaliyetlerinde hukuk kurallarına bağlı olan, vatandaşlarına hukukî güvenlik sağlayan devlettir. Anayasa Mahkemesi de 12 Kasım 1991 tarih ve K.1991/43 sayılı Kararında hukuk devleti ilkesini, benzer bir şekilde 'yönetilenlere en güçlü, en etkin ve en kapsamlı biçimde hukuksal güvencenin sağlanması, tüm devlet organlarının eylem ve işlemlerinin hukuka uygun olması' olarak tanımlamıştır. Hukuk devleti,

hukuka bağı olan devlet demek olduğuna ve devletin, yasama, yürütme ve yargı organlarının hukuka bağı olması şarttır.

Hukukun üstünlüğü kavramlarının yanı sıra, kamu yönetiminden şikâyetleri de inceleyerek yürütme gücünü elinde bulunduranlara yol gösterici, bağımsız, tarafsız, denetim organlarının oluşturulması hukuk devleti olmanın bir gereğidir. Bu nedenle, Kamu Denetçiliği Kurumu Kanununda tanımlanan tüm yetki ve görevlerin bireysel olarak Başdenetçiye ve beş adet Denetçiye verilmiş olması, kurumun kuruluş biçimi, TBMM'ne bağı olması, özünde bağımsızlığının sağlanamaması ve yetkilerin tek kişide toplanması ancak dikta yönetim biçimlerinin başvurduğu ve demokratik yönetim sistemleriyle bağdaşmayacak bir yapı oluşturmak anlamına gelir. Böyle bir yapının, hukuk devleti ilkesi ile bağdaşır bir tarafı yoktur. Açıklanan bu nedenlerle iptali istenen yasanın 3. maddesinin 1.fikrasının (f) bendi, 4. ve 6. maddelerindeki düzenlemelerle Anayasanın 2. maddesinde ifadesini bulan hukuk devleti ilkesi de çiğnenmiştir.

Devletin temel amaç ve görevleri, Türk Milletinin bağımsızlığını ve bütünlüğünü, ülkenin bölünmezliğini, Cumhuriyeti ve demokrasiyi korumak, kişilerin ve toplumun refah, huzur ve mutluluğunu sağlamak; kişinin temel hak ve hürriyetlerini, sosyal hukuk devleti ve adalet ilkeleriyle bağdaşmayacak surette sınırlayan siyasal, ekonomik ve sosyal engelleri kaldırmaktır. Kamu denetçiliği Kurumları, kendisine vatandaşlar yoluyla yapılan şikâyetlerle veya resen kendi inisiyatifi ile harekete geçmektedir. Çeşitli uzmanları bünyesinde barındıran kurum sayesinde, harekete geçen vatandaşların kamu ile ilgili her türlü sorunlarına hızlı ve yeterli bilgi aktarılmakta, en kötü ihtimalle harekete geçmeyen vatandaşlar adına resen harekete geçilerek, demokratik hukuk devletinin bu alandaki boşluğunun giderilmesine katkıda bulunmaktadır. Oysa teşkilatlanma yapısı ile Kurum bu işlevleri yürütmesi imkânsız, sadece adı Kamu Denetçiliği olan bir Kurum haline dönüştürülmüştür. Dolayısı ile iptali istenen yasanın 3. maddesinin 1.fikrasının (f) bendi, 4. ve 6. maddelerindeki düzenlemeler Anayasanın kişinin temel hak ve hürriyetlerini, sosyal hukuk devleti ve adalet ilkeleriyle bağdaşmayacak surette sınırlayan siyasal, ekonomik ve sosyal engelleri kaldırmak görevini ifa etmekle yükümlü olan Devlet'in bu görevlerini yapmasını imkânsız kılacak nitelikte yasal düzenlemeler olup Anayasanın 5. maddesini de ihlal etmiştir.

Anayasa'nın Başlangıç bölümünde ve 6. maddesinde, Ulus istencinin mutlak üstünlüğü ve egemenliğin kayıtsız şartsız Türk Ulus'unun olduğu; Türk Ulus'unun egemenliğini, Anayasa'nın koyduğu ilkelere göre, yetkili organları eliyle kullanacağı; hiçbir kimse ya da organın kaynağını Anayasa'dan almayan bir Devlet yetkisi kullanamayacağı belirtilmiştir.

Devlet organları Türk Ulusu adına egemenliği kullanırken karmaşa yaratılmaması ve düzenin bozulmaması için, tüm çağdaş parlamenter demokrasilerde olduğu gibi, erkler ayrılığı ilkesi benimsenmiş; erkler ayrılığının, belli Devlet yetki ve görevlerinin kullanılmasından ibaret ve bununla sınırlı uygar bir işbölümü olduğu vurgulanmış; egemenliği kullanan Devlet organları arasında üstünlük bulunmadığı, üstünlüğün Anayasa ve Anayasa'ya uygun olmak koşuluyla yasalarda olduğu belirtilmiştir.

Anayasamıza göre, egemenliği Türk Ulusu adına kullanacak üç erk, yasama, yürütme ve yargıdır. Bu erklerden her biri Ulus egemenliğini kendi görev alanı ile sınırlı biçimde kullanacaktır. Nitekim Anayasa'nın 7, 8 ve 9. maddelerinde yasama, yürütme ve yargı organlarının görev ve yetki alanı net olarak belirlenmiştir.

Anayasa'nın, 7. maddesinde, yasama yetkisinin Türk Ulusu adına Türkiye Büyük Millet Meclisi'nin olduğu, bu yetkinin devredilemeyeceği, 8. maddesinde, yürütme yetki ve görevinin Cumhurbaşkanı ve Bakanlar Kurulu'na, Anayasa ve yasalara uygun olarak kullanılıp yerine getirileceği, 9. maddesinde, yargı yetkisinin Türk Ulusu adına bağımsız mahkemelerce kullanılacağı, belirtilmiştir.

TBMM'ne güdümlü olarak kurulmuş ve tamamen siyasi iktidarın denetiminde teşkilatlandırılmış bir Kamu Denetçiliği Kurumu, Vatandaşların idare karşısında haklarını savunmak şöyle dursun idare tarafından hukuka aykırı olarak yapılan eylem, işlem ya da davranışların yapılmasını önleyici caydırıcı herhangi bir işleve de sahip olamayacaktır. Kamu Denetçiliği Kurumu'nun dünyadaki başarılı örnekleri incelendiğinde, Kurumun idari yargının yükünü hafifletici işlevi olduğu genel kabul görmektedir. Kurum, ön denetim benzeri bir işlevi üstlenmek suretiyle idari yargının yükünü hafifletmek, bunu, kamu yönetiminin iyileştirilmesi fonksiyonu sayesinde, idareye yönelik çıkacak uyuşmazlıkların sayısını azaltmak suretiyle yapmaktadır. Vatandaşla idare arasındaki uyuşmazlıkların yargı önüne gelmeden bu kurum tarafından halledilmesi hiç şüphesiz idari yargının yükünü önemli ölçüde azaltır. Öncelikle bir Kamu Başdenetçisi ve 5 Denetçiden oluşacak sistem, 75 milyona yakın nüfusu olan ülkemizin ihtiyaçları için yeterli olmayacaktır. Üstelik alanlarında uzmanlaşmamış Denetçilerden oluşan bir yapı, etkili olamayacağı gibi, zamanla Kurum'da çalışan bürokrat uzmanların görüş, öneri ve tavsiyelerine göre işleyen, etkilenmeye açık bir yapıya dönüşecektir. Dolayısı ile Kurum idari yargının yükünü hafifletmek bir yana adeta arttıracaktır. Kurumun siyasi iktidarın, TBMM'ni elinde bulunduran sayıca üstün Siyasi Partilerin etkisi altında bırakılmaya müsait olan teşkilat yapısı, idari yargının üzerinde dahi tahakküm kurma çabasını beraberinde getirecektir. Sonuç olarak iptali istenen yasanın 3. maddesinin 1.fıkrasının (f) bendindeki, 4. ve 6. maddelerindeki kurumun kuruluş biçimini düzenleyen hükümleri, egemenliği elinde bulunduran Türk Milleti'nin, egemenliğini yetkili organlar aracılığıyla kullanma imkânını ortadan kaldırdığı için, Anayasanın 6., 7., 8., 9., maddelerine de aykırıdır.

İptali istenen 6328 Sayılı Kamu denetçiliği Kanunu'nun 3. maddesinin 1. fıkrasının (f) bendindeki, 4. ve 6. maddelerindeki kurumun kuruluş biçimini düzenleyen hükümleri, idareyi evrensel hukuk ilkelerine iç hukuka uygun hareket etmeye yönlendirmekten son derece uzak, tamamen bağımlı, güdümlü ve Kamu Denetçiliği Kurumu'nun kuruluş amacına bile ters düşen nitelikte bir yapıyı dayatmıştır. Dayatılmış olan bu yapı başta Anayasanın üstünlüğünü ve bağlayıcılığını zedelemiştir ve vatandaşların hak arama hürriyetine engel olmuştur. Böylece, 3. maddesinin 1.fıkrasının (f) bendindeki, 4. ve 6. maddelerindeki kurumun kuruluş biçimini düzenleyen hükümleri, Anayasamızın 11. ve 36. maddelerini de ihlal etmiştir.

İptali istenen yasanın, 3. maddesinin 1. fıkrasının (f) bendindeki, 4. ve 6. maddelerindeki kurumun kuruluş biçimini düzenleyen hükümleri, işlem ve eylemlerinde tamamen yasama ve yürütme organına bağımlı bir Kurul oluşturulması ve bu durumun, Yasama ve yürütme organlarının Türk Milletine ait olan egemenliği yine millet adına kullanırken, hürriyetçi demokrasi ve bunun icaplarıyla belirlenmiş hukuk düzeninin dışına çıkmamaları yönündeki emredici kurala aykırı olması nedeniyle Anayasanın Başlangıç Hükümleri ihlal edilmiştir.

Hukuk Devleti olmanın bir gereği olan Devlet organlarının hukuka bağlılığı, yürütmenin de hukukla bağlı olması sonucunda idarenin işlem ve eylemlerinde hukuka aykırı hareket etmesi nedeniyle kamu yönetiminden şikâyetleri inceleyerek yürütme gücünü elinde bulunduranlara yol gösterici, bağımsız, tarafsız, denetim organlarının oluşturulması gerekirken; iptali istenen yasanın 3. maddesinin 1. fıkrasının (f) bendi, 4. ve 6. maddelerindeki

kurumun kuruluş biçimini düzenleyen hükümleriyle tamamen yasama ve yürütme organlarına bağımlı bir teşkilat yapısının oluşturulması nedeniyle Anayasamızın 2. maddesi ihlal edilmiştir.

Öte yandan, iptali istenen yasanın 3. maddesinin 1.fıkrasının (f) bendi, 4. ve 6. maddelerindeki düzenlemelerle Kurum, vatandaşların kamu ile ilgili her türlü sorunlarına hızlı çözüm üretebilme kapasitesinden yoksun şekilde teşkilatlandırılmış olması sebebiyle, Devletin, kişinin temel hak ve hürriyetlerini, sosyal hukuk devleti ve adalet ilkeleriyle bağdaşmayacak surette sınırlayan siyasal, ekonomik ve sosyal engelleri kaldırmak görevini ifa etmesini imkânsız kılacak nitelikte olduğu için Anayasanın 5. maddesini ihlal etmiştir.

Kurumun siyasi iktidarın, TBMM'ni elinde bulunduran sayıca üstün Siyasi Partilerin etkisi altında bırakılmaya müsait olan teşkilat yapısı, idari yargının üzerinde dahi tahakküm kurma çabasını beraberinde getirecektir. Bu nedenle de iptali istenen yasanın 3. maddesinin 1. fıkrasının (f) bendindeki, 4. ve 6. maddelerindeki kurumun kuruluş biçimini düzenleyen hükümleri, egemenliği elinde bulunduran Türk Milleti'nin, egemenliğini yetkili organlar aracılığıyla kullanma imkânını ortadan kaldırdığı için, Anayasanın 6., 7., 8., 9., maddelerine de aykırıdır. Ayrıca, bir Kamu Başdenetçisi ve 5 Denetçiden oluşacak sistem, 75 milyona yakın nüfusu olan ülkemizin ihtiyaçları için yeterli olmayacağı gibi, alanlarında uzmanlaşmamış Denetçilerden oluşan yapısıyla etkili olamayacak, zamanla Kurum'da çalışan bürokrat uzmanların görüş, öneri ve tavsiyelerine göre işleyen, etkilenmeye açık bir yapıya dönüşecektir. idareyi evrensel hukuk ilkelerine iç hukuka uygun hareket etmeye yönlendirmekten son derece uzak, tamamen bağımlı, güdümlü ve Kamu Denetçiliği Kurumu'nun teşkilatlanma biçimi, Anayasanın üstünlüğünü ve bağlayıcılığını da zedelemiş ve vatandaşların hak arama hürriyetine engel olmuştur.

Açıklanan bu nedenlerle iptali istenen yasanın 3. maddesinin 1.fıkrasının (f) bendindeki ve 4. ve 6. maddelerindeki kurumun kuruluş biçimini düzenleyen hükümleri, Anayasamızın, Başlangıç Hükümleri, 2. 5., 6., 7., 8., 9.,11., 36. maddelerini ihlal ettiği için iptal edilmelidir...

2) 5'inci maddesinin Anayasanın Başlangıç, 2., 6., 8., 9., 11., 17/2., 19., 36., 38/3., 125/1. maddelerine aykırılığı

'Kurumun görevi' başlıklı 5. maddesinde; Kurumun, idarenin işleyişi ile ilgili şikâyet üzerine, Türkiye Cumhuriyetinin Anayasada belirtilen nitelikleri çerçevesinde, idarenin her türlü işlem ve eylemleri ile tutum ve davranışlarını; adalet anlayışı içinde, insan haklarına saygı, hukuka ve hakkaniyete uygunluk yönlerinden incelemek, araştırmak ve idareye önerilerde bulunmakla görevli olduğu belirtilmiş, maddede kamu denetçisine idari dava yoluna başvurma yetkisi tanınmamıştır. Kamu Denetçiliği, idari işlemleri iptal edemez, idareyi tazminat ödemeye mahkûm edemez ve idareye her hangi bir konuda emir veremez. Dolayısıyla Kamu Denetçiliğinin kararlarını yerine getirmemek idareyi veya kamu görevlilerini hukuksal veya cezai sorumluluklarla karşı karşıya bırakmayacaktır. Bu durum evrensel düzeyde kabul görmüş bir durumdur. Fakat bu husus Kamu Denetçiliği Kurumunun idari yargıya başvurmaya engel değildir. Ayrıca dünya örnekleri incelendiğinde bu alanda gelişmiş ülkelerde benzer kurumların meclislerden çıkan yasalara karşı Anayasa'ya aykırılık davaları açabilme hakları da bulunmaktadır. İdari Yargıya kamu denetçiliği tarafından başvuru imkânının tanınmamış olması, vatandaşların mağduriyetlerini giderme imkânını ortadan kaldırmıştır. Kamu Denetçiliğinin tespit ettiği hak ihlallerine ilişkin tavsiyeleri ilgili idare tarafından yerine getirilmediğinde, idarenin uygulamasından ya da uygulamaya dayanak teşkil eden düzenleyici işleminden mağdur olan kişi, kurum ya da topluluk adına idari yargıya başvurup

iptal veya tam yargı davası açma yetkisi verilmemesi Kurum'un kararlarının etkinliğini azaltacak gereksiz yere zaman kaybına ve israfa yol açacaktır.

Bununla birlikte, Kanunun 5. maddesinin 2. fıkrasının (a) bendinde Cumhurbaşkanının tek başına yaptığı işlemler ile re 'sen imzaladığı kararlar ve emirler, yasama ve yargı yetkisinin kullanılmasına ilişkin işlemlerin Kamu Denetçiliği Kurumunun görev alanı dışında olduğu belirtilmiştir.

Cumhurbaşkanı yürütme organının başıdır. Cumhurbaşkanının tek başına yaptığı işlemler ile re 'sen imzaladığı kararlar ve emirler, 2010 Anayasa değişikliğinden önce tanımlanan tarafsız Cumhurbaşkanı için tanımlanan bir imtiyaz idi. Bu imtiyaz cumhurbaşkanının halk tarafından seçilmesiyle fiilen ortadan kalkmıştır. Halk tarafından seçilen cumhurbaşkanı kendisine oy veren veya vermeyen herkesin siyasi denetimine tabidir. Mevcut Anayasaya göre, devlet organları içinde en fazla yetkiye sahip olan Cumhurbaşkanının iş ve işlemlerinin hukukun denetimine tabi olması hukuk devleti ilkesinin tabi sonucudur. Aksi halde halkın seçtiği Cumhurbaşkanı denetimsiz bir organ haline gelir bu da siyasi ve hukuki açıdan denetlenemeyen bir güç yaratmaktır, kısaca diktatörlük oluşturmaktır. Halkın seçtiği Cumhurbaşkanının denetlenme imkânını ortadan kaldırmış olan bu düzenlemenin Hukuk Devleti ilkesi ile bağdaşmadığı ortadadır. Bu nedenle Anayasanın 2. Maddesi ihlal edilmiştir. Cumhurbaşkanı'nı hukukun dışına iten ve bu denli sınırsız denetimsiz bir organ haline getiren bu düzenleme ile Anayasa'nın başlangıç metninde yer alan, Millet iradesinin mutlak üstünlüğü, egemenliğin kayıtsız şartsız Türk Milletine ait olduğu ve bunu millet adına kullanmaya yetkili kılınan hiçbir kişi ve kuruluşun, bu Anayasada gösterilen hürriyetçi demokrasi ve bunun icaplarıyla belirlenmiş hukuk düzeni dışına çıkmayacağı; ilkesi de yok sayılmıştır. Cumhurbaşkanının denetlenmesi imkânının tamamen ortadan kaldırıldığı bir düzende, egemenliğin Türk Milleti'ne ait olduğu; Türk Milleti'nin egemenliğini yetkili organlar eliyle kullanacağı yönündeki düzenlemenin bir sonucu olarak da yürütme organının Cumhurbaşkanı ve Bakanlar Kurulu'ndan, yargı organının ise Bağımsız Mahkemeler 'den oluştuğu yönündeki düzenlemenin de bir anlamı kalmamış olacaktır. Bu durumda Anayasanın üstünlüğü ve bağlayıcılığı da yok sayılmış demektir. Bu nedenlerle iptali istenen Kanunun 5. Maddesinin 2. Fıkrasının (a) bendi Anayasanın Başlangıç kısmına, 2., 6., 8., 9., ve 11. maddelerine aykırıdır.

Aynı maddenin 2'nci fıkrasının (ç) bendinde Türk Silahlı Kuvvetlerinin (TSK) sırf askeri nitelikteki faaliyetlerinin denetim kapsamı dışında tutulduğu görülmektedir. Burada geçen 'askeri nitelikteki faaliyet' kavramı oldukça muğlak kalmıştır. İhtisaslaşmış bir Kamu Denetçiliği sistemi kanunla öngörülmemiş olduğu için, TBMM adına personelin karşılaştığı insan hakları ihlallerini, çalışma koşullarını ve kötü muameleyle ilgili şikâyetleri kurum inceleyemeyecek, mağduriyetlerin giderilmesi ve hak ihlallerinin tekrarlanmasının önüne geçilemeyecektir. Bu durum Anayasanın 125/1. maddesinde yer alan İdarenin her türlü eylem ve işlemlerine karşı yargı yolunun açık olduğu yolundaki düzenlemeye aykırı olduğu ortadadır. Kamu vicdanı yüklenecek olan Kamu Denetçiliği Kurumu'nun, TSK'nın bazı faaliyetlerini görev alanı dışında görmesi, Kurumun kendi saygınlığını tamamen yitirmesine yol açmıştır. TSK'nın hangi faaliyetlerinin Kurumun görev alanı dışında bırakıldığının belirsiz kalmıştır. Alt Komisyon raporlarına da yansıyan 'askeriyenin işleyişinden kaynaklanan, atış, manevra, tatbikat, eğitim, nöbet gibi disiplini tesis etmede yararlanılan ve diğer idari kurumlarda benzerlerinin olmadığı faaliyetler' şeklindeki muğlak ifadelerin, diğer idari kurumlarda benzeri olmayan faaliyetlerin somut bir ölçüt olarak ele alınmasının mümkün olmadığı ortadadır. Her idari birimin kendine has bir alanı olup, idari mekanizma içerisinde her birim kendi alanında uzmanlaşmaktadır. Bu uzmanlaşmayı gerekçe göstererek, bazı idari birimlerin kendine özgü faaliyetlerinden dolayı denetim dışına itilmesi haklı görülemez. Neticede, eğitim, atış, nöbet

gibi faaliyetler esnasında hak ihlaline uğrayan binlerce insan bulunmakta olup, Kamu Denetçiliği Kurumu'nun görev alanının dışına itilmiş olan bu konular Kurum'un etkisizliğini pekiştirmiş ve sadece göstermelik olarak kurulduğunu kanıtlamıştır.

Yine, 5. maddesinin 2'nci fıkrasının (c) bendi uyarınca, 'yargı yetkisinin kullanılmasına ilişkin kararları' denetim dışında bırakılmış olması; cezaların infazına ilişkin gerek cezaevi yönetimi gerekse kararların infazıyla görevli yargı mercileri tarafından alınan karar ve yapılan uygulamaların Kamu Denetçiliğinin denetimi dışında kalması anlamına gelmektedir. İdarenin özellikle kamuoyunun gözünden uzak olduğu alanlarda daha rahat hukuka aykırı hareket ettiği bilinmekte olup; bu alanların başında da Cezaevleri gelmektedir. İnsan hakkı ihlali, kötü muamele ve insan onuruna yakışmayan tutum ve davranışların sıklıkla rastlanıldığı ve en çok hak ihlalinin yaşandığı cezaevlerinde, hükümlü ve tutuklulara yönelik disiplin cezalarının yargı yetkisinin kullanılmasına ilişkin kararlar kapsamında değerlendirilmesi, Kamu Denetçiliği Kurumunun görev alanı üzerinde ciddi olumsuz etki yaratabilecek sonuçlar doğuracak, bu durum kurumun kuruluş amacıyla da bağdaşmayacaktır. Anayasanın 17. maddesinde, Herkesin, yaşama, maddî ve manevî varlığını koruma ve geliştirme hakkına sahip olduğu; Tıbbî zorunluluklar ve kanunda yazılı haller dışında, kişinin vücut bütünlüğüne dokunulamayacağı; rızası olmadan bilimsel ve tıbbî deneylere tâbi tutulamayacağı ve Kimseye işkence ve eziyet yapılamayacağı; kimse insan haysiyetiyle bağdaşmayan bir cezaya veya muameleye tâbi tutulamayacağı düzenlenmiş olmasına rağmen, İnsan hakkı ihlali, kötü muamele ve insan onuruna yakışmayan tutum ve davranışların sıklıkla rastlanıldığı ve en çok hak ihlalinin yaşandığı cezaevlerinde, hükümlü ve tutuklulara yönelik disiplin cezalarının yargı yetkisinin kullanılmasına ilişkin kararlar kapsamında değerlendirilmesi ve Kamu Denetçiliği Kurumu'nun görev alanı dışında tutulmuş olması ve kişi güvenliğini ve hürriyetini düzenleyen 19. maddeyi de ihlal etmiştir. Mahkemelerin aldığı her karar yargı erkinin kullanılmasına ilişkin değildir. Disiplin cezalarının değerlendirilmesi de yargılama fonksiyonuna girmez. Disiplin cezaları özü itibarıyla idari bir işlemdir. Bu nedenle, yargısal değil, idari kararlar kapsamında ele alınması, bu alanın da Kamu Denetçiliği Kurumunun alanına girdiğinin ifade edilmesi gerekirken aksi yönde düzenleme yapılmış olması Kurumu amacından uzaklaştırmıştır. Açıklanan bu nedenlerle Kamu Denetçiliği Kurumunun amacına da aykırı olarak, TSK'nin sırf askeri faaliyetlerini görev alanı dışında bırakan düzenleme ile ceza evlerinde yaşanan insanlık dışı, onur kırıcı muamelelere neden olan hükümlü ve tutuklulara yönelik disiplin cezalarının yargı yetkisinin kullanılmasına ilişkin kararlar kapsamında değerlendirilmesi ve Kamu Denetçiliği Kurumu'nun görev alanı dışında tutulmuş olması Anayasanın 17. maddesinde yer alan kişinin yaşama, maddî ve manevî varlığını koruma ve geliştirme hakkına ve 19. maddesinde düzenlenen kişi hürriyeti ve güvenliği hakkına aykırıdır. Yaşanan insan hakları ihlallerinin Devlet tarafından görmezden gelinmesi, kamuoyunun ve halkın vicdanını yansıtacak olan bu denli önemli bir Kurumun Kuruluş Kanununda açıkça insan hakkı ihlallerinin yaşanmasına göz yumulacağı, Devlet'in özellikle kamuoyunun gözünden uzak olduğu alanlarda daha rahat hukuka aykırı hareket etmesine açıkça olanak sağlandığı yasanın 5. maddesi ile, Anayasanın 38. maddesinde yer alan suç ve cezalara ilişkin esaslar ve İdarenin, kişi hürriyetinin kısıtlanması sonucunu doğuran bir müeyyide uygulayamayacağı ve Ceza ve ceza yerine geçen güvenlik tedbirlerinin ancak kanunla konulacağı hükmü ihlal edilmiş, hukuk dışı yollardan, insan hakları ihlallerine göz yumulmasına açıkça cevaz verilmiştir.

Bu nedenle, 6328 Sayılı Kamu Denetçiliği Kurumu Kanunun 5. Maddesinin Anayasanın Başlangıç, 2., 6., 8., 9., 11., 17/2., 19., 36., 38/3., 125/1. maddelerine aykırı olduğundan iptali gerekmektedir.

3) 8'inci maddesinin 4.fıkrasının Anayasanın Başlangıç kısmına, 2., 5., 6., 7., 8., 11., 123. ve 128. maddelerine aykırılığı

Çalışma ilkeleri Başlıklı 6328 Sayılı Kamu Denetçiliği Kurumu Kanunun 8'inci maddesinin 4. fıkrasında, Denetçilerin Başdenetçi tarafından görevlendirilecekleri konu veya alanlara ve aralarındaki iş bölümüne ilişkin ilkeler yönetmelikle belirleneceği hükmü yer almaktadır.

Yasa'da yönetmelikle yapılacak düzenlemeye ilişkin temel ilkeler belirlenmemiş olduğu için, söz konusu fıkra yürütmeye bırakılmış olan yönetmelikle düzenleme yetkisi, asli bir düzenleme yetkisi olup dolayısıyla yürütmeye geniş bir düzenleme yetkisi verilmiştir.

Hâlbuki Anayasa Mahkemesinin pek çok kararında belirtildiği üzere, yasada belirtilmesi gereken söz konusu hususlara yasada yer verilmemesi, yasaların açık, anlaşılabilir ve sınırlan belirli kurallar içermesi gereğinin hukuk güvenliğinin gerçekleşmesi için ön koşul kabul edildiği hukuk devleti anlayışına ve dolayısıyla Anayasanın 2. maddesine aykırı düşmektedir.

Anayasa Mahkemesi'nin 11.04.2007 tarihli 2006/35 e ve 2007/48 K. Sayılı kararında; 'Anayasanın 2. maddesinde, Türkiye Cumhuriyeti'nin başlangıçta belirtilen temel ilkelere dayanan, demokratik, lâik ve sosyal bir hukuk devleti olduğu vurgulanmıştır. Hukuk devleti, tüm işlem ve eylemleri hukuka uygun olan, her alanda adaletli bir hukuk düzeni kurup bunu geliştirerek sürdürmeyi amaçlayan, hukuku tüm devlet organlarına egemen kılan, Anayasaya aykırı durum ve tutumlardan kaçınan, insan haklarına saygı duyarak bu hak ve özgürlükleri koruyup güçlendiren, yargı denetimine açık, yasaların üstünde Anayasa ve yasa koyucunun da bozamayacağı temel hukuk ilkeleri bulunduğu bilincinde olan devlettir.

Anayasanın 7. maddesinde 'Yasama yetkisi Türk Milleti adına Türkiye Büyük Millet Meclisindir. Bu yetki devredilemez.' denilmektedir. Buna göre, yasa koyucunun temel ilkeleri koymadan, çerçeveyi çizmeden yürütmeye yetki vermemesi, sınırsız, belirsiz bir alanı, yönetimin düzenlemesine bırakmaması gerekir.

Anayasa Mahkemesi'nin önceki kararlarında vurgulandığı üzere, Anayasada yasa ile düzenlenmesi öngörülen konularda yürütme organına genel ve sınırları belirsiz bir düzenleme yetkisinin verilmesi olanaklı değildir. Yürütmenin düzenleme yetkisi yasa ile sınırlandırılmış, tamamlayıcı bir yetkidir. Bu nedenle, Anayasada öngörülen ayrık durumlar dışında, yürütme organına yasalarla düzenlenmemiş bir alanda genel nitelikte kural koyma yetkisi verilemez. Ayrıca, yürütme organına düzenleme yetkisi veren bir yasa kuralının Anayasanın 7. maddesine uygun olabilmesi için temel ilkelerin konulması, çerçevenin çizilmesi, düzenleme için sınırsız, belirsiz, geniş bir alanın bırakılmaması gerekir. Dolayısıyla bu fıkra yeterli açıklık ve belirlilikten uzak olduğundan Anayasanın 2. ve 7. maddelerine aykırıdır.

İptali istenen yasanın, 8. maddesinin (4) numaralı fıkrasında, Denetçilerin Başdenetçi tarafından görevlendirilecekleri konu veya alanlara ve aralarındaki iş bölümüne ilişkin ilkelerin yönetmelikle belirleneceği yönündeki düzenleme, Anayasanın 128. Maddesinde yer alan Memurların ve diğer kamu görevlilerinin nitelikleri, atanmaları, görev ve yetkileri, hakları ve yükümlülükleri, aylık ve ödenekleri ve diğer özlük işleri kanunla düzenleneceği yönündeki hükme aykırıdır. Aynı zamanda Kamu tüzelkişiliğinin, ancak kanunla veya kanunun açıkça verdiği yetkiye dayanarak kurulacağı yönündeki idarenin bir bütün olduğu yönündeki Anayasanın 123. Maddesine de aykırıdır.

Sonuç olarak bu fıkroda kullanılacak yetkiler, asli bir düzenleme yetkisi niteliği taşıdığından böyle bir yetkilendirmede Anayasanın 6 nci, 7 nci, 8 inci ve 123 uncu ve 128. Maddeleri ihlal edilmiştir. Ayrıca buradaki belirsizlik Anayasanın Başlangıç kısmına, 2 nci ve 5 inci maddelerine aykırı olduğu gibi, Anayasanın herhangi bir hükmüne aykırı bir düzenlemenin ise Anayasanın 2 nci ve 11 inci maddelerinde belirtilen 'hukuk devleti', Anayasanın üstünlüğü ve bağlayıcılığı ilkeleri ile de çelişeceği ortadadır.

4) 10'uncu maddesinin 1.fikrasının (c) bendinin, Anayasanın, 2., 5., 6., 11., 74. maddelerine aykırılığı

6328 Sayılı Kamu Denetçiliği Kanunun Başdenetçi ve denetçilerin nitelikleri Başlıklı 10. maddesinin 1.fikrasının (c) bendinde, Başdenetçi veya denetçi seçilebilmek için aranan şartlar içinde, Tercihen hukuk, siyasal bilgiler, iktisadi ve idarî bilimler, iktisat ve işletme fakültelerinden olmak üzere dört yıllık eğitim veren fakültelerden veya bunlara denkliği kabul edilmiş yurt içi veya yurt dışındaki yükseköğretim kurumlarından mezun olmak şartı da öngörülmüştür.

10 uncu maddesinde yapılan düzenleme, Kurum'un çalışmasında aksaklıklar doğmasına neden olabilecek türdendir. Bu maddeye göre; tercihen hukuk, siyasal bilgiler, iktisadi ve idari bilimler, iktisat ve işletme fakültelerinden olmak üzere dört yıllık eğitim veren herhangi bir yükseköğretim fakültesinden mezun olmak Başdenetçi ya da Denetçi olmak için yetecektir. Kanunun öngördüğü yapıda denetçilere, zorunlu olarak 'hukuk fakültesi ya da programlarında yeteri miktarda hukuk eğitimi veren fakültelerden mezun olma' koşulu getirilmemiştir. Hâlbuki İsveç, Finlandiya, Danimarka, Norveç gibi Kamu Denetçiliğinin iyi biçimde uygulandığı ülkelerde Denetçilerin hukuk eğitimi alması zorunludur. Çünkü insan hakları kavramından anlayabilmek, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi içtihatlarını takip edip anlayabilmek, buna göre insan hakkı ihlalinin olup olmadığını denetleyecek kamu denetçisinin mutlaka iyi bir hukuk eğitimi almış olması, hukuk fakültesi veya programlarında hukuk derslerine yeterince yer veren sosyal bilimler fakültelerinden mezun olması bir zorunluluktur.

Kamu denetçisinin özellikle kuruluşu ve çalışma kültürünün oluşturulması aşamasında, yeterli donanıma sahip uzmanlara sahip olabilmesine yönelik kadro imkânının tanınması devletin asli görevidir. Bu çerçevede özellikle kuruluş aşamasında çeşitli kamu hizmeti alanlarında yetişmiş denetim elemanlarının ve özellikle idari hâkimlerin tecrübelerini bu kuruma aktarmalarının önemi büyüktür. Bugün, Kurul halinde çalışan Danıştay ve Yargıtay gibi kuruluşların yoğun iş yükünü kaldırabilmelerinin temelinde ihtisaslaşmanın ve tetkik hâkimlerin desteğinin olduğu bilinmektedir.

Kamu Denetçileri, hukuka son derece hâkim, halk ile olumlu ilişkilere sahip, saygılı ve nazik, halka hizmet bilincinde olan, doğruluktan ayrılmayan, dürüst kişiler arasından seçilmelidir. Çünkü kamu denetçisi yaptığı işin bir gereği olarak siyasi baskılar veya diğer çıkar gruplarının baskılarıyla ve ağır bir iş yüküyle karşı karşıya kalabilir. Vatandaşlar tarafından kendisine gelen soruları mümkün olduğunca cevaplandırmaya çalışmalı, eğer sorumlu değilse vatandaşları ilgili birime yönlendirmeli, eğer yaptığı işten dolayı bir hata meydana gelmişse özür beyan etmelidir.

İptali istenen hükmün uygulanması halinde Kamu Denetçiliği Kurumu akil, tecrübeli, insan hakları konusunda uzman, bu konuda bilimsel akademik çalışmalar yapmış, ulusal ve uluslararası sivil toplum kuruluşlarında görev almış, oldukça iyi eğitim formasyonuna ve iş tecrübesine sahip bulunan Denetçilerden değil; tam tersine, ihtiyaca cevap vermekten uzak,

sadece yasalarda adı Kamu Denetçiliği Kurumu olan ve tamamen politik-ideolojik yaklaşımlara göre şekillendirilmiş bir kurum yapısı ortaya çıkacaktır. Hâlbuki Bir kuruma kamu denetçiliği niteliğini verebilmek için o kurumun Anayasa veya yasada Kamu Denetçiliği Kurumu olarak adlandırılması yetmez. Aynı zamanda kurumun bağımsızlığının sağlanması, idareyi denetlemesinin önü açılmalı ve kararlarının hukuken bağlayıcı olmaması esaslarının yasalarla güvence altına alınmış olması şarttır. Bu nedenlerle mevcut düzenleme, hukuk devleti ilkesine, devletin asli sorumluluklarından olan devletin temel amaç ve görevleri arasında yer alan, kişilerin ve toplumun refah, huzur ve mutluluğunu sağlamak; kişinin temel hak ve hürriyetlerini, sosyal hukuk devleti ve adalet ilkeleriyle bağdaşmayacak surette sınırlayan siyasal, ekonomik ve sosyal engelleri kaldırmak ve insanın maddî ve manevî varlığının gelişmesi için gerekli şartları hazırlamak olan emredici ilkelere ve Anayasanın bağlayıcılığı ve üstünlüğüne aykırıdır. En önemlisi, kamu denetçiliği kurumunun bu yapı ile teşekkül etmesi, işleyişinde aksaklıklara yol açacağından, kurumun temel kuruluş amacından sapılmıştır. Egemenliğin, kayıtsız şartsız Türk Ulusuna ait olduğu; Türk Ulusunun, egemenliğini, Anayasanın koyduğu esaslara göre, yetkili organları eliyle kullanacağı; Egemenliğin kullanılmasının, hiçbir surette hiçbir kişiye, zümreye veya sınıfa bırakılamayacağı; Hiçbir kimsenin veya organın kaynağını Anayasadan almayan bir Devlet yetkisini kullanamayacağı; Anayasanın 5. Maddesinde hüküm altına alınmışken, akıl adamlarda teşekkül ettirilmemiş, bağımsız, tarafsız olamayan bir Kamu Denetçiliği Kurumu vatandaşların idarenin yaptığı hak ihlallerinin karşısında nasıl durabilecektir' Kamu Denetçiliği Kurumları, gelişmiş, hukuk devletlerinde, 'sosyal devlet' veya 'hizmet devleti' ya da 'vatandaş odaklı kamu hizmeti' anlayışlarının da etkisiyle devlet-vatandaş ilişkilerinde 'hakkaniyete' ağırlık veren yeni bir denetim mekanizması oluşturmak ve tamamen, kişileri, idarenin yaptığı hak ihlalleri, gücün kötüye kullanımı, hata, ihmalkarlık, yanlış kararlar ve kötü yönetimden korumak, idarenin aldığı kararların daha açık olmasını sağlamak ve kamu çalışanlarının daha fazla hesap verebilmelerini sağlamak amacıyla kurulmuş Kurumlardır. Bizde olduğu gibi, bağımlı, güdümlü, her türlü siyasi ideolojik istismara açık Kurumlar değildir.

Bu nedenle, 6328 Sayılı Kamu Denetçiliği Kurumu Kanunun 10'uncu maddesinin 1. fıkrasının (c) bendinin, Anayasanın, 2., 5., 6., 11., 74. maddesine aykırı olduğundan iptal edilmesi gerekir.

5) 11'inci maddesinin 5. ve 6. fıkrasının Anayasanın Başlangıcı ile 2., 6., 7., 8. ve 9. maddelerine aykırılığı

Adaylık ve seçim başlıklı Kamu Denetçiliği Kurumu Kanunun 11. maddesinin 5. fıkrasında, Başdenetçi, üye tamsayısının üçte iki çoğunluğu ile seçilir. Birinci oylamada bu çoğunluk sağlanamadığı takdirde ikinci oylamaya geçilir. İkinci oylamada da üye tamsayısının üçte iki çoğunluğunun oyu aranır. Bu oylamada üye tamsayısının salt çoğunluğunun oyunu alan aday seçilmiş sayılır. Üçüncü oylamada üye tamsayısının salt çoğunluğu sağlanamazsa, bu oylamada en çok oy alan iki aday için dördüncü oylama yapılır. Dördüncü oylamada karar yeter sayısı olmak şartıyla en fazla oy alan aday seçilmiş olur hükmü yer almaktadır.

Yine kanunun 11. maddesinin 6. fıkrasında, Denetçiler, üye tamsayısının üçte iki çoğunluğu ile seçilir. Birinci oylamada bu çoğunluk sağlanamadığı takdirde ikinci oylamaya geçilir. İkinci oylamada da üye tamsayısının üçte iki çoğunluğunun oyu aranır. Bu oylamada üye tamsayısının salt çoğunluğunun oyunu alan aday seçilmiş olur. Üçüncü oylamada üye tamsayısının salt çoğunluğu sağlanamadığı takdirde en çok oy alan adaylardan, seçilecek aday

sayısının iki katı kadar aday ile seçime gidilir. Dördüncü oylamada karar yeter sayısı olmak şartıyla en fazla oy alan aday seçilmiş olur, şeklinde düzenleme yer almaktadır.

Kamu Denetçiliğinin bağımsız bir kurum olması, onun olmazsa olmaz şartıdır. Gerçekten de, yürütmeden ve idareden bağımsız olmayan bir kurumun kamu üzerinde denetim uygulaması durumunda bu denetimin idari denetimden farklı bir denetim olarak nitelendirilmesi olanaklı olmayacaktır. İşte bu yüzden 'kamu denetçiliği' adı altında ayrı ve kendisine özgü bir denetimden söz edebilmek ancak yürütmeden ve idareden bağımsız olan bir kurum yaratmakla olanaklıdır.

Kamu denetçiliğinin bağımsız olabilmesi için onun atanması ve görevden alınmasının nitelikli çoğunlukla olması ve Meclis dâhil hiç bir organa karşı bağımlı olmaması demektir..12 Eylül 2010 tarihinde halkoylamasına sunulan olan mini anayasa paketinin 8. maddesinde ombudsmanın üçüncü oylamada Meclis üye tamsayısının salt çoğunluğu (226 milletvekili) ile üçüncü oylamada salt çoğunluk sağlanamazsa bu oylamada en çok oy alan iki aday için dördüncü oylama yapılacağı, dördüncü oylamada en fazla oy alan adayın seçilmiş olacağı belirtilmiştir. Görüldüğü üzere, bu maddeyle ombudsmanın toplanmasında özel bir toplantı yeter sayısı aranmayarak, Meclisin normal toplantı yetersayısıyla (184 Milletvekili) toplanacağı, iş dördüncü oylamaya kalırsa 226 milletvekilinden aşağı sayıda oy alsa bile ombudsmanın seçilebileceği öngörülmüştür. Bu düzenleme tarzı, Türk siyasi yaşamında bir uzlaşma kültürünün olmaması olgusuyla birleşerek, iktidar partisi, eğer bir koalisyon hükümeti varsa koalisyonun büyük ortağı tarafından ombudsmanın seçilmesine yol açacaktır. Ombudsmanın iktidar partisi veya koalisyon hükümetinin büyük ortağı tarafından atanması durumunda ise ombudsman iktidara karşı bağımsız olamayacak, dolayısıyla, kurulmasının varlık nedenini yitirecektir. Ombudsmanın yürütmeye, özellikle, iktidara karşı bağımsızlığını sağlayabilmek için Anayasanın Cumhurbaşkanının seçimini düzenleyen 102. maddesinin 31.5.2007 tarih ve 5678 sayılı Kanunun 5. maddesiyle değiştirilmeden önceki durumuna benzer bir şekilde düzenlemeye gidilmesi gerekir. Çünkü, Ombudsmanın bağımsızlığını sağlamada temel koşul, onun seçilirken nitelikli bir çoğunlukla seçimini sağlayacak dizgenin oluşturulmasıdır. Bu bağlamda, kamu denetçisi seçiminin ilk turunda, Anayasa Mahkemesinin, Cumhurbaşkanı seçiminde '367' kararı olarak bilinen 1.5.2007 tarih ve E.2007/45, K. 2007/54 sayılı kararında isabetli bir şekilde yorumladığı üzere, toplantı ve karar yetersayısının bütün oylamada TBMM üye tamsayısının üçte iki çoğunluğu, bu bağlamda 367 olduğu şeklinde, Anayasada yeni bir düzenlemeye ihtiyaç bulunmaktadır.

Anayasa'nın Başlangıç bölümünde ve 6. maddesinde, Ulus istencinin mutlak üstünlüğü ve egemenliğin kayıtsız koşulsuz Türk Ulus'unun olduğu; Türk Ulus'unun egemenliğini, Anayasa'nın koyduğu ilkelere göre, yetkili organları eliyle kullanacağı; hiçbir kimse ya da organın kaynağını Anayasa'dan almayan bir Devlet yetkisi kullanamayacağı belirtilmiştir.

Devlet organları, Türk Ulusu adına egemenliği kullanırken karmaşa yaratılmaması ve düzenin bozulmaması için, tüm çağdaş parlamenter demokrasilerde olduğu gibi, erkler ayrılığı ilkesi benimsenmiş; erkler ayrılığının, belli Devlet yetki ve görevlerinin kullanılmasından ibaret ve bununla sınırlı uygar bir işbölümü olduğu vurgulanmış; egemenliği kullanan Devlet organları arasında üstünlük bulunmadığı, üstünlüğün Anayasa ve Anayasa'ya uygun olmak koşuluyla yasalarda olduğu vurgulanmıştır.

Anayasamıza göre, egemenliği Türk Ulusu adına kullanacak üç erk, yasama, yürütme ve yargıdır. Bu erklerden her biri Ulus egemenliğini kendi görev alanı ile sınırlı

biçimde kullanacaktır. Nitekim Anayasa'nın 7, 8 ve 9. maddelerinde yasama, yürütme ve yargı organlarının görev ve yetki alanı net olarak belirlenmiştir.

Anayasa'nın, 7. maddesinde, yasama yetkisinin Türk Ulusu adına Türkiye Büyük Millet Meclisi'nin olduğu, bu yetkinin devredilemeyeceği, 8. maddesinde, yürütme yetki ve görevinin Cumhurbaşkanı ve Bakanlar Kurulu'nca, Anayasa ve yasalara uygun olarak kullanılıp yerine getirileceği, 9. maddesinde, yargı yetkisinin Türk Ulusu adına bağımsız mahkemelerce kullanılacağı, belirtilmiştir.

Siyasal partileri kamu denetçisi seçiminde uzlaşmaya zorlayabilmek ve bu bağlamda ombudsmanın bağımsızlığını oluşturabilmek açısından 11'inci maddesinde Başdenetçi ve Denetçilerin seçiminin mutlaka nitelikli çoğunlukla yapılması gerekmektedir. Bu durum Kurum'un bağımsızlığı ve etkinliği için bir zarurettir. 11. maddenin 5., ve 6., fıkrasında nitelikli çoğunluğun mutlak surette aranmamış olması, iktidara sahip olan tek parti ya da koalisyon dönemlerinde koalisyonun büyük ortağı olan parti Kamu Denetçisinin seçiminde tek söz sahibi olması anlamına gelmektedir. Kanunun bu maddesiyle, Kamu Denetçiliği Kurumu, Meclis adına bir kamu denetçiliği Kurumuna değil, iktidara bağlı bir nevi hükümet adına denetleme yapacak bir teftiş kuruluna dönüştürülmüştür. Bununla birlikte, Kurumun bu kadar siyasi etki altındayken almış olduğu her türlü karar Bağımsız yargı organlarını da etkileyebilecek veya yargının da üzerinde baskı kurulmasına vesile olabilecektir.

Bu nedenlerle iptali istenen düzenleme Anayasanın Başlangıcı ile 2 nci, 6 ncı, 7 nci, 8 inci ve 9 uncu maddelerine, hukuk devleti ve kuvvetler ayrılığı ilkesiyle bağdaşmamaktadır.

6) 13. maddesinin, Anayasanın 2. ve 11., 81. ve 103. maddelerine aykırılığı

6328 Sayılı Kamu Denetçiliği Kurumu Kanunun 13. Maddesinde Görevlerine başlarken Başdenetçi Genel Kurulda, denetçiler ise Komisyonda 'Görevimi tam bir tarafsızlık, dürüstlük, hakkaniyet ve adalet anlayışı içinde yerine getireceğime, namusum ve şerefim üzerine andıçerim.'şekilde an içecekleri düzenlenmiştir.

TBMM'de kimlerin yemin edeceği 81 inci ve 103 üncü maddesinde gösterilmiştir.

Anayasamızın 81. Maddesinde, bütün milleti temsil eden Milletvekilleri, göreve başlarken 'Devletin varlığı ve bağımsızlığını, vatanın ve milletin bölünmez bütünlüğünü, milletin kayıtsız ve şartsız egemenliğini koruyacağıma; hukukun üstünlüğüne, demokratik ve lâik Cumhuriyete ve Atatürk ilke ve inkılaplarına bağlı kalacağıma; toplumun huzur ve refahı, millî dayanışma ve adalet anlayışı içinde herkesin insan haklarından ve temel hürriyetlerden yararlanması ülküsünden ve Anayasaya sadakatten ayrılmayacağıma; büyük Türk Milleti önünde namusum ve şerefim üzerine adilerim.', şeklinde andıçerler.

Anayasamızın 103. Maddesine göre ise, Türkiye Cumhuriyeti Devleti'nin başı olan Cumhurbaşkanı da göreve başlarken, Türkiye Büyük Millet Meclisi önünde aşağıdaki şekilde andıçer :

'Cumhurbaşkanı sıfatıyla, Devletin varlığı ve bağımsızlığını, vatanın ve milletin bölünmez bütünlüğünü, milletin kayıtsız ve şartsız egemenliğini koruyacağıma, Anayasaya, hukukun üstünlüğüne, demokrasiye, Atatürk ilke ve inkılâplarına ve lâik Cumhuriyet ilkesine bağlı kalacağıma, milletin huzur ve refahı, millî dayanışma ve adalet anlayışı içinde herkesin insan haklarından ve temel hürriyetlerinden yararlanması ülküsünden ayrılmayacağıma,

Türkiye Cumhuriyetinin şan ve şerefini korumak, yüceltmek ve üzerime aldığım görevi tarafsızlıkla yerine getirmek için bütün gücümle çalışacağıma Büyük Türk Milleti ve tarih huzurunda, namusum ve şerefim üzerine andiçerim.'

Milletvekilleri ve Cumhurbaşkanı dışında, Anayasada herhangi bir kamu görevlisinin TBMM Genel Kurulu'nda yemin edeceğine ilişkin başkaca bir düzenleme yoktur. Kamu Başdenetçisi bütün Milleti temsil eden Milletvekillerinin veya Devletin Başı olan Cumhurbaşkanı'nın statüler bakımından eşit olduğu bir Kamu Görevlisi midir ki kendisi TBMM Genel Kurulu'nda yemin edebilmektedir. Kamu Başdenetçisi hangi sıfatla ve hangi Devlet teamülüne uygun görülerek Türkiye Büyük Millet Meclisi Genel Kurulu'nda yemin ettirilmek istenmektedir' Başdenetçinin Genel Kurul'da yemin edeceğine ilişkin bu düzenleme Anayasanın 81 ve 103. maddeleriyle bağdaşmamaktadır.

Kamu Başdenetçisinin hiç bir Devlet teamülüne veya konumu itibariyle, bütün Milleti temsil eden Milletvekilleri veya Devletin Başı konumundaki Cumhurbaşkanı ile hiçbir statüler eşitliğe veya üstünlüğüne dayanmaksızın TBMM Genel Kurulu'nda yemin etmesinden daha da vahim olmak üzere; 'Türkiye Cumhuriyeti Devletin varlığı ve bağımsızlığı ile vatanın ve milletin bölünmez bütünlüğüne, milletin kayıtsız ve şartsız egemenliğine, Anayasaya, hukukun üstünlüğüne, hakkaniyete, demokrasiye, Atatürk ilke ve inkılaplarına ve laik Cumhuriyet ilkesine bağlı kalacağıma, milli dayanışma ve adalet anlayışı içinde herkesin insan haklarından ve temel hürriyetlerinden yararlanması ülküsünden ayrılmayacağıma, üzerime aldığım görevi tarafsızlıkla yerine getireceğime büyük Türk Milleti huzurunda, namusum ve şerefim üzerine andiçerim.' biçiminde olan ant, 6328 Sayılı Kamu Denetçiliği Kurumu Kanunun 13. maddesi sayesinde 'Görevimi tam bir tarafsızlık, dürüstlük, hakkaniyet ve adalet anlayışı içinde yerine getireceğime, namusum ve şerefim üzerine andiçerim.' biçimine dönüştürülmüştür. Yasa koyucu bir hukuk devletinde yasa koyarken Anayasaya uygun hareket etmek durumundadır. Anayasada belirtilen Cumhuriyetin temel niteliklerine bağlı kalmanın madde metninde yer almamış olmasının ise, mantıklı bir izahı olmadığı gibi; Anayasanın 2. ve 11. maddeleriyle baştan sona çelişen, hükümler taşıdığı ortadadır. Böylelikle içi boşaltılmış bir yemin yaratılarak, Anayasanın üstünlüğü ve bağlayıcılığı hiçe sayılmış, adeta Devlet geleneğimizle oynanmıştır. Bu durum yasa koyucunun saklı amacını da ortaya çıkarmıştır. Önemle vurgulanması gerekir ki, iptali istenen yasanın 13. maddesi ile, Kamu Başdenetçisinin, Anayasamızın 81. ve 103. maddelerine kıyasen, bütün Türk Milletini temsil eden Milletvekilleri ve Devletin başı konumundaki Cumhurbaşkanı'na Kamu Hukukundaki statü bakımından eşit statüde olduğu varsayılıyorsa, Anayasamızda yer alan yemin hükümleri uyarınca, aynı usule göre göreve başlarken yemin etmelidir. Kamu hukuku açısından böyle bir statüler eşitlik söz konusu olamayacağına göre, Kamu Başdenetçisinin Meclis Genel Kurulu'nda yemin etmesinin hiç bir haklı gerekçesi bulunmamaktadır. Bu nedenlerle 6328 Sayılı Kamu Denetçiliği Kurumu Kanunun 13. maddesi, Anayasanın 2., 11., 81., ve 103. maddelerini tümüyle ihlal etmiştir.

7) 15. maddesin Anayasanın 2., 6., 9.,10. ve 36. maddelerine aykırılığı

6328 Sayılı Kamu Denetçiliği Kurumu Kanunun 15. maddesinin 1. fıkrasında Görevden alma ilgili düzenleme bulunmaktadır. Buna göre, Başdenetçinin veya denetçilerin 10 uncu maddede sayılan nitelikleri taşımadıklarının sonradan anlaşılması veya bu nitelikleri seçildikten sonra kaybetmeleri hâlinde, durumun Komisyon tarafından tespit edilmesini takiben Başdenetçinin görevinin sona ermesine Genel Kurul tarafından görüşmesiz olarak; denetçilerin görevinin sona ermesine ise Komisyon tarafından karar verilir hükmü bulunmaktadır. Ayrıca aynı maddenin 2. Fıkrasında da Seçilmeye engel bir suçtan dolayı kesin hüküm giyen veya kısıtlanan Başdenetçi hakkındaki kesinleşmiş mahkeme kararının Genel

Kurulun; denetçi hakkındaki kesinleşmiş mahkeme kararının Komisyonun bilgisine sunulmasıyla Başdenetçi veya denetçi sıfatı sona ereceği belirtilmiştir.

Başdenetçinin veya denetçilerin 10. maddede sayılan nitelikleri taşımadıklarının sonradan anlaşılması veya seçildikten sonra kaybetmeleri halinde, bu durumun Adalet Komisyonu ile İnsan Haklarını İnceleme Komisyonu üyelerinden oluşan Karma Komisyonca saptanmasını takiben başdenetçinin görevinin sona ermesine Meclis Genel Kurulu tarafından görüşmesiz karar verileceği, denetçinin görevinin sona ermesine ise Komisyon tarafından karar verileceği, seçilmeye engel bir suçtan dolayı kesin hüküm giyen veya kısıtlanan başdenetçi hakkındaki kesinleşmiş mahkeme kararının T.B.M.M. Genel Kurulunun denetçi hakkındaki kesinleşmiş mahkeme kararının Komisyonun bilgisine sunulmasıyla, başdenetçi veya denetçi sıfatının sona ereceği ifade edilmiştir. Bu düzenleme net değildir. İlerleyen süreçte, Başdenetçi ve Denetçilerin seçilme niteliklerinin kaybedilmesiyle ilgili ihtilaflar doğuracak niteliktedir. Bu nedenle görevden alma söz konusu olduğunda üye tam sayısının salt çoğunluğunun gizli oyunun aranması gerekirken, görevden almaya dair mevcut düzenleme, göreve atanma koşulları da göz önüne alındığında, 'usul ve biçimde paralellik ilkesi'ne tamamen aykırı bir durum yaratmıştır.

Kanunun 10. maddesinde ise, başdenetçi veya denetçi seçilebilmek için, Türk vatandaşı olmak, seçimin yapıldığı tarihte başdenetçi için 50, denetçi için 40 yaşını doldurmuş olmak, dört yıllık eğitim veren hukuk, siyasal bilgiler, iktisadi ve idari bilimler, iktisat ve işletme fakültelerinden veya bunlara denkliği kabul edilmiş yabancı öğretim kurumlarından mezun olmak, mesleği ile ilgili olarak kamu kurum veya kuruluşlarında veya kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşlarında kayıtlı olarak ya da özel sektörde en az on yıl çalışmış olmak, kamu haklarından yasaklı olmamak, başvuru sırasında herhangi bir siyasi partiye üye olmamak, Türk Ceza Kanununun 53. maddesinde belirtilen süreler geçmiş olsa bile kasten işlenen bir suçtan dolayı altı ay veya daha fazla süreyle hapis cezasına ya da affa uğramış olsalar bile bir takım suçlardan hükümlü olmamak koşulları aranmıştır.

Görevden alınmaya ilişkin bu hükümlerin son derece sakıncalıdır. Özellikle, ombudsmandan memnun olmayan bir iktidar, Meclisteki çoğunluğuna güvenerek ombudsmanı kolaylıkla görevden alabilir. İkinci olarak, bu hükümlerle kamu denetçilerine savunma hakkı bile verilmeden onun görevden alınmasının önü açılmaktadır. Hâlbuki savunma hakkı kutsal ve en temel bir insan hakkı olduğundan savunmasına fırsat bile verilmeden onun görevinden alınması vahim bir hatadır. Kanunun 10. maddesinde, Türk Ceza Kanununun 53. maddesinde belirtilen süreler geçmiş olsa bile kasten işlenen bir suçtan dolayı altı ay veya daha fazla süreyle hapis cezasına ya da affa uğramış olsalar bile bir takım suçlardan hükümlü olan bir kimsenin kamu denetçisi olma olanağı ortadan kaldırılmaktadır. Türk mevzuatında bu şekilde hükümlere yer verilerek bu tür bir suçtan dolayı mahkûm edilen kimseler hakkında adeta onun sağlığında 'medeni ölüm' (civil dead) fermanı verilmektedir. Kişi bir suçtan mahkûm edildiğinde cezasını çektiği veya çekmiş sayıldığı kabul edildiğine göre bu şekildeki bir kişiye ilave cezaların verilmesi doğru değildir. Öte yandan, genel af, mahkûmiyeti bütün sonuçları ile birlikte ortadan kaldırdığına göre genel afla suçu ortadan kaldırılan bir kimsenin kamu denetçisi olamaması genel affın doğasına da aykırıdır.

Unutulmamalıdır ki savunma hakkı, sıradan bir hak olamayıp kutsal ve en temel insan hakkı olduğu gibi İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi de savunma hakkını içermektedir (m. 8, 9, 10, 11). Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ise savunma hakkını öncelikli olarak sanık bakımından öne çıkarmış (m. 6/3) ve herkesin savunma hakkının olduğunu kabul etmiştir (m. 6/1). Anayasada savunma hakkı tereddüde yer vermeyecek şekilde düzenlenmiştir. Anayasanın

36. maddesinde, 'hak arama hürriyeti' içinde, 'Temel Haklar ve Ödevler' arasında; 'Herkes, meşru vasıta ve yollardan faydalanmak suretiyle yargı mercileri önünde davacı veya davalı olarak iddia ve savunma ile adil yargılanma hakkına sahiptir' şeklinde düzenlenmiştir.

Bir hukuk devletinde savunma hakkını ihlal edilerek yasal düzenleme yapılamaz. Aksi takdirde milletin egemenliğini yetkili organlar eliyle kullanma imkânı ortadan kaldırılır, bu durumda ne Bağımsız Mahkemeler görev yapabilir ne de yasa önünde eşitlik ilkesi korunabilir.

Açıklanan bu nedenlerle mevcut düzenleme Anayasanın 2., 6., 9., 10. ve 36. maddelerine aykırı olduğundan iptal edilmelidir.

8) 17. maddesinin 4. Fıkrasının ilk cümlesinin, 36., 74. ve 125. maddelerine aykırılığı

6328 Sayılı Kamu Denetçiliği Kurumu Kanunun 17. maddesinin 4. Fıkrasında yer alan Kuruma başvuruda bulunulabilmesi için, 6.1.1982 tarihli ve 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanununda öngörülen idari başvuru yolları ile özel kanunlarda yer alan zorunlu idari başvuru yollarının tüketilmesi gereklidir cümlesinin Anayasaya Aykırılığı;

17'nci maddesi Kamu Denetçisine başvuru için idari başvuru yollarının tüketilmesini koşul olarak öne sürülmesi Kamu Denetçiliği Kurumu'nun etkinliğini azaltacak türde bir düzenlemedir. Mevcut hükümle idari başvuru yolları tüketilene kadar, Kamu Denetçisinin olaya müdahale etmesi gecikecek ve bu arada Denetçinin delilleri zamanında toplamasının önüne de geçilmiş olacaktır. Ayrıca; Kamu Denetçisine başvuruyu, adeta bir yargı organına yapılan başvuru gibi sıkı koşullara bağlamak, Kurum'un amacıyla çelişen bir düzenlemedir.

İptali istenen yasanın 17. maddesinde Kamu Denetçiliği Kurumuna gerçek ve tüzel kişilerin başvurabileceğini, başvurunun, başvuru sahibinin adı ve soyadı, imzası, yerleşim yeri veya iş adresini, başvuru sahibi tüzel kişi ise tüzel kişinin unvanı ve yerleşim yeri ile yetkili kişinin imzasını ve yetki belgesini içeren Türkçe dilekçe ile yapılacağını, bu başvurunun, yönetmelikte belirlenecek şartlara uyulmak kaydıyla elektronik ortamda veya diğer iletişim araçlarıyla da yapılabileceğini, yapılan başvurulardan; belirli bir konuyu içermeyenlerin, yargı organlarında görülmekte olan veya yargı organlarınca karara bağlanmış uyuşmazlıkların, başvuru sahibi için aranan koşulları taşımayan uyuşmazlıkların, sebepleri, konusu ve tarafları aynı olanlar ile daha önce sonuçlandırılanların incelenmeyeceğini, Kuruma başvuruda bulunulabilmesi için 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanununda öngörülen idari başvuru yollarının tüketilmesinin zorunlu olduğu, bu hüküm uyarınca yapılacak başvuruya idare tarafından verilecek cevabın tebliğ tarihinden, idare başvuruya altmış gün içerisinde cevap vermediği takdirde bu sürenin bitmesinden itibaren doksan gün içinde Kuruma başvurulabileceği, başvuru tarihinin dilekçenin Kuruma, valilik veya kaymakamlıklara verildiği, diğer hallerde ise başvurunun Kuruma ulaştığı tarih olduğunu, dava açma süresi içinde yapılan başvurunun, işlemeye başlamış olan dava açma süresini durduracağını ifade etmiştir. Maddeden anlaşılabileceği üzere, kamu denetçisine başvurmak, adeta bir yargı organına yapılan başvuru gibi sıkı biçim koşullarına bağlanmıştır.

Hâlbuki kamu denetçiliğine başvuru, kurumun doğası gereği, idari yargıda dava açmaktan daha kolay, ucuz ve şekilci olmak zorundadır. Çünkü kamu denetçiliği kurumunun demokratik hukuk devletine sağladığı en önemli katkısı, yurttaşların hak arama yollarını kullanmalarını sağlamak ve onların idarenin denetimine katılmak yoluyla devlet yönetimine katılmalarını kolaylaştırmaktır. Aksi takdirde, idari yargı organlarının yanında kamu denetçiliğine adında yeni bir organın daha kurulmasının gerekçesini açıklamak olanaklı

olmayacaktır. 6.1.1982 tarih ve 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanununun 'üst makamlara başvuru' başlıklı 11. maddesinde düzenlenen idari başvuru yolu yargı organına başvuru yönünden bile seçimlik kılınmış iken o yolun kamu denetçiliğine başvuru için tüketilmesinin zorunlu kılınması başvuruyu güçleştirmekten başka bir işe yaramaz. İdari başvuru yolunun tüketilmesinin aranmasının pratik bir faydası da bulunmamaktadır. Çünkü genel olarak yurttaşlar idari başvuru yolundan herhangi bir olumlu sonuç alamamaktadırlar. İptali istenen hükmün son cümlesine Kurumun, telafisi güç veya imkânsız zararların doğması ihtimali bulunan hâllerde, idari başvuru yolları tüketilmese dahi başvuruları kabul edebileceği yönündeki düzenlemenin eklenmiş olması da mevcut sakıncaları ortadan kaldırmaktan son derece uzaktır.

Kamu Denetçiliğini kabul etmiş ülkelerde, başvuru süresi konusunda, yargı organlarına başvuru süresinden çok daha uzun süreler bulunmaktadır. Birçok ülkede, Kamu Denetçisine başvuru süresi konusunda, şikâyet konusu işlem, eylem ya da davranıştan itibaren bir ya da iki yılın geçmemiş olması aranmakta, ancak, öngörülen bu sürenin geçirilmesi durumunda başvuruyu kabul edip etmeme noktasında ombudsmanlara bir takdir yetkisi tanınmaktadır. Böylelikle ombudsmanlara, haklılığına inandıkları başvurularda süre koşulunu fiilen ortadan kaldırma yetkisi tanınmış olmaktadır.

Kamu Denetçiliği Kurumu Kanunun 17. maddesinin 4. fıkrasında yer alan Kuruma başvuruda bulunulabilmesi için, 6/1/1982 tarihli ve 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanununda öngörülen idari başvuru yolları ile özel kanunlarda yer alan zorunlu idari başvuru yollarının tüketilmesinin gerekli olduğu yönündeki kısıtlayıcı düzenleme Anayasanın 36. maddesinde yer alan hak arama hürriyetine, kamu denetçiliğine başvurma hakkını düzenleyen 74. maddesine ve İdarenin her türlü eylem ve işlemlerine karşı yargı yolunun açık olduğunu düzenleyen 125. maddesine aykırı olduğundan iptal edilmelidir.

9) 18. maddesinin 2., 6.,7.,8.,9.,11. ve 36. maddelerine aykırılığı

6328 Sayılı Kamu Denetçiliği Kurumu Kanunun Bilgi ve belge istenmesi başlıklı 18. maddesinin ilk fıkrasında, Kurumun inceleme ve araştırma konusu ile ilgili olarak istediği bilgi ve belgelerin, bu isteğin tebliğ edildiği tarihten itibaren otuz gün içinde verilmesi zorunlu olduğu; bu süre içinde istenen bilgi ve belgeleri haklı bir neden olmaksızın vermeyenler hakkında Başdenetçi veya denetçinin başvurusu üzerine ilgili merci soruşturma açacağı; İkinci fıkrasında ise, Devlet sırrı veya ticari sır niteliğindeki bilgi ve belgeler, yetkili mercilerin en üst makam veya kurulunca gerekçesi belirtilmek suretiyle verilmeyebileceği, ancak, Devlet sırrı niteliğindeki bilgi ve belgeler Başdenetçi veya görevlendireceği denetçi tarafından yerinde incelenebileceği düzenlenmiştir.

İptali istenen bu hükümle, Kamu Denetçisine olağandan fazla yetki verilmektedir. Bu madde, Cumhuriyet Savcısı'na ya da Kamu Denetçisini seçecek Parlamento üyelerine dahi tanınmayan 'devlet sırrı' niteliğindeki bilgi ve belgelerin Kamu Denetçisi tarafından görülebilmesini sağlamaktadır. Devlet sırrı niteliğindeki bilgi ve belgeye, Denetçi tarafından ihtiyaç duyulduğunda, Denetçinin bu bilgi ve belgeye ulaşabilmesinin TBMM Genel Kurulu'nun onayına bağlı olması yönünde düzenleme yapılmamış olması da büyük eksikliktir. Sonuçta, bağımsız yargı organlarına ve yasama organına dahi tanınmamış olan bu denli geniş yetkilerin Başdenetçi ve Denetçilere tanınmış olmasının hukuk devleti ile izah edilebilir bir tarafı yoktur.

Hukuk devleti, insan haklarına saygılı ve bu hakları koruyan, toplum yaşamında adalete ve eşitliğe uygun bir hukuk düzeni kuran ve düzeni sürdürmekle kendisini yükümlü sayan, bütün davranışları hukuk kurallarına ve Anayasa'ya uyan, işlem ve eylemleri yargı denetimine bağlı olan devlet demektir. Hukuk devletinin en önemli şartları devlet organlarının hukukla bağlı kılınmasıdır. Buna göre, yasama, yürütme ve yargı organları hukuka uygun hareket etmek zorundadır. yasama organının hukuka bağlı olması onun Anayasa ile bağlı olmasından ibarettir. Türkiye'de yasama organının Anayasa ile bağlı olduğu esas kabul edilmiştir. Anayasamızın 11'inci maddesine göre 'Anayasa hükümleri, yasama... organ(ını)... bağlayan temel hukuk kurallarıdır'. O halde yasama organı Anayasaya aykırı kanun yapamamalıdır. yürütme organı Anayasaya aykırı eylem ve işlem yapmamalıdır. Diğer yandan yürütme organı kanunlarla da bağlıdır. İdarenin 'kanuna bağlılığı ilkesi' veya 'kanuna saygı ilkesi', Anayasamızın 8'inci maddesinde, 'yürütme görevi ve yetkisi... kanunlara uygun olarak kullanılır ve yerine getirilir' denilerek kabul edilmiştir. Buna göre, yürütme organı sahip olduğu yetkileri kullanırken veya üstlendiği görevleri yerine getirirken kanunlara uygun davranmak zorundadır. Anayasamız sadece yasama ve yürütme organlarının değil, yargı organının da hukuka bağlılığını açıkça öngörmüştür. Yargı organlarının da Anayasa ile bağlı oldukları açıktır. Zira, Anayasamızın 11'inci maddesi, 'Anayasa hükümleri, yargı... organlarını... bağlayan temel hukuk kurallarıdır' demektir.

Cumhuriyet Savcısı'na ya da Kamu Denetçisini seçecek Parlamento üyelerine dahi tanınmayan devlet sırrı' niteliğindeki bilgi ve belgelerin Kamu Denetçisi tarafından görülebilmesini sağlaması, Devlet sırrı niteliğindeki bilgi ve belgeye, Denetçi tarafından ihtiyaç duyulduğunda, TBMM Genel Kurulu'nun onayına bağlı olmaksızın ulaşabilmesini düzenleyen bu yasa hükmü ile hem yasama hem de yargı yetkisinin devri söz konusu olmaktadır. Ayrıca yargı yetkisinin devri anlamına gelen bu düzenleme ile hak arama hürriyeti de ihlal edilmiştir. Bu nedenlerle 6328 sayılı yasanın 18. maddesi Anayasanın Hiçbir kimsenin veya organın kaynağını Anayasadan almayan bir Devlet yetkisi kullanamayacağı yönündeki düzenlemeye, erkler ayrılığı ilkesine, anayasanın üstünlüğüne ve bağlayıcılığına ve hak hürriyetine aykırı olduğu için iptal edilmelidir.

Açıklanan bu nedenlerle mevcut düzenleme Anayasanın 2., 6., 7., 8., 9., 11. ve 36. maddelerine aykırıdır.

10) 20. maddesinin 1. ve 3. fıkrasının, Anayasanın 74. maddelerine aykırılığı

6328 Sayılı Kamu Denetçiliği Kurumu Kanununun İnceleme ve araştırma başlıklı 20. maddesiyle Kurumun, inceleme ve araştırmasını başvuru tarihinden itibaren en geç altı ay içinde sonuçlandıracağı öngörülmüştür.

Kanun maddesinin gerekçesinde, Maddeyle, kişilerin hak arama talebinin sağlıklı yürütülebilmesini ve kısa sürede sonuçlandırılmasını sağlamak amacıyla; Kurumun, kendisine yapılan başvuruları en geç altı ay içinde sonuçlandırması gerektiği; yapılan inceleme ve araştırma sonucunun ve varsa önerilerinin Kurum tarafından ilgili mercie ve başvurana bildirileceği, şayet ilgili merci bu öneriler doğrultusunda yeni bir işlem tesis etmiş ise bu işlemi; önerilen çözümü uygulanabilir nitelikte görmediği takdirde ise bunun gerekçesini en geç otuz gün içinde Kuruma bildirmesi gerektiği ifade edilmiştir.

Mevcut kanunun ihtisas alanlarına ayrılmış Kamu Denetçisi sistemini öngörmemesi nedeniyle bu 6 aylık surede araştırma ve incelemelerin bitirilmesi, ülkemiz koşulları itibarıyla olanaklı olmayacaktır. Kurum, kendisine gelen başvuruları 6 aylık süre içerisinde

sonuçlandırmadığı takdirde, denetime ilişkin herhangi bir açıklama yapmaması ve rapor yazmaması konusunda herhangi bir düzenleme yapılmamış, bu alan boş bırakılmıştır. Bunun sonucunda, yargıya intikal etmiş olan konuda yargıyı da etkilemek, yargıyı da manipüle etmek anlamına gelecek şekilde açıklama yapılması halinde, yargı yetkisine müdahale edilecektir.

20. maddenin 3. fıkrasında ise İlgili merciin, Kurumun önerileri doğrultusunda tesis ettiği işlemi veya Kurumun önerdiği çözümü uygulanabilir nitelikte görmediği takdirde bunun gerekçesini otuz gün içinde Kuruma bildireceği düzenlenmiştir. Bu sure içinde gerekçe bildirmeyenler hakkında, Kurumun etkinliği ve caydırıcılığını artırmak için Baş denetçi veya Denetçinin başvurusu üzerine ilgili merciin yaptırım niteliğinde disiplin soruşturması açacağı yönünde her hangi bir yaptırımın yer almamış olması Kurumun önemini azaltıcı niteliktedir.

Ülkemizin içinde bulunduğu koşullar gözetilmeden hazırlanmış olan yasanın 20. Maddesinde öngörülmüş olan süreler Kurumun sağlıklı karar almasını ve Kurumdan beklenen faydanın sağlanmasını imkansız kılacak niteliktedir. kamu denetçiliği kurumunun karşılaşacağı iş yükü çok fazla olacağı için bunun sonucunda bir ön büro faaliyeti oluşturularak kurumun çalışma alanına girmediği gerekçesi ile bir çok haklı başvuruların reddedilmesi veya ilgili makamlara yönlendirilmemesi durumu ile karşı karşıya kalınacaktır. Ülkemizde fazlaca ayrıntı içeren idari etkinliklerin değerlendirilmesinin tek bir kişiye bırakılması doğru olmayıp bu durumun suistimal edilmesinin önüne geçilemeyecektir. Bununla birlikte, kurumunun iyi işlemesi için gerekli başlangıç koşullarının Türkiye'de bulunmamaktadır. Kamu Denetçiliği Kurumu, uzun yıllar demokrasi ilkelerinin yerleştiği, nüfusu az, halkın eğitim ve kültür düzeyinin yüksek olduğu, medyanın etkili olduğu ve yüzölçümü küçük İskandinav ülkelerinde daha başarılı olmuştur. Eğitim ve kültür düzeyinin düşüklüğü, nüfus ve yüzölçümünün büyüklüğü gibi unsurlar gözetilmeden hazırlanan yasanın bu maddesi de kurumdan beklenen etkin denetleme mekanizmasının işlerliğini ve uygulanma kabiliyetini neredeyse yok edici niteliktedir. Bütün bu unsurlara etkin ve verimli inceleme olanağının sağlanmamış olması ve başvuruların incelenme süresinin azlığı da eklenince kurumun varlık sebebi ve kanunun yapılış amacına bütünüyle aykırılık ortaya çıkmaktadır. Bu nedenle yasanın 20. Maddesi Anayasanın 74. Maddesinde yer alan kamu denetçisine başvurma hakkını düzenleyen hükümlere aykırıdır.

11) 22. maddesinin Anayasanın 74. maddelerine aykırılığı

Kanunun 22. maddesi; Kamu Denetçiliği Kurulunun her takvim yılı sonunda yürütülen faaliyetleri ve önerileri kapsayan bir rapor hazırlayarak T.B.M.M. Adalet Komisyonu ile İnsan Hakları İnceleme Komisyonu üyelerinden oluşan Karma Komisyona sunacağını, Komisyonun, bu raporu görüşüp, kendi kanı ve görüşlerini de içerecek şekilde özetleyerek Genel Kurula sunulmak üzere T.B.M.M. Başkanlığına göndereceğini, Komisyonun raporunun Genel Kurulda görüşüleceğini, Kurulun yıllık raporunun, ayrıca Resmi Gazetede yayımlanmak suretiyle kamuoyuna duyurulacağını, Kamu Denetçiliği Kurulunun, açıklanmasında fayda gördüğü hususları yıllık raporu beklemeksizin her zaman kamuoyuna duyurabileceğini ifade etmiştir.

Bu hüküm etkin bir raporlama düzeneği getirmekten son derece uzaktır. Çünkü rapor, baş denetçi tarafından değil, Kurul tarafından Meclise sunulacaktır ki bunu doğru olarak görmeye olanak yoktur. Baş denetçinin kendi düşüncesi ve fikirlerini de ekleyerek raporunu Meclise sunması işin doğası gereğidir. Öte yandan, rapor, iktidar parti ve/veya partilerinin çoğunluk oluşturduğu Karma Komisyona sunulacaktır ki, bundan da bir verim elde edilmesi zordur. Kamu Denetçiliğinin idarenin tutum ve davranışlarını eleştirmesi durumunda Karma Komisyon, söz konusu eleştirilerin kendi hükümetinin şahsını hedef aldığı düşüncesiyle raporu değiştirerek Meclise sunabilecektir. Böyle bir durumda ise rapordan beklenen fayda elde

edilemez. Rapordan gerçek anlamda bir fayda edilebilmesi ancak Komisyon Başkanlığını ana muhalefet partisinden komisyon üyesi bir milletvekilinin yapması ve bir Kamu Denetçiliği Komisyonunun kurulması ile sağlanabilirdi. Mevcut yasal düzenleme buna imkan tanımadığı için Kanunun 22. Maddesi Kurum raporlarının önemini azaltıcı ve Kamu Denetçiliği Kurumunun da etkinliğini, verimliliğini ortadan kaldıracı nitelikte olup bu durum kurumun varlık sebebi ve kanunun yapılış amacına bütünüyle aykırıdır. Bu nedenle yasanın 22. Maddesi Anayasanın 74. Maddesinde yer alan kamu denetçisine başvurma hakkını düzenleyen hükümlere aykırıdır.

12) Kanunun 24'uncu maddesinin 2'nci fıkrası ile Geçici 1'inci maddesinin 4. fıkrasının, Anayasanın 74. maddesine aykırılığı

Personelin atanmasını düzenleyen 24. maddesinin ilk fıkrasında, Genel Sekreterin, en az dört yıllık yükseköğretim kurumu mezunu, Devlet Memurları Kanununa tabi görevlerde on yıl hizmeti bulunan ve aynı Kanunun 48 inci maddesinde yazılı şartlara sahip olanlar arasından Başdenetçi tarafından atanacağı ikinci fıkrasında ise, Diğer personelin Başdenetçi tarafından atanacağı düzenlenmiştir. Birinci fıkradaki düzenlemenin aksine atanacak olan kişilerin nitelikleri, eğitim düzeyi, mesleki tecrübesi konusunda hiç bir açıklayıcı ifade yer almadığı gibi, adeta Başdenetçiye sınırsız ve keyfi yetki tanınmaktadır. Kanunun GEÇİCİ 1. maddesinin 4'üncü fıkrasında da Başdenetçi ve denetçilerin seçimi tamamlandıktan sonra Başdenetçi tarafından doksan gün içinde; bir defaya mahsus olmak ve ekli listede yer alan Kamu Denetçiliği Uzmanı unvanlı serbest kadro adedinin yüzde ellisini geçmemek üzere, 25 inci ve 26 ncı maddelerdeki şartlar aranmaksızın, doktora yapmış üniversite öğretim elemanları veya kamu kurum ve kuruluşlarında görevli olup, mesleğe özel yarışma sınavı ile girilen ve belirli süreli meslek içi eğitimden sonra özel bir yeterlik sınavı sonunda atanmış olanlardan kamu denetçiliği uzmanı olarak atama yapılabileceği ve Kamu denetçiliği uzmanı olarak atanacakların mesleklerinde en az beş yıllık deneyime sahip olmaları gerektiği yönünde düzenleme bulunmaktadır. Kadroya alınacak kişilere özel bir hüküm ihtiva eden bu hüküm, Kurumun kuruluş amacıyla da bağdaşmamaktadır. Denetçilerin uzmanlık alanlarına ayrılmaması ve sayılarının azlığı nedeniyle yetersiz olması başlı başına bir sorunken, mevcut kadroların siyasi saiklerle doldurulacak olması Kurumun bağımsızlığını, kamuoyu önünde ve toplum vicdanında güvenini sarsacaktır."