

Sorularla Ceza Muhakemesi Hukuku

Doç. Dr. Yener Ünver

Doç. Dr. Hakan Hakeri

345.05

U61

2006

k. 1

001243

Sorularla Hukuk Dizisi 5



**SORULARLA
CEZA MUHAKEMESİ
HUKUKU**

Doç. Dr. Yener ÜNVER
Doç. Dr. Hakan HAKERİ



TÜRKİYE BAROLAR BİRLİĞİ

Türkiye Barolar Birliği Yayınları: 104
Sorularla Hukuk Dizisi: 5

Sorularla Ceza Muhakemesi Hukuku
Doç. Dr. Yener Ünver
Doç. Dr. Hakan Hakeri

ISBN: 975-6037-35-0
© Türkiye Barolar Birliği
Birinci Baskı: Mayıs 2006

Sayfa Tasarımı, Düzelti ve Ofset Hazırlık
Düş Atelyesi (0312.215 70 37)

Baskı
Şen Matbaa
(0312. 229 64 54 - 230 54 50)
Özveren Sokağı, 25/B Demirtepe - ANKARA
www.senmatbaa.com

Türkiye Barolar Birliği
Karanfil Sokağı 5/62
06650 Kızılay - ANKARA
Tel: (312) 425 30 11 Faks: 418 78 57
e-posta: admin@barobirlik.org.tr
web:www.barobirlik.org.tr
yayin@barobilik.org.tr

İÇİNDEKİLER

ÖNSÖZ	XXI
-------------	-----

GİRİŞ

Yeni Ceza Muhakemesi Kanunu'nun Hazırlanması Süreci Hakkında Kısa Bilgi	3
--	---

SORULAR

1. Muhakemenin Yürüyüşüne İlişkin İnsan Hakları Nelerdir?	9
2. Yeni Ceza Muhakemesi Kanununda Yer Almayan Kurum ve Kavramlar Hangileridir?	11
3. Ceza Muhakemesi Kanunu'nda Herhangi Bir Suç veya Ceza Öngören Hüküm Bulunmakta Mıdır?	18
4. Soruşturma Ve Kovuşturma Arasındaki Fark Nedir?	20
5. Görevsizlik Kararı Verecek Mahkeme Bu Kararını İddianamenin Kabulü Kararından Önce mi Sonra mı Verebilir?	23

6. Görevli Olmayan Hâkim veya Mahkemece Yapılan İşlemler Geçerli Olacak Mıdır?	28
7. Yer Bakımından Yetki Konusunda Özel Yetki Kuralı Nedir?	29
8. Yetkisizlik İddiasının Bildirilmesinde Süre Nedir?	34
9. Hangi Hâkimler Yargılamaya Katılamaz?	36
10. CMK 163 Gereğince Cumhuriyet Savcısı'nın Soruşturma Yetkisini Kullanan Sulh Ceza Hâkimi Aynı Eylemin Yargılanmasında Davada Hâkim Olarak Görev Yapabilir mi? Aynı Hâkim Soruşturma veya Kovuşturma Evresinde İlgili Kişi Hakkında Tutuklama Kararı Verebilir mi?.....	38
11. Tarafsızlığını Şüpheye Düşürecek Sebeplerden Dolayı Hâkimin Reddi İsteminin Süresi Nedir?	40
12. Hâkimin Reddi İsteminin Geri Çevrilmesi Durumunda Başvurulabilecek Kanun Yolu Hangisidir?.....	42
13. Hâkimin Çekinmesi ile İlgili Olarak Yapılan Önemli Değişiklik Nedir?	44
14. Mahkemelerin Tebligat Yapması Mümkün müdür?.....	47
15. Tanıklıkla İlgili Olarak Yeni Kanun'da Getirilen Yenilikler Nelerdir?.....	49
16. Mağdur veya Çocuk Tanık Olarak Dinlenebilir mi?	56
17. Suç Ortakları Birbirleri Leh veya Aleyhlerine Tanık Olarak Dinlenebilirler mi?.....	58
18. Bilirkişilik İle İlgili Yeni Düzenlemeler Nelerdir?.....	61
19. Şüpheli veya Sanık Üzerinde Beden Muayenesi Yapılabilir mi, Vücuttan Örnek Alınabilir mi?	67
20. Sanık veya Şüpheli Dışındaki Kişiler Üzerinde Beden Muayenesi Yapılabilir mi?	79

21. Moleküler Genetik İnceleme Ne Demektir?.....	85
22. Beden Muayenesi ve Genetik İnceleme Sonuçlarının Gizliliği Nasıl Sağlanmaktadır?	88
23. Fizik Kimliğin Tespiti Ne Demektir?	90
24. Keşif ve Yer Gösterme Arasında Ne Fark Vardır?	93
25. Yakalamanın Koşulları ve Sonuçları Nelerdir?	99
26. Yakalanan Kişi En Geç 36 Saat İçinde Hâkim Önüne Çıkarılmaz ise, Kollukça Özgürlüğünün Kısıtlanmasına Devam Edilebilir mi?	105
27. Gözaltı Süresinin Belirlenmesi Açısından İşlendiği İddia Olunan Suçun Toplu Suç Olduğu Nasıl Belirlenecektir?	108
28. Hakkında Yakalama Emri Bulunmayan ve Soruşturma Evrakı Savcıda Bulunan Kişi Firari ise Kolluk Tarafından Görüldüğünde veya Tesadüfen Ele Geçtiğinde Yakalanması Hukuken Mümkün müdür?.....	110
29. Tutuklama Bakımından Yeni Kanunumuz ile Getirilen Yenilikler Nelerdir?	112
30. Çocuklar Bakımından Tutuklama Yasağı Var mıdır?.....	121
31. Adli Kontrol Ne Demektir?	122
32. Çocuklar Bakımından Adli Kontrolün Bir Özelliği Var mıdır?	128
33. Hakkında Hâkim veya Mahkemece Tutuklama veya Adli Kontrol Kararı Verilen Bir Kimse Hakkındaki Bu Kararı Savcı Re'sen Kaldırabilir mi?.....	129

34. Hangi Hallerde Arama Hâkim Kararıyla Yapılabilir?	132
35. Gecikmesinde Sakınca Bulunan ve Savcıya Ulaşlamayan Durumlarda, Konutta, İşyerinde ve Kamuya Açık Olmayan Kapalı Alanlarda Arama Yapılması Emrini Kolluk Amiri Verebilir mi?	134
36. Kolluğun Karar Alınmadan da Arama Yapabileceği Haller Var mıdır?	138
37. Hakkında Yakalama Emri veya Tutuklama Kararı Bulunan veya Bu Emir veya Kararın Verilmesini Gerektiren Nedenler Bulunan Bir Kimsenin İstemediği Halde Üstü veya Konutu, Yakalama Amaçlı Olarak Hâkim veya Mahkeme Kararı veyahut Savcı Emri Olmadan Aranabilir mi?	141
38. Kesintisiz İzlenen Kişi Kaçarak Bir Eve Girse Henüz Hâkim veya Mahkeme Kararı veya Savcının Yazılı Emrini Almayan Kolluğun O Kişiyi Yakalamak Amacıyla Evde Arama Yapması Hukuka Uygun mudur?	144
39. Kolluk Arama Sırasında Ele Geçirilen Belge ve Kâğıtları İnceleyebilir mi?	146
40. Aramada Kimler Hazır Bulunabilir Gece Arama Yapılabilir mi?	147
41. Bir Suçla Bağlantılı Olmaksızın Yapılan Aramaların Koşulları Nelerdir?	149
42. Alışveriş Merkezlerinde Yapılan Aramaların Yasal Dayanağı Var mıdır?	151
43. Havaalanına, Kamu Binalarına vs. Girerken Yapılan Aramaların Dayanağı Nedir?	153

44. İçeriği Devlet Sırrı Niteliğindeki Belgelerin Mahkemece İncelenmesi Nasıl Yapılacaktır?.....	154
45. Avukat Bürolarında Arama, El Koyma ve Postada El Koymanın Şartları Nelerdir?	156
46. Ceza Muhakemesi Kanunu'nda El Koyma Koruma Tedbirine İlişkin Olarak Yapılan Temel Yenilikler Nelerdir?	159
47. El Koyma Kararını Kim Verecektir?.....	168
48. İletişimin Tespiti, Dinlenmesi ve Kayda Alınmasının Koşulları Nelerdir?	170
49. Şüpheli veya Sanığa Yüklenen Suç Dolayısıyla Müdafinin Telekomünikasyon Araçlarıyla İletişimi Tespit Edilebilir mi, Dinlenebilir mi ve Kayda Alınabilir mi?	199
50. Neşter 2 Operasyonu'nda Yargıtay Telefonları Hâkim Kararıyla Dinlenen Kimselerle Konuşan Yargıtay Üyeleri Hakkında Tesadüfen Elde Edilen Delillerin Kullanılmayacağı Yönünde Görüş Bildirdi, Kanunumuzun Bu Konudaki Düzenlemesi Nedir?	202
51. Gizli Soruşturmacı Görevlendirilmesinin Koşulları Nelerdir?	205
52. Kolluk Hangi Hallerde Gizli İzleme Yapabilir?	210
53. Telefonların Dinlenmesi, Gizli Soruşturmacı ve Teknik İzlemeden Elde Edilen Delillerin Hukuka Uygunluk ve İspat Açısından Delil Değerleri Nedir?	212
54. Koruma Tedbirleri Nedeniyle Tazminat Açısından Getirilen Temel Yenilikler Nelerdir?.....	243

55. Koruma Tedbirleri Nedeniyle Tazminat Talebinin Koşulları Nelerdir?	245
56. Şüpheli veya Sanığın Zorla Getirilmesi Kararını Hangi Makam Verebilir?.....	250
57. İfade Alma ve Sorguda Yasak Usuller Nelerdir?	254
58. Şüpheli/Sanık Ne Zamandan İtibaren Müdafî Yardımından Faydalanabilir?	256
59. Müdafî Görevini Yerine Getirmedeğinde Yapılacak İşlem Nedir?	259
60. Müdafîlik Görevinden Yasaklanmanın Koşulları Nelerdir	260
61. Müdafîin Dosyayı İnceleme Yetkisinin Kapsamı Nedir?.....	262
62. Şüphelinin Müdafîi veya Suçtan Zarar Görenin Vekili Kolluktaki Soruşturma Dosyasını İncelemesi Savcının İznine Tabi midir?	264
63. Soruşturma Evresinde Basına Bilgi Verilmesi Hukuka Uygun mudur?	266
64. Suçun Şikâyete Bağlı Olduğu Kovuşturma Aşamasında Fark Edilirse, Mahkeme Ne Yapmalıdır?	269
65. Adli Kolluk Amiri veya Üstü Olmayanların Adli Kolluğa Adli Emir Vermeleri ve Bunun Yerine Getirilmesi Mümkün ve Hukuka Uygun mudur?	273
66. Kamu Görevlisinin Adli Görevin İcrası Sırasında İşlediği ve Görevin Kötüye Kullanılması veya İhmali Niteliğindeki Bir Suça İlişkin Soruşturma Nasıl Yapılır?	275

67. Olay Yerinde İnceleme Yapmak İçin
Tedbir Alan Kolluk Buna Uymayan
Kimselere Karşı Ne Yapabilir? 278
68. Soruşturma veya Kovuşturma Evrelerinde
Sulh Ceza Hâkimlerinin, Cumhuriyet Savcılarının
Yetkilerini Kullanmaları Mümkün müdür? 282
69. Suçun İşlendiğine İlişkin Yeterli Delilin
Mevcutiyeti ve Tüm Muhakeme Koşullarının
Gerçekleşmesine Rağmen Savcının Takdiren
Dava Açmaması Mümkün müdür? 287
70. Savcı Takdir Yetkisini Kullanarak
Kamu Davasını Açmaz ise,
Müşteki-Mağdurun Davayı Açtırmak İçin
Yapabileceği Bir Şey Var mıdır? 291
71. Kovuşturmaya Yer Olmadığına Karar Veren
Savcılık Bir Süre Sonra Aynı Eylem Hakkında
İddianame Düzenleyebilir mi? 295
72. Savcı Ön Ödeme veya Uzlaşma Kurumuna
Başvurmadan İddianame Düzenlerse,
Bu Hukuka Uygun mudur? Buna Karşı veya
Mahkemenin Bu Kurumları İşletmemesine Karşı
Bir Şey Yapılabilir mi? 297
73. Uzlaşma Hükümlerinin İşletilmesi İçin
Tüm Şüpheli veya Sanıklarla Uzlaşmak
Zorunlu mudur? Aradan Geçen Sürede Suç
Zamanaşımına Uğramaz mı? 301
74. Uzlaşma Sağlanamaz ise
Şikâyetin Geri Alınması veya
Ön Ödeme Kurumları İşletilebilir mi? 304

75. Uzlaşmada Suçun Neden Olduğundan
Daha Fazla Zararın Ödenmesi
Kararlaştırılabilir mi? Uzlaşma Miktarı
Zarardan Fazla Olursa, Mağdur Şüpheli
veya Sanıktan Ayrıca Tazminat Talep
Edebilir mi? Veya Uzlaşma Raporundaki
Miktar Zarardan Az Olursa, Ayrıca
Tazminat Davasının Açılması Mümkün müdür? 310
76. Şüpheli veya Sanık Çocuk Uzlaşma Raporunda
Saptanan Zararı ve/veya Uzlaşma Giderlerini
Gideremez ise, Ne Gibi Bir Karar Verilecektir?..... 314
77. Mağduru Belirli Bir Kimse Olmayan Suçlarda
Uzlaşma Kiminle Sağlanacaktır? 318
78. Ön Ödeme, Uzlaşma veya Mağdurun
Zararını Gidermek, Suçu İkrar Anlamına Gelir mi?
Bu Kurumların Uygulanması Özel Hukuk
Davasında İlgili Aleyhine Delil Olur mu?..... 320
79. Uzlaşma Sonrası Ne Tür Bir Karar Verilir ve
Uzlaşma Sürecinde Elde Edilen Deliller
Herhangi Bir Biçimde Kullanılabilir mi? 325
80. Çocuk Koruma Kanunu'nda Çocukların
İşledikleri ve Şikâyete Bağlı Olmayan
Suçlarda da Uzlaşma Kurumunun
Uygulanmasının Mümkün Kılınması
Çocukların İşledikleri Tüm Suçların
Şikâyete Bağlı Kılındığı ve Ancak Uzlaşma
Olmaz ise ve Şikâyet Üzerine Soruşturulup
Kovuşturulabilecekleri Anlamına Gelir mi? 328
81. Karşılıksız Çek Suçunda Uzlaşma Kurumu
İşletilmeli midir? 331

82. Ön Ödeme veya Uzlaşma Kurumu İşletilirse Bu Kurumlar Sonrasında Verilecek Kararda İlgili Eşyanın da Müsaderesine Karar Verilebilir mi?	334
83. Türk Vatandaşı Olan ve Fakat Hiç veya Yeterince Türkçe Bilmeyen Bir Kimseye Tercüman Sağlanması Zorunlu mudur?	340
84. Sanık, Hukuka Uygun Elde Edilmiş Bir Delilin Ortaya Konulmasını, Örneğin Bir Tanığın Dinlenilmesini Engelleyebilir mi?	344
85. Çocuğun Müdafisiz Alınan İfadesi Üzerine Mahkemeden Alınan Arama Kararıyla Aranılan Evde Bulunan Suç Vasıtası Silahın Davada Delil Olarak Kullanılması Temyiz Nedeni Olur mu?	347
86. Kimliği Öğrenilemeyen Şüpheli Kimse Hakkında İddianame Düzenlenebilir mi? Kimliğini Söylemeyen Kimseye Karşı Ne Yapılabilir?	350
87. İddianamede Suç Nitelemesine Yer Verilmez ise veya Hatalı Yapılırsa, Bu Nedenle İddianamenin İfadesi Mümkün müdür?	360
88. İfade Edilen İddianamenin İkinci Kez İfade Edilmesi Mümkün müdür?	362
89. Ceza Muhakemesi Süjelerinin İddianamenin Düzenlenişine veya İfadesine Karşı Koyma Olanakları Var mıdır?	364
90. Sanık veya Müdafii Belirli Bir Delilin Toplanmasını İstiyorsa Ne Yapmalıdır?	366

91. Sanık veya Müdafinin veya Katılan veya Katılan Vekilinin Gösterdiği Tanık veya Uzman Kişinin Çağrılması Hakkındaki Talep Reddedilirse, Sanık, Sanık Müdafii, Katılan veya Katılan Vekili Buna Karşı Ne Yapabilir? 369
92. Mahkemenin Bulunduğu Yerden Uzakta Bulunan Bir Tanık veya Bilirkişiyi Duruşmaya Getirmeden Duruşma Öncesi veya Sırasında Dinlenilmesini Sağlama Olanağı Var mıdır? 374
93. Duruşmada veya Adliye Binası İçindeki ve Dışındaki Adli İşlemler Yapılırken Ses veya Görüntü Kayıt veya Nakil Olanağı Sağlayan Vasıtalar Kullanılabilir mi?..... 377
94. Sanık veya Sanıklardan Birisi 18 Yaşından Küçük ise Duruşma Aleni Yapılabilir mi? 379
95. Cumhuriyet Savcısı Bulunmaksızın Duruşma Yapılabilir mi?..... 381
96. Sulh Ceza Mahkemeleri ile Çocuk Mahkemelerinde Yapılan Duruşmalarda Savcı Bulunmaz ise Bu Kanuna Aykırılık Teşkil Eder mi? 384
97. Duruşmada Hazır Bulunmayan Sanık Hakkında Duruşma Yapılarak Hakkındaki Dava Bitirilebilir mi? 387
98. Duruşmaya Gelmeyen Sanık Kendisini Temsil Ettirebilir mi? Nasıl? 390
99. Kendi İsteği ile Duruşmaya Gelmeyen Sanık Eski Hale Getirme İsteminde Bulunabilir mi? 393
100. Sanık Duruşma Sırasında Duruşma Salonundan Dışarıya Çıkarılabilir mi? 396

101. Mahkeme Duruşma Sırasında Bir Suç İşlenirse Ne Yapmak Zorundadır? O Eylemi de Önündeki Dava ile Birleştirerek Yargılayabilir mi?	401
102. Suçun Niteliğinde Bir Değişiklik Olursa Yeniden veya Ek Bir İddianamenin Düzenlenmesi Zorunlu mudur?	406
103. Şüpheden Sanık Yararlanır Ne Demektir?	411
104. Hâkim veya Mahkeme Re'sen Delil Toplayabilir mi?	421
105. Özel Şahısların Elde Ettikleri Deliller Muhakemede Kullanılabilirler mi?	425
106. Ceza Muhakemesinde İkrar Delil Olur mu?	428
107. Sanığa Doğrudan Doğruya Soru Sorulabilir mi? Sanık Katılana, Tanığa, Bilirkişiye veya Duruşmaya Çağrılmış Diğer Kimselere Doğrudan Doğruya Soru Sorabilir mi?.....	434
108. Bir Delilin Ortaya Konulması Reddedilebilir mi?	437
109. Sanık Çapraz Sorguya Tabi Tutulabilir mi ve Eğer Tutulabilirse Sanık Cevap Vermek Zorunda mıdır?	442
110. Duruşmanın Bitimi Öncesinde Son Söz Sanığa Verilmez ise Ne Olur?	444
111. Ceza Muhakemesinde Sanık veya Mağdurun Yaşının Ne Olduğu Açısından Sorun Çıkarsa İlgili Makam Ne Yapmalıdır? Soruşturma Evresi Açısından Bir Özellik Var mıdır? Ortaya Çıkan İkincil Sorunun Yaş Tespiti Dışındaki Bir Konuya İlişkin Olması Cevabı Değiştirir mi?	449

112. Duruşma Tutanağının Önemi ve Delil Olarak İspat Gücü Nedir?..... 453
113. Aynı Sanık Hakkında Aynı Eylem Dolayısıyla Önceden Açılmış Bir Dava veya Verilmiş Bir Hüküm Varsa, Mahkeme Ne Kararı Vermelidir? Ön Ödeme ve Uzlaşma Kurumunun Benzer Etkisi Var mıdır? 455
114. Sanığın Suçlu Olduğunu Gösterir Çelişkisiz ve Yeterli Delilin Bulunmaması veya Delillerin Tümünün Sanığın Lehine Olmasına Karşın, Şikayet Geri Alınır veya Gerçekleşmesi Gereken Başka Bir Kovuşturma Koşulu Gerçekleşmez ise, Mahkeme Dava Hakkında Durma Kararı mı, Düşme Kararı mı Yoksa Başka Bir Karar mı Vermelidir? 464
115. Eylemin Suç Teşkil Eden ve Fakat Bağlayıcı Emrin İcrası veya Zorunluluk Hali veyahut Cebir veya Tehdit Etkisiyle İşlendiğinin Saptanması Durumunda Mahkeme Ne Kararı Vermelidir? 466
116. Karar ve Hükümün Verildiği Oda veya Duruşma Salonunda Kimler Hazır Bulunabilirler? Karar veya Hükümün Verilişi Nasıl Oylanır?..... 467
117. Hükümü Açıklayan veya Tebliğ Eden Esas Mahkemesinin Ayrıca Yapması Gereken Bir Husus Var mıdır? Bunlara Uyulmamasının Sonuçları Nelerdir?..... 470
118. Kamu Davasına Katılma Ne Zamana Kadar Mümkündür ve Bu Nasıl Yapılabilir?..... 474
119. Katılan veya Katılanın Vekili Duruşmalara Gelmez ise Ne Olur? 476

120. Gaip veya Kaçak Olan Sanık Duruşmaya Gelmek İstemekle Birlikte Tutuklanmaktan Korkuyorsa, Duruşmaya Gelmesi İçin Bir Şey Yapılabilir mi?	479
121. Kaçak Kimse Hakkında Mahkûmiyet Kararı veya Herhangi Bir Koruma Tedbiri Kararı Verilebilir mi?	483
122. Tüzel Kişi Duruşmada Nasıl Temsil Edilebilir?	485
123. Davaya Katılmayan Birisi Hükme Karşı Kanun Yollarına Başvurabilir mi?	489
124. Bir Kanun Yoluna Başvururken Yanılma İlgili Kimse Açısından Bir Hak Kaybına Neden Olur mu?.....	490
125. Cumhuriyet Savcısı Aynı Başvurusunda Aynı Sanık veya Hükümlünün Hem Lehine Hem de Aleyhine Kanun Yoluna Başvurabilir mi?.....	492
126. Tutuklu Olan Şüpheli veya Sanık Kanun yoluna Başvurma Hakkını Nasıl Kullanabilir?	496
127. Müdafinin Kanun yoluna Başvurması veya Başvurusunu Geri Alması Herhangi Bir Koşula Bağlı mıdır?	498
128. Cumhuriyet Savcısı, Müdafinin ve Vekilin Kanun Yolu Davasını Geri Alması Mümkün müdür?.....	501
129. Şüpheli veya Sanık ile Müdafinin Başvurulan Kanun Yolundan Vazgeçildiği Hususunda İradeleri Çelişirse, Hukuken Kimin İsteğine İtibar Edilecektir?	504

130. Müdafî, Sanık veya Hükümlü Aleyhine Kanun Yoluna Gidebilir mi?	508
131. Cumhuriyet Savcısı'nın Kanun yoluna Gitmesi Üzerine Karar Bozulursa, Yeniden Yapılacak Kovuşturma Sonrası Sanığın Daha Aleyhine Bir Karar Verilebilir mi?	511
132. İtiraz Kanun yolu Başvurusunun ve İtiraz Üzerine Mercein Verdiği Kararın Etkisi Nedir?	514
133. İstinaf Kanun yoluna Başvurmak İçin Bir Layiha Vermek Zorunlu mudur?	516
134. İstinaf veya Temyiz Süresi Açısından Eski Hale Getirme Kurumuna Başvuru Bir Özellik Arz Eder mi?	518
135. İstinaf Başvurusuna Karşı, Başvurunun Reddi İçin Karşı Taraf Bir Şey Yapabilir mi?	519
136. İstinaf Başvurusu Sanık Yerine İradî veya Kanunî Temsilcisi Tarafından Yapılmışsa İstinaf Üzerine Yapılan Yargılama Sonrasında Sanığa Öncekinden Daha Ağır Bir Ceza Verilebilir mi?	520
137. Mahkemenin Hükümden Önce Verilmiş Kararlarına Karşı Temyize Gidilebilir mi?	521
138. Yargıtay Temyiz Başvurusunda Belirtilen Dışında Bir Hukuka Aykırılık Görürse, Buna Dayanarak Hükümü Bozabilir mi?	522
139. Temyiz İstemi Reddedilen Avukat Buna Karşı Bir Şey Yapabilir mi?	525
140. Temyiz İncelemesinin Duruşmalı Yapılması İçin Temyiz Edilen Hükümün Bir Ağır Ceza Mahkemesince Verilmiş Olması Şart mıdır?	526

141. Temyiz Kanun yolunda Hüküm Bozan Yargıtay Dosyayı Hükümünü Bozduğu Mahkeme Dışında Bir Mahkemeye Gönderebilir mi? 533
142. Hükümün Bozulmasından, Hüküm Temyiz Etmeyen Sanık da Yararlanabilir mi? 534
143. Temyiz Kanun Yoluna Başvurulması Üzerine Verdiği Hüküm Yargıtay'ca Bozulan Mahkeme Eski Kararında Israr Edebilir mi? Israr Etmeyip Bu Bozmayı Kabul Ederse Ne Tür Bir Karar Verebilir? 536
144. Yargıtay Ceza Dairesi'nin Kararını Beğenmeyen İlgili Kararın Yerel Mahkemeye Gelmesi Öncesinde Bu Kararı Ortadan Kaldırmak İçin Ne Yapabilir? 539
145. Davanın Süjeleri veya Yargıtay Cumhuriyet Başsavcısı Kanun Yararına Bozma Kanun Yoluna Başvurabilir mi? 542
146. Kanun Yararına Bozma Kanun Yoluna "Hükümlü Aleyhine Olarak" Başvurulabilir mi? 545
147. Yargılamanın Yenilenmesi Başvurusu Nasıl Yapılır? Bu Başvuru Nerede ve Nasıl İncelenecektir? 547
148. Hükümün Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Tarafından AİHS veya Ek Protokollerinin İhlali Suretiyle Verildiğinin Tespiti Yargılamanın Hükümlünün Lehine veya Aleyhine Yenilenmesi Nedeni Olur mu? 551
149. Tüzel Kişilik Sona Ererse, Cumhuriyet Savcılığı veya Mahkeme Ne Kararı Vermelidir? 554

150. Bağlantılı Davalarda Yargılama Giderleri Kimin Tarafından Ödenecektir?	583
151. Cezasının İnfazı Ertelenen veya Hakkındaki Hüküm Kesinleşmeden Ölen Sanık Muhakeme Masrafı Ödemek Zorunda mıdır?	585
152. Beraat Eden veya Cezaya Mahkûm Edilmesine Yer Olmayan Sanık Muhakeme Masrafı Ödemek Zorunda mıdır?	588
153. Adli Tatilde Avukatların Ceza Muhakemesi İşlemlerini Yapmaları Mümkün müdür? Adli Tatile Rastlayan Dönemde Süreler İşler mi?.....	590
154. Bir Suçun Soruşturulması ve Kovuşturulması Sırasında Cumhuriyet Savcısı Hâkim veya Mahkemenin İstedikleri Bilgilerin Verilmesi Zorunluluğu Var mıdır? Bu Bilgiyi Vermemenin Sonuçları Nedir?	592

EK

Tablo

Katalog Suçların Düzenlendiği Koruma Tedbirleri.....	598
Dizin	601

Türkiye Barolar Birliği Yönetim Kurulu'nca benimsenen ve Türkiye Barolar Birliği 27. Genel Kurulu'na sunulan yayın programı çerçevesinde, Türkiye Barolar Birliği Yayın Kurulu'nun planladığı doğrultuda hukuk kitaplarının yayınlanması devam ediyor.

Daha önce yayınladığımız kitaplarda belirtildiği gibi yayım programı büyük ölçüde aksamadan yürütölmüş, kitaplarımız yargı ve bilim çevrelerinde büyük ilgi görmektedir. Uygulayıcılar için rehber niteliğinde olduğu çeşitli vesilelerle ifade edilmekte, harcanan emeklerin hiç de boş olmadığının görülmesinden mutluluk duymaktayız.

Sorularla hukuk dizisinin ilk kitabı olan "*Sorularla Ceza Hukuku*" kitabımızı Eylül 2005 de yayımlarken hemen arkasından "*Sorularla Ceza Muhakemesi*" kitabının geleceğini belirtmiştik. Ancak mevzuatta köklü değişikliklerin yapıldığı bu dönemde özellikle ceza ve ceza muhakemesi hukuku ile ilgili olarak yeni değişikliklerin gündemde bulunması bu alandaki yayınların hızla eskimesi sonucunu doğuracağından ceza muhakemesi kitabının yayımlanması bu nedenle sonraya bırakılmış diziye "*Sorularla İş Hukuku*"(2) ve "*Sorularla Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi*" kitaplarıyla devam edilmiştir. Hükümetçe şu ana kadar Ceza Muhakemesi Kanunu'nda temel bir değişikliğin gündeme getirilmeyeceği anlaşıldığından daha fazla

bekletmeden *“Sorularla Ceza Muhakemesi Hukuku”* kitabımızı yayımlamaktayız.

Bilindiği gibi demokratik bir devlet olmanın ön koşulu hukuk devleti olmaktır. Hukuk devleti, *“adil/düzgün bir yargılama”* da ifadesini bulur. Temel insan hakları belgelerinde *“doğru, düzgün, güvenli bir yargılanma= adil yargılanma”* hakkı olarak ifadesini bulan hak, genelinde insanı korur, özelinde de masum=suçsuz insanı korur. Ceza Muhakemesi Hukuku’nun konusu, iddia=sav,müdafaa=savunma ve hüküm=yargı faaliyetlerinin bir bütünü olarak tanımladığımız *“yargılama”* faaliyetidir. Özellikle *“adil/düzgün yargılama”* dan söz edilebilmesi için iddia ile savunma arasında *“silahların eşitliği”* ilkesinin tam anlamıyla yaşama geçirilmesi gerekmektedir. Adalet ancak bu koşulları yerine getirebilen bir yargılama sonucunda ulaşılabilir. Kaldı ki yargılama faaliyetinde amaç soyut adaletin gerçekleşmesi değildir. Adalet gerçekleşmeli ancak, adalet ulaşırken yapılan yargılama da insan onuruna uygun olmalı, bu faaliyette temel hak ve özgürlükler ihlal edilmemeli, tarafsız ve bağımsız bir yargı gücünün bulunduğu yolunda kamu inancı olmalıdır.

Bu bağlamda son yayımlanan Avukat Güney Dinç’in *“Sorularla Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi”*nden aktaracağımız şu bölümler yargılama faaliyeti hakkında önemli ip uçları vermektedir.

“Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nde yer alan adil yargılanma güvenceleri, Avrupa Konseyi üyesi kırk beş ülkenin yargısal yapılanmalarını ince ipliklerle örülmüş bir ağ gibi sarmaktadır. Her devletin tarihsel gelişiminden kaynaklanan kendine özgü yargı yerleri, doğruluğunu ya da yanlışlığını tartışamayacak kadar alışkanlık içinde uyguladıkları yargılama yöntemleri bulunmaktadır. Avrupa’da, hukuk kurallarını, kurumlarıyla birlikte tümünden yenileyen Türkiye’den başka bir ülke yoktur.”

“AİHS, 6. maddede adları anılan hak ve güvenceler açısından olduğu gibi, genelde de adil yargılanma olgusunu eşitlik ve denge kavramları üzerine oturtmuştur. 1. bentte sözü edilen ‘... kanuni, müstakil ve tarafsız bir mahkeme tarafından... makul bir süre içinde, hakkaniyete uygun ve aleni surette ...’ yargılanmak, uyumsuzluğun tüm yanları için geçerli olan ortak kuraldır. Eşitlik, bu düzenlemelerin doğasında vardır. 3. bentte yer alan kendisine yöneltilen suçlamanın niteliği ve nedeni konusunda en kısa zamanda anladığı dille ayrıntılı biçimde bilgilendirilmek, savunmasını hazırlamak için gerekli zamana ve kolaylıklara sahip olmak, savunman edinmek, eğer akçalı olanakları yeterli gelmiyorsa ücreti kamu eliyle ödenen bir savunmanın yardımından yararlanmak, iddia tanıklarını sorgulamak, kendi tanıklarını da aynı koşullarda mahkemeye getirip dinlenilmesini sağlamak, duruşmada kullanılan dili anlamıyorsa, ücretsiz bir çevirmenin yardımından yararlanmak, yargılanan sanıkların hak ve olanaklarını, onları suçlayan organ veya kişilerle aynı konuma getirip eşitliği gerçekleştirmek için öngörülen yöntemlerdir.”

Bu temel anlayışlardan hareket eden Türkiye Barolar Birliği ve barolar üyeleri ile birlikte yargılama diyalektiğinin duruşma salonuna, dosyalara ve yaşama geçirilmesini birinci görevi kabul etmektedir. Bu nedenle de ceza muhakemesi kanun değişiklik çalışmalarıyla çok yakından ilgilenmektedir. Bu alanda taraf olmamız, kısaca açıkladığımız nedenlerden dolayı tabii karşılanmalıdır.

Ülkemizde Ceza Muhakemesi Kanunu olarak yürürlüğe giren ve ceza yargılamasının temel normlar bütünü oluşturmuş bu düzenleme konusunda yasalaşma sürecinden itibaren üniversitelerimizin ceza ve ceza usul kürsüleriyle yakın temas halinde ve bu bilim adamlarımızla birlikte sempozyum, toplantı ve tartışma biçiminde çok sayıda çalışma gerçekleştirdik, yetkin bilim adamı ve hukukçularımızla birlikte “Türkiye

Barolar Birliği CMUK Tasarısı Komisyonu” ve ilgili çevrelerce tartişılmak üzere Türkiye Barolar Birliği’nin bir önerisi olarak “*Ceza Muhakemeleri Usulü Kanununu tasarı taslağı*” hazırladık ve bu çalışmayı yayımlayarak meslektaşlarımıza ulaştırmaya çalıştık.

Bugün olduğu gibi önümüzdeki günlerde de ceza ve ceza muhakemesi konularında özellikle uygulamadaki yanlışlık ve aksaklıklar nedeniyle yoğun tartişmaların yaşanacağı açıktır. Bu tartişmalar belki mevzuat değişiklik çalışmalarını da beraberinde getirecektir. Ayrıca, 2005 Haziranından itibaren yürürlüğe giren ceza ve ceza muhakemesi kanunlarında yepyeni kurum ve anlayışların bulunması, mesleğe yeni adım atan meslektaşlarımız kadar uzun yıllardır mesleğini sürdüren meslektaşlarımıza da bu değişiklikleri bilme, uygulama ve tartişma konusunda görev yüklemektedir.

Bu bağlamda “*Sorularla Ceza Muhakemesi Hukuku*” kitabının önemli bir boşluğu dolduracağını düşünüyor, kitabı hazırlayan değerli bilim adamı dostlarımız Doç. Dr. Yener nver ve Doç. Dr. Hakan Hakeri ile kitabın yayın hayatına kazandırılmasında emeği geçen başta Türkiye Barolar Birliği Yayın Kurulu olmak üzere kitabın düzenlenmesi ve basımında emekleri geçen Dş Atelyesi ve şen Matbaa çalışanlarına teşekkür ediyor, “*Sorularla Ceza Muhakemesi Hukuku*” kitabını takdirlerinize sunuyorum.

Av. zdemir zok
Türkiye Barolar Birliği Başkanı

ÖNSÖZ

Türkiye Barolar Birliği'nin yayınladığı “Sorularla Hukuk” serisinin ilk kitabı olan “Sorularla Ceza Hukuku” kitabından sonra, bu kez “Sorularla Ceza Muhakemesi Hukuku” kitabını yayınlamış bulunuyoruz.

Bu çalışmada CMK'nın getirdiği yeni hükümler genel olarak ele alınmaya çalışılmış, bazı konularda ise yeni hükümlerin anlamı üzerinde daha ayrıntılı durulmuş ve olması gereken hukuk açısından yer yer eleştirel bir yaklaşım da sergilenmiştir.

Çalışmanın amacı, ceza muhakemesi hukukuna ilişkin bir ders kitabı içeriğini sunmaktan ziyade, meslektaşlarımıza ve öğrencilerimize CMK ile ilgili önemli sorunlarda kısa ve özlü bilgi vermektir. O nedenle kitabın kapsamını genişletmek amacıyla, her konuya ve her bilimsel esere değinmek amacı güdülmemiş, daha çok kendi görüş ve yorumlarımıza yer verilerek, yalnızca bazı önemli hususlarda diğer eserlere atıfta bulunulmuştur.

Serinin geliştirilmesi, yazarların okuyucular tarafından yönlendirilmesiyle sağlanabilecektir. Sonraki baskılarda

yeni kanuna ilişkin Yargıtay içtihatlarının da oluşmasıyla, doktrinimizdeki ve karşılaştırmalı hukuktaki bilgilere daha çok yer verilerek kitabın daha da zenginleştirilmesi mümkün olacaktır.

Bu çalışmamızı, akademik yaşamımızın her anında unutulamaz yardımlarını gördüğümüz ve üzerimizdeki emeğinin bedelini hiçbir zaman ödeyemeyeceğimiz değerli hocamız Prof. Dr. Kayıhan İçel'e şükranlarımızın küçük bir ifadesi olarak armağan ediyoruz.

Serinin gerçekleştirilmesinde büyük özveri gösteren TBB Genel Yayın Yönetmeni sayın Av. Teoman Ergül'e tashihlerinden dolayı Araştırma Görevlisi Murat Aydın'a teşekkür ederiz.

Kitabın okuyuculara yararlı olmasını diliyoruz.

30 Mart 2006

Doç. Dr. Yener Ünver*

Doç. Dr. Hakan Hakeri**

* İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi

** Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi

GİRİŞ

YENİ CEZA MUHALEMESİ KANUNU'NUN HAZIRLANMASI SÜRECİ HAKKINDA KISA BİLGİ

1929 tarihli 1412 sayılı ve Alman Ceza Muhakemesi Kanunu'ndan iktibas suretiyle alınmış bulunan Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu'nda modern gelişmelere, teknolojik ilerlemelere ve insan haklarının geldiği son noktaya uygun bazı değişiklikler zaman içinde yapılmış bulunuyordu. Kanun yürürlükten kaldırıldığı tarihe kadar toplam 27 kez değiştirilmişti.

Ne var ki, "1412 sayılı Kanun'un çok sayıda eksiği olduğu bilinmektedir: Örneğin, koruma tedbirleri çağdaş gelişmeleri izleyememiş; iletişimin dinlenmesi ve tespiti, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nce saptanan koşullara uyulması sağlanamamış; tanık dinlenmesi ve güvencesine, bilirkişiliğe, kamu davasının açılmasında maksada uygunluk sistemine bir ölçüde yer verilmesini zorunlu kılan hâller karşılanamamış; beden muayenesi ve moleküler genetik inceleme hususundaki hükümlere, tanığın ve hatta hâkimin korunmasına ilişkin esaslara ve her şeyden önemlisi davanın bir duruşmada bitirilmesini sağlayacak hüküm ve tedbirlere, kaçakların yargılanmasına ilişkin yeni hükümlere, uzlaşma usulünün uygulanmasına yer verilmemiştir" (Adalet Komisyonu Raporu).

İşte kanunun bütünüyle reforma tabi tutulması gereği karşısında merhum hocamız Ord. Prof. Dr. Sulhi Dönmezer

başkanlığında akademisyenler, hâkimler, avukatlar ve Adalet Bakanlığı mensuplarından oluşturulan bir komisyon kurulmuştur. Bu komisyon 1999 yılında Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu Ön Tasarısı'nı hazırlayarak, tıpkı ceza hukuku mevzuatına ilişkin diğer birkaç kod tasarısı gibi Adalet Bakanlığı'na sunmuş, 2001 yılında meclise sevk edilen tasarı, yapılan genel seçimler sonrasında, 3.12.2003 tarihinde Türkiye Büyük Millet Meclisi Başkanlığı'na arzı kararlaştırılmış ve böylece tekrar tasarı halini almış bulunan bu metin, 7.3.2003 tarihinde TBMM Başkanlığı'na gönderilmiştir.

Tasarı üzerinde, 5 Ekim 2004 tarihinde toplanan akademisyenler ile Yargıtay üyeleri ve Adalet Bakanlığı mensuplarından oluşan ve Prof. Dr. Erdener Yurtcan ile Prof. Dr. Bahri Öztürk başkanlığındaki Bakanlık Komisyonu çalışmalar yapmış, özellikle o tarihte yasalaşmış bulunan yeni Türk Ceza Kanunu ile uyum sağlanmaya çalışılmıştır. Ancak gerek bu komisyon ve gerekse 24 Kasım 2004 tarihinde toplanan TBMM Adalet Komisyonu, bu tasarı üzerinde 60 civarında önemli değişiklikler yapmıştır. Burada özellikle belirtmek istediğimiz husus, 11 Eylül sonrası örnek alınan birçok ülkedeki hak ve özgürlükleri kısıtlayıcı eğilimin, bu Kanun'un hazırlanmasında etkili olmadığı, aksine Avrupa Birliği ülkelerinden daha özgürlükçü adımlar atıldığı birkaç alan dahi var olmuştur. Nitekim Adalet Komisyonu raporunda bu husus şöylece ifade edilmektedir: *“Komisyonumuz, 21. yüzyılın sembolü haline gelen insan haklarını ve temel hak ve özgürlükler ile Ceza Muhakemesi Kanunu'nun evrensel ilkelerini çalışmalarında daima göz önünde bulundurmıştır”*. Böylece ortaya çıkan metin 335 madde olarak kabul edilip, 4.12.2004 tarihinde 5271 sayılı Kanun olarak kanunlaşmıştır.

Hemen belirtmek gerekir ki, ismi Ceza Muhakemesi Kanunu olarak değiştirilen bu Kanun'da, 2001 Tasarısı'ndan farklı

olarak önceki Kanun'un ana yapısında büyük değişikliklerin yapılmadığını görmekteyiz. Hâlbuki Türk Ceza Kanunu alt komisyonda çok temel değişikliklere uğramış bulunmaktadır. Ceza Muhakemesi Kanunu'nda ise esas itibarıyla, tasarı muhafaza edilmiş, ancak bazı değişikliklerin yanı sıra, yeni bazı kurum ve kavramlara yer verilmiştir. Ancak Türk Ceza Kanunu'ndaki gibi radikal adımların sayısı çok az olmakla birlikte, yer yer CMK ile TCK arasında uyumsuzluklar ortaya çıkmıştır.

5271 sayılı Kanun 2001 Tasarısı'ndan farklı olduğundan, yeni maddelere gerekçe hazırlanması zorunluluğu doğmuş, ancak anlaşılabilir ve mantıklı bir açıklamadan yoksun biçimde Kanunu adeta tartışmaya açmaktan kaçınmak için uydurulmuş bir zaman sıkıntısı bahanesi dolayısıyla yeni gerekçe yazılamamış, 2001 Tasarısı'nın gerekçesi aynen alınmıştır. Bu bakımdan 2004 Kanunu maalesef eksik kalmıştır. Bu nedenle CMK'nın gerçekte bir gerekçesinin bulunduğu söylenemez ve bu çok önemli bir hata ve eksikliklerdir.

TCK'ya nazaran az sayıda değişiklik içermekle birlikte, CMK da birçok önemli hata ve eksikliği içeren bir düzenlemedir. Nitekim, bu arada 23.3.2005 tarih ve 5320 sayılı "*Ceza Muhakemesi Kanunununun Yürürlük ve Uygulama Şekli Hakkında Kanun*" çıkarılmış ve bu Kanun'da da 11.5.2005 tarih ve 5347 sayılı Kanun'la değişiklik yapılmıştır.

Ceza Muhakemesi Kanunu ise 25.5.2005 tarih ve 5353 sayılı Kanun ile ilk değişikliğe uğramıştır ve ayrıca 5320 sayılı Yürürlük Kanunu'yla ise CMK'da sonradan bir kez daha bazı değişiklikler yapılmıştır. Halen CMK'nın birçok hükmünün değiştirilmesine yönelik çalışmalar devam etmektedir.

SORULAR

MUHAKEMENİN YÜRÜYÜŞÜNE İLİŞKİN İNSAN HAKLARI NELERDİR?

1

Muhakemenin yürüyüşüne ilişkin insan hakları özet biçimde ve önemlileri işaretle şöyle sıralanabilir.

1. Adil yargılanma hakkı.¹
2. Hak arama hakkı.
3. İsnadı ve haklarını öğrenme hakkı.
4. Muhakemenin sonuna kadar suçsuz sayılma hakkı (masumluk karinesi)
5. Kendini veya yakınlarını suçlamaya zorlanmama hakkı (Nemo Tenetur İlkesi).
6. Başkasının fiilinden dolayı yargılanmama hakkı (ceza sorumluluğunun şahsiliği).
7. Kanundaki fiilden başkasından dolayı yargılanmama hakkı (kanunilik ilkesi).
8. Savunma hakkı.

¹ Ayrıntılı bilgi için bkz., *Adil Yargılanma Hakkı ve Ceza Hukuku., Karşılaştırmalı Güncel Ceza Hukuku Serisi, C. 3, Ankara 2004.*

1

9. Kanuni hâkim tarafından yargılanma hakkı.²
10. Tercümandan yararlanma hakkı.
11. Makul süre içinde yargılama hakkı.
12. Sağlıklı bir ortamda yargılama hakkı.
13. Denetim muhakemesine başvurma hakkı.
14. Temel hak ve hürriyetlerin korunması hakkı.³
15. Şüpheden (sanık olarak) yararlanma hakkı.

² Bkz., Beulke, Wernèr, *Muhakeme İlkeleri.*, (Çev.: Sevim Ordueri), *Adil Yargılanma Hakkı ve Ceza Hukuku.*, Karşılaştırmalı Güncel Ceza Hukuku Serisi., C. 3, Ankara 2004, s. 454-455.

³ Öztürk, Bahri - Erdem, Mustafa Ruhan, *Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku*, 9. B., Ankara 2006, s. 187 vd.

**YENİ CEZA MUHAKEMESİ KANUNU'NDA
YER ALMAYAN KURUM VE KAVRAMLAR
HANGİLERİDİR?**

2

1412 sayılı CMUK' da yer alan seksen beş civarında madde yeni Ceza Muhakemesi Kanunu'na alınmamıştır.⁴ Bunlardan bazılarına aşağıda temas edeceğiz:

I. ŞAHSİ DAVA

Bireylerin kendilerinin açıp yürütecekleri bir dava yerine, bütün davaların kamu tarafından açılarak yürütülmesi esası benimsendiğinden, şahsi dava kaldırılmış bulunmaktadır.

Yeni kanunumuzdaki uzlaşmaya ilişkin düzenlemelerin, şahsi davanın kaldırılmasından kaynaklanacak boşluğu dolduracak nitelikte olduğu ifade edilmektedir.⁵ Ayrıca belirtmek gerekir ki, şikâyetçi ve mağdura tanınan birçok hak dolayısıyla, suçtan zarar görenin konumunda şahsi davanın

⁴ Bu hususta karşı., Yıldız, Ali Kemal, "Avrupa Ceza Muhakemesi Hukukundaki Güncel Gelişmeler ve CMUK 2000 Tasarısı", *Baro Gündeni*, İstanbul Eylül 2000, S. 23, s. 17-19.

⁵ Şahin, Cumhuriyet, "Ceza Muhakemesi Kanunu Hakkında Değerlendirme", *Türk Hukuk*, Haziran 2005, s. 3.

2

kaldırılması sebebiyle çok radikal bir gerileme söz konusu olmamıştır. Ancak yine de bir zayıflama ve boşluk doğduğu söylenebilir.

23.3.2005 tarih ve 5320 sayılı Ceza Muhakemesi Kanununun Yürürlük ve Uygulama Şekli Hakkında Kanun'un 9. maddesine göre,

“(1) Özel kanunlarda öngörülen şahsî davalar kamu davasına dönüşür.

(2) Hâlen şahsî dava usulüne göre yürütülen davalar da kamu davası olarak sürdürülür.

(3) Şahsî davacılar, katılan sıfatını alırlar.

(4) Bu davalar hakkında, 26.9.2004 tarihli ve 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu ile Ceza Muhakemesi Kanunu'nun uzlaşmaya ilişkin hükümleri uygulanır”.

II. ŞAHSİ HAK DAVASI

Şahsi hak davalarının uygulamada da çoğunlukla hukuk mahkemelerinde açılmalarının öngörülmesi dolayısıyla kaldırılması uygun görülmüştür.

23.3.2005 tarih ve 5320 sayılı Ceza Muhakemesi Kanununun Yürürlük ve Uygulama Şekli Hakkında Kanun'a eklenen geçici 1. maddeye göre,

“Bu kanunun yürürlüğe girdiği tarihten önce ceza mahkemelerinde açılmış bulunan davalardaki şahsi hak talepleri, görevsizlik kararı verilmeyerek bu mahkemelerce sonuçlandırılır”.

Bu kurum kısmen de olsa uygulamada önemli bir fonksiyon görmekte, hem zaman ve ekonomik açıdan hem delil

ve ispat açısından daha yararlı bir olanak sunmaktaydı. Kaldırılmasaydı dahi yerinde olurdu.

III. YASAK HAKLARIN İADESİ

Türk Ceza Kanunu'nda müebbeten yasak haklar öngörülmendiğinden “*yasak hakların iadesi*” kurumuna da gerek kalmamıştır.

IV. CEZA KARARNAMESİ

Ceza Muhakemesi Kanunu ceza kararnamesine yer vermemiştir. 23.3.2005 tarih ve 5320 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nun Yürürlük ve Uygulama Şekli Hakkında Kanun'un 10. maddesine göre, “*Ceza Muhakemesi Kanunu'nun yürürlüğe girdiği tarihten önce verilip henüz kesinleşmemiş ceza kararnamesi ile sonuçlandırılan dava dosyaları, mahkemesince re'sen ele alınarak duruşmalı yargılama yapılır*”.

Tasarıda, ceza kararnamesini karşılayacak kurumlar olarak kamu davasının açılmasının ertelenmesi ile hükmün açıklanmasının geri bırakılması kurumları düşünülmüştü. Ancak bu kurumlar üzerinde siyasi tartışmalar neticesinde bir uzlaşma sağlanamaması sonucu kanuna alınmaması dolayısıyla, kanunda bir eksiklik oluşmuştur.⁶

Çocuk Koruma Kanunu açısından giderilen bu eksikliğin, özellikle ve acilen CMK açısından da giderilmesi gerekmektedir.

V. ACELE İTİRAZ

Kanunumuz itirazı adi-acele itiraz olarak ayırmamış, tek bir itiraz şekli kabul etmiştir. 23.3.2005 tarih ve 5320 sayılı

⁶ Bkz., Şahin, 3.

Ceza Muhakemesi Kanununun Yürürlük ve Uygulama Şekli Hakkında Kanun'un 7. maddesine göre,

(1) Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu gereğince süre konulmamış adi itiraza tâbi kararlara karşı Ceza Muhakemesi Kanunu'nun yürürlüğe girdiği tarihten itibaren yedi gün içinde itiraz yoluna başvurulabilir.

(2) Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu ve diğer kanunlarda yer alan acele itirazlar hakkında Ceza Muhakemesi Kanunu'nun itiraza ilişkin hükümleri uygulanır.

VI. KEFALETLE SALIVERME

1412 sayılı CMUK'daki kefaletle salıverme müessesesi adli kontrol çerçevesinde ele alındığından, ayrıca düzenlenmemiştir.

1412 sayılı Kanun'da kefaletle salıverme *"tutuklama kararı verildikten sonra ve bu kararın askıya alınması biçiminde ortaya çıkmakta iken, yeni düzenlemede, bu tedbir tutuklamaya bir seçenek olarak öngörülmektedir"*.⁷ Kurum CMK 109-115'de adli kontrol kurumunun içinde bir yükümlülük tarzında düzenlenmiştir.

VII. KURAL OLARAK GIYABI TUTUKLAMA

Kanunumuz giyabi tutuklamayı sadece yabancı ülkede bulunan kaçak bakımından kabul etmiştir. CMK 248/5 gereğince *"kaçak hakkında 100. ve sonraki maddeler gereğince, sulh ceza hâkimi veya mahkeme tarafından yokluğunda tutuklama kararı verilebilir"*. Ancak 23.3.2005 tarih ve 5320 sayılı Ceza Muha-

⁷ Bkz., Şahin, 6.

kemesi Kanununun Yürürlük ve Uygulama Şekli Hakkında Kanun'un 5/2. maddesine göre, *"Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 248. maddesinin beşinci fıkrası hükmü, sadece yabancı ülkede bulunan kaçaklar hakkında uygulanır"*. Böylece bu iki madde beraber değerlendirildiğinde, kanunun deyimiyile yoklukta tutuklanmanın ancak yabancı ülkede bulunan kaçaklar hakkında uygulanacağı anlaşılmaktadır. CMK Yürürlük Kanunu'nun 5/1. maddesine göre de, *"Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu yürürlükte iken verilmiş gıyabî tutuklama kararları, Ceza Muhakemesi Kanunu'nun yürürlüğe girmesiyle, 248. maddesinin yabancı ülkede bulunan kaçaklarla ilgili beşinci fıkrası hükmü ayrık olmak üzere, yakalama emri niteliğine dönüşür"*.

Ancak belirtelim ki, gıyabi tutuklamada belirtilen değişiklik çok yanıltıcı olup, özellikle 2005/5353 tarih ve sayılı kanun değişikliği ile birlikte, aynı nitelikte ve fakat daha az güvenceli, sakıncalı bir kurum olarak CMK m. 98'de *"yakalama emri"* düzenlenmiştir. Hem basit bir terim değişikliği hem de gıyabi tutuklamadan daha sakıncalı bir kurum ihdas edilmiştir ki bu gereksizdi.

VIII. KARAR DÜZELTME

Karar düzeltme kurumu 2001 Tasarısı'nda bulunmaktaydı. Fakat bu kurum bilim komisyonundaki çalışmalarda metinden çıkarılmıştır. Ancak bu kurumun kaldırılmasının gerekçesi açıklanmış değildir. Kanımızca istinaf kurumunun kabul edilmiş olması ve uygulamada nadiren kabul edilmesi bunda etken olabilir. Çünkü CMK'dan farklı olarak, (yine makul ve mantıklı bir gerekçe göstermeden) HUMK'daki karar düzeltme de kaldırılmıştır. Ancak CMK'dan farklı olarak HUMK'daki bu kurumun özel hukuk açısından istinaf kanun yolu yürürlüğe girinceye kadar uygulamaya devamı karar-

2

laştırılmıştır. CMK'dan bu kurum çıkarılmak ve HUMK'daki tutum kabul edilememekle birlikte, haken bazı mahkemeler uygulamaya devam ediyorlar.

Bununla beraber, Türkiye Barolar Birliği CMUK Tasarısı Komisyonu tarafından hazırlanan tasarı taslağında karar düzeltme kanun yolunun kanundan çıkarılması önerilmiş ve bunun gerekçesi olarak da şunlar ileri sürülmüştü:⁸

"1. Olağanüstü kanun yollarından biri olan bu kanun yoluna batı ülkeleri mevzuatında genellikle yer verilmemektedir;

2. Esasen AİHM kararlarında da bireysel başvuru hakkının kullanılması için iç hukuk yollarının tüketilmesi kapsamında dikkate alınmadığından bu kurumun muhafaza edilmesinde bir yarar bulunmamaktadır;

3. Tasarıda yeni bir kanun yolu olarak istinafa yer verildiğinden, bölge adliye mahkemesince, ilk derece mahkemesinin kararı, usul ve esasan, yeniden inceleneceği için karar düzeltme yolu gereksiz kalmaktadır. Ayrıca bu tasarıda, bir içtihat mahkemesi niteliği kazanan Yargıtay'ın, hukuki inceleme mahkemesi olarak konuyu bir kez daha ele alma ihtimali bulunan hallerde, karar düzeltme yolunun gereksizliği daha da açıklık kazanmaktadır. Bu nedenle, halen çok sık başvurulan ve sonuç alınması güç olan böyle bir yolun kaldırılması, Bölge Adliye Mahkemeleri ile Yargıtay'ın iş yükünü önemli ölçüde azaltacaktır".

IX. CEZALARIN İNFAZINA İLİŞKİN HÜKÜMLER

Türk Ceza Kanunu, Ceza Muhakemesi Kanunu ile Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanun'da başka

⁸ Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu Tasarı Taslağı, Türkiye Barolar Birliği Yayını, Ankara 2004, 4, 5.

konulara ilişkin hükümlerin bulunmaması gerektiği yönünde haklı bir düşüncenin sonucu olarak, cezaların infazına ilişkin hükümlere Ceza Muhakemesi Kanunu'nda yer verilmemiştir.

Ancak belirtelim ki, cezalar konusunda durum bu olamkla birlikte, yargılama giderlerinin ve infazının bundan farklı nite-likte bir kurum olduğu ve CMK m. 324-330' da ayrıntılı olarak düzenlenip, buna ilişkin kararın nasıl yerine getirileceğinin de gösterildiği göz ardı edilmemelidir.

X. YÜRÜRLÜK KANUNU İLE KALDIRILAN KANUNLAR

a. 4.4.1929 tarihli ve 1412 sayılı Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu,

b. 8.6.1936 tarihli ve 3005 sayılı Meşhud Suçların Muha-keme Usulü Kanunu,

c. 7.5.1964 tarihli ve 466 sayılı Kanun Dışı Yakalanan veya Tutuklanan Kimselere Tazminat Verilmesi Hakkında Kanun,

d. 30.7.1999 tarihli ve 4422 sayılı Çıkar Amaçlı Suç Örgüt-leriyle Mücadele Kanunu,

bütün ek ve değişiklikleriyle birlikte yürürlükten kaldırılmıştır (5320 s. CMK Yürürlük Kanunu m. 18).

CEZA MUHALEMESİ KANUNU'NDA HERHANGİ BİR SUÇ VEYA CEZA ÖNGÖREN HÜKÜM BULUNMAKTA MIDIR?

Ceza Muhakemesi Kanunu'nda, ceza hukuku anlamında herhangi bir suç ve cezaya yer verilmesi uygun bulunmadığından, 1412 sayılı Kanun ve tasarının aksine para cezası öngören hükümler kaldırılmıştır (Adalet Komisyonu Raporu). Böylece örneğin *"hâkimin reddi istemine esas olan nedenlerin geçerli olmasından dolayı istemin reddine karar veren merciin para cezasına hükmetmesi"* veya *"usulüne uygun olarak çağrılıp da mazeretini bildirmeksizin gelmeyen tanıkların hafif para cezasına mahkûm edilmesi"* olanağı kaldırılmıştır.

Ancak, disiplin hapsi öngören hükümler muhafaza edilmiştir. Disiplin hapsinin tanımı CMK 2/1-1'de yapılmıştır: *"Kısmî bir düzeni korumak amacıyla yaptırım altına alınmış olan fiil dolayısıyla verilen, seçenek yaptırımlara çevrilemeyen, ön ödeme uygulanamayan, tekrîre esas olmayan, şartla salıverilme hükümleri uygulanamayan, ertelenemeyen ve adli sicil kayıtlarına geçirilmeyen hapis"*. Kanunumuzda disiplin hapsine üç hükümde yer verildiği görülmektedir. Bunlar tanıklık ve yeminden sebepsiz çekinme (CMK m. 60), ispat aracı olarak yararlı görülen veya eşya ya da kazanç müsaderesinin konusunu oluşturan malvarlığı değerlerini yanında bulundurup da istem halinde teslim

etmeyen kişi hakkında uygulanacak disiplin hapsi (CMK 124/2) ve duruşma düzenini bozan kişinin salondan çıkarılmasının emredildiği hallerde, kişinin buna direnç göstermesi, karışıklıklara neden olması durumunda da bu kimse hakkında dört güne kadar disiplin hapsi uygulanabilir (CMK m. 203/3).

SORUŞTURMA VE KOVUŞTURMA ARASINDAKİ FARK NEDİR?

Kanunumuz hazırlık soruşturması ve son soruşturma kavramlarını terk etmiş bulunmaktadır. Hazırlık soruşturmasına karşılık olmak üzere soruşturma, son soruşturmaya karşılık olmak üzere kovuşturma kavramları tercih edilmiştir. Bu tercih esasen 2001 Tasarısı'nın tercihidir. Buna uygun olarak da Türk Ceza Kanunu da soruşturma ve kovuşturma kavramlarını kullanmıştır (bkz., örneğın, TCK m. 14, 67, 102, 131, 168, 248, 267/1, 268, 279, 285/4, 286). Böylece Türk Ceza Kanunu'ndan sonra çıkarılan Ceza Muhakemesi Kanunu'nda da bu kavramların kullanılması artık bir zorunluluk olmuştur.

Soruşturma ve kovuşturma terimleri kanunumuzun "*tanımlar*" başlığını taşıyan 2. maddesinde tanımlanmıştır. Buna göre soruşturma, "*kanuna göre yetkili mercilerce suç őüphesinin öğrenilmesinden iddianamenin kabulüne kadar geçen evreyi*"; kovuşturma ise "*iddianamenin kabulü ile başlayıp, hükmün kesinleşmesine kadar geçen evreyi*" ifade etmektedir. Böylece soruşturma davanın hazırlanmasına ilişkin evreyi anlatmaktadır.

2001 Tasarısı'nda soruşturmanın "*suçun işlenmesiyle*" başlayacağı hükme bağlanmıştı. Kanunumuz ise soruşturmanın suçun işlenmesi değil, yetkili mercilerce suç őüphesinin öğre-

nilmesinden itibaren başlayacağını kabul etmiş bulunmaktadır. Çünkü soruşturma evresinde *“henüz bir suçun işlendiğinden değil, ancak bir suç iddiasının varlığından söz edilebilir. Aksi takdirde, suçun işlendiğinden bahsedildiği yerde; örneğin, şüpheli, sanık, soruşturma, kovuşturma gibi muhakeme hukuku kişi ve kurumlarının, suçlu sayılmama karinesi gibi ilkelerin yeri olamazdı”* (Adalet Komisyonu Raporu).

İkinci olarak 2001 Tasarısı soruşturmayı, iddianamenin mahkemeye verilmesine kadarki evre; buna karşılık kovuşturmayı da iddianamenin kabulünden sonra başlayan evre olarak tanımlamıştı. Buradaki boşluk, iddianamenin mahkemeye verilmesinden, iddianamenin kabulüne kadar geçecek olan evrenin hangi aşama olarak değerlendirileceği yönünde bir hükmün bulunmamasıydı. 2004 Kanunu bu sorunu çözümlenerek, aradaki boşluğu kaldırmış bulunmaktadır. Böylece soruşturma evresi iddianamenin mahkemeye verilmesiyle değil, daha ileri bir aşamada, yani ancak iddianamenin kabulüyle birlikte başlayacaktır.

2001 Tasarısı üzerinde en çok değişikliğin yapıldığı kısım, soruşturma evresine ilişkin hükümlerdir. Buna karşılık kovuşturma evresine ilişkin hükümlerde bu kadar esaslı değişiklik yapılmamıştır.

Şüpheli ve sanık tanımları da, soruşturma ve kovuşturma evresi göz önünde bulundurularak yapılmıştır (CMK 2/1, a ve b). Sanıklık hükmü kesinleşinceye kadar devam edeceğinden, kanun yolu safhasında da sanıklığın da devam edeceği anlaşılmaktadır. Karar onanınca sanıklık sona erecek ve hükümlülük başlayacak, karar bozulduğu takdirde sanıklık devam edecektir.

4

Ancak gerek kovuşturma evresinde soruşturma işlemlerinin var ve yapılıyor olması, gerek kamu davası açılmadan önceki işlemlerle (örneğin gözaltı, tutuklama, sorgu vs. ile) şüphelinin dava açılmadan önce sanık statüsüne girmesinin yabancı ülkelerin hukuku ve AİHM kararları gereği kabulü ve buna ilişkin hukuki sonuçların doğması gereği CMK'daki soruşturma, kovuşturma, şüpheli ve sanık kurumlarının, hatalı olduğunu göstermektedir.

**GÖREVSİZLİK KARARI VERECEK MAHKEME
BU KARARINI İDDİANAMENİN KABULÜ
KARARINDAN ÖNCE Mİ SONRA MI VEREBİLİR?**

5

Mahkemelerin görevleri, daha doğru bir ifadeyle görev itibariyle yetkileri kamu düzeninden olup ancak kanunla düzenlenebilirler. Bu nedenledir ki gerek ana kurallar (örneğin 26.09.2004 tarih ve 5235 sayılı Kanun m. 10-14) gerek istisnalar ve görev uyuşmazlıklarına ilişkin hükümler (örneğin CMK m. 3-11) ayrıntılı olarak kanunda düzenlenir. Kanun koyucu görev kurallarının işlevi ve sağlamayı amaçladıkları güvencenin olması gerektiği gibi etki gösterebilmesi için, mahkemelerin görevsizlik kararı verme usulünü ve zamanını ayrıntılı olarak düzenlemiştir. Kural görevsizlik kararının kovuşturma evresinin her aşamasında verilebilmesidir. Bu konuda uyuşmazlık çıktığında görevli olan mahkemeyi ortak yüksek görevli mahkeme belirleyecektir (CMK m. 4/1-2). Bu nedenledir ki, görev kurallarına aykırılık olup olmadığının incelenmesi talebe bağlı olmayıp mahkemeler kovuşturma evresinin her aşamasında bu hususta karar verebilecekler ve CMK m. 6'da gösterilen ve esasta sanık açısından güvenceli olan durum hariç, görevsizlik kararları her zaman verilebilecektir (bkz., CMK m. 4/1 ve m. 6).

Buradaki sorun, görevsiz olduğunu iddianame kendisine sunulduğunda öğrenen mahkemenin görevsizlik kararını

5

vererek dava dosyasını görevli olarak gördüğü mahkemeye iddianameyi değerlendirmeden önce mi yoksa iddianamenin kabulü kararı verdikten sonra mı vereceğidir. CMK m. 5'e göre, "iddianamenin kabulünden sonra; işin, davayı gören mahkemenin görevini aştığı veya dışında kaldığı anlaşılırsa, mahkeme bir kararla işi görevli mahkemeye" gönderecektir. Bu hükmün lafzı dikkate alınır, görevsizlik kararı verecek mahkemenin kendisinin görevsizliğini iddianamenin kabulünden sonra görmesi, fark etmesi durumunda, işi vereceği görevsizlik kararı ile görevli mahkemeye gönderecektir. Bu olasılıkta, zaten aşama olarak kovuşturma evresine geçilmiş ve iddianame kabul edilmiştir. Bundan sonra görevsizliğin ne zaman fark edildiğine bakılacaktır; ya duruşma hazırlığı veya duruşma evresinde bu görevsizlik değerlendirilmesi yapılarak dosya ilgili mahkemeye görevsizlik kararı ile gönderilecektir veya bu görev kuralına aykırılık kanun yolu incelemesini yapan merci tarafından saptanarak (hatta bizatihi bu dahi mutlak hukuka aykırılık nedeni olup hem temyizde hem de istinafta dikkate alınacaktır) karar bozulduktan sonra görevli mahkemeye gönderilecek veya bu aşamada fark edilmez ve fakat hüküm farklı bir nedenden dolayı bozulup aynı mahkemeye gönderildiğinde o mahkeme tarafından fark edilerek verilecek görevsizlik kararı ile görevli mahkemeye yeni açılan kovuşturma evresinde gönderilecektir.

Buna karşılık, iddianame kendisine sunulan mahkeme için kendi görevine girmediğini iddianameyi incelerken görebilir ve iddianame ise CMK m. 170/3 gereğince "görevli mahkemeye hitaben" düzenlenmiştir. Mahkeme burada iddianameyi ret mi etmeli, yoksa iddianameyi kabul edip ondan sonra mı görevsizlik kararı vermelidir? Belirtmemiz gerekir ki, her ne kadar iddianamede "görevli mahkeme"nin neresi olduğu belirtilecek ve bu belirtilen mahkemeye iddianame verilecek (CMK m.

170/3) ise de, görev kurallarına aykırılık dolayısıyla iddianamenin reddi diye bir husus iddianamenin iadesi kurumunu düzenleyen CMK m. 174'de düzenlenmemiştir. Her ne kadar CMK'nın 174/1-a maddesinde CMK 170. maddeye aykırı olarak düzenlenen iddianamenin reddedileceği belirtilmiş ise de, sorunun çözümü açısından bu hüküm yetersizdir. Çünkü CMK m. 170'in bir gereği olarak "*görevli mahkemeye hitaben*" düzenlenmiş bir iddianamenin varlığına rağmen, o düzenlemedeki görevli olarak belirtilen ve/veya iddianamenin verildiği mahkeme, iddianameyi inceleyecek mahkeme tarafından görevli mahkeme olarak kabul edilmeyebilir. O halde sorunun çözümünde iki olasılığı göz önünde tutmak gerekir:

İlk olasılık, iddianameyi inceleyen mahkemenin, 'mahkemenin görevsizliği' saptaması yanında başka bir (veya birkaç) iddianamenin iadesi nedenini daha saptaması halidir. Bu durumda mahkeme CMK m. 174 gereğince diğer iade nedenine dayalı olarak iddianameyi iade ederken iade kararında görevsizlik konusunu da Cumhuriyet Savcılığı'na bildirecektir. Eğer CMK m. 174/1'de belirtilen ve iddianamenin incelenmesi için verilen 15 günlük sürede bir karar verilmez ise, 15 gün sonra dava açılmış sayılacak ve bu takdirde görevsizlik kararı verecek mahkeme CMK m. 5'i dikkate alarak görevsizlik kararı verip dosyayı görevli olduğunu düşündüğü mahkemeye gönderecektir: Bu durumda mahkemeyi sınırlayacak tek istisna, CMK m. 6'daki görevsizlik kararı verme yasağıdır.

İkinci olasılık ise, iddianameyi inceleyen mahkemenin başkaca hiçbir iade nedeni saptayamayıp, sadece kendisinin görevsiz olduğunu düşünmesi ihtimalidir. Bu olasılığa ilişkin özel bir hüküm, yukarıda değindiğimiz ve sorunu kısmen çözebilecek CMK m. 174/1-a dışında, CMK'da bulunmamaktadır. Kanımızca iddianamenin kabulü kararı veya değerlendirmek için

5

mahkemeye tanınan on beş günlük süre geçtiği için davanın açılmış sayıldığı andan önceki bir zaman diliminde o mahkemenin iddianameyi iade etmek dışında o iddianame, içeriğindeki eylemler ve diğer hususlarda bir yetkisi doğmamaktadır. Bu nedenle, bu son olasılıkta mahkeme başka bir iade nedeni olmadığı için iddianamenin kabulüne karar vermeli ve daha sora ise o dava açısından görevsizlik kararı vererek, işi bir iddia makamı olan Cumhuriyet Savcılığı'na değil, asıl görevli saydığı mahkemeye göndermelidir. Çünkü görev kuralını incelemek, usulü bir inceleme olsa dahi, ancak bir mahkemenin verebileceği bir karar olup, mahkeme iddianamenin kabulü kararıyla veya davanın açılmış sayıldığı (iddianamenin incelenmesi için verilen on beş günlük sürenin dolduğu) anda bir mahkeme olarak görev ve yetki kazanır. Mahkeme iddianamenin kabulü kararını on beş gün içinde vermez ve dava açılmış sayılırsa, bu takdirde, birden fazla iade nedeninin bulunmasıyla başka hiçbir nedenin bulunmaması ve sadece görevsizlik saptamasının bulunması fark etmeyecek ve mahkeme bu kanıya vardığı her an görevsizlik kararı verebilecektir.

Önerdiğimiz çözüm, kanun koyucunun kanun yolunun belirlenmesinde yanılma haline ilişkin hükümde açıkladığı iradesine de uygundur. Bilindiği üzere CMK m. 264/1-2 bu tür bir yanılma halinde başvurunun derhal görevli ve yetkili mercie gönderilmesini gerekli kılmakla birlikte, bunun için *"kabul edilebilir bir başvuru"* nun bulunmasını aramaktadır. Bu *"kabul edilebilirlik"* değerlendirmesini ise, görev konusunda, yetki ve görev kazanmış bir mahkemenin yapabileceği düşüncesindeyiz. Bu hem daha sağlıklı bir değerlendirme yapılmasını sağlayacak hem de kanun yolunda ilgili başvurana ve görev konusunda ise iş daha bir mahkeme önüne gelmeden bir mahkemenin karar ve yetkisini tanımak gibi bir hatalı uygulama yanında sırf bu nedenle iddianame Cumhuriyet Savcısı'na iade

edilerek hem iş uzatılacak hem yetkili ve görevli olmayan bir merciinin ceza muhakemesi işlemi yapmasına olanak tanınacak ve belki de Cumhuriyet Savcılığı'nın görevli mahkemeyi saptama hususunda yapabileceği hatalı bir değerlendirmeyle iş daha da uzatılacaktır. En makulü, normlar arası çatışmaya yol açmadan bir mahkemenin ancak görev ve yetki kazanıp üzerinde tasarrufta bulunabileceği biçimde iş yargı organı önüne geldiğinde, bu kararın verilmesini kabul etmektir.

Buna karşılık, her iki olasılık açısından tek bir istisna mevcuttur. *"İddianamenin kabulünden sonra, yargılamanın alt dereceli bir mahkemeye ait olduğu gerekçesiyle görevsizlik kararı verilemez."* (CMK m. 6). Bu durumda, artık sorunun cevabı açısından görevsizlik kararının iddianamenin kabulünden önce mi yoksa sonra mı verileceğinin bir önemi bulunmamaktadır. Çünkü bu durumda mahkemenin görevsizlik kararı vermesi yasaklanmıştır. Mahkeme görevsiz de olsa, kanun koyucu sanık lehine davranarak daha güvenceli olduğu işin üst dereceli mahkemede sonuçlandırılmasını ve bu andan sonra görevsizlik kararı verilerek işin daha alt yetkili bir mahkemeye gönderilmemesini amaçlamıştır. Şüphesiz bu hüküm, iddianame kabul edildikten sonra, kendisinin görevsiz olduğunu gören alt yetkili mahkemenin görevsizlik kararı vererek işi üst yetkili mahkemeye göndermesi açısından bir yasak getirmemektedir. Bu alt yetkili mahkeme, yukarıda belirttiğimiz çerçevede kovuşturmanın her aşamasında görevsizlik kararı vererek işi görevli üst yetkili mahkemeye gönderebilecektir; görev açıdan yetkinin niteliği gereği göndermesi gerekmektedir.

GÖREVLİ OLMAYAN HÂKİM VEYA MAHKEMECE YAPILAN İŞLEMLER GEÇERLİ OLACAK MIDIR?

Görev bakımından yetkisiz hâkimin yaptığı işlemlerin akıbetinin ne olacağına ilişkin olarak gerek 1412 sayılı CMUK' da ve gerekse 2001 Tasarısı'nda herhangi bir düzenleme bulunmamaktaydı. Konu öğretide tartışılmakta ve bu hâkim tarafından yapılan işlemlerin geçerli sayılması gerektiği savunulduğu gibi, yoklukla sakat sayılması da önerilmekteydi.⁹

2004 Kanunu'nun 7. maddesinde ilk defa bu kanun ile getirilen bir hüküm sevk edilmiştir: *"Yenilenmesi mümkün olmayanlar dışında, görevli olmayan hâkim veya mahkemece yapılan işlemler hükümsüzdür"*. Adalet Komisyonu raporunda *"görevli olmayan hâkim veya mahkemenin işlemlerinin akıbetinin doktrin ve uygulamada tartışmaya yol açmasının önüne geçmek amacıyla tasarıya yeni bir yedinci madde eklenmiştir"* denilmektedir.

⁹ Yurtcan, Erdener, *Ceza Yargılaması Hukuku*, 7. Basi, İstanbul 1998, s. 93.

Kanunumuzda yer bakımından yetki konusunda getirilen özel yetki kuralına değinmeden önce, kısaca genel yetki kuralına temas etmekte yarar görüyoruz: Kanun'un 12. maddesine göre, *"davaya bakmak yetkisi, suçun işlendiği yer mahkemesine aittir. Teşebbüste son icra hareketinin yapıldığı, kesintisiz suçlarda kesintinin gerçekleştiği ve zincirleme suçlarda son suçun işlendiği yer mahkemesi yetkilidir"*.

Madde esas itibarıyla 2001 Tasarısı'ndan alınmış, sadece mütemadi ve müteselsil suç kavramları yerine, Türk Ceza Kanunu'nda kullanılan *"kesintisiz ve zincirleme suç"* kavramları kullanılmıştır. Ayrıca 1412 sayılı Kanun'dan farklı olarak görsel veya işitsel yayınlarda yetki konusuna ilişkin bir hüküm sevk edilmiştir.

2001 Tasarısı'nın yetki konusunu düzenleyen 13. maddesinin son fıkrasında *"kişi, suçun işlendiği yer dışında tutuklu bulunuyorsa, o yer mahkemesi de yetkilidir"* denilmekteydi. Bu hükmün gerekçesi ise şöyleydi: *"Maddenin son fıkrası önemli bir yenilik getirmektedir: Karşılaştırmalı ceza yargılama usulü yönünden temel ilke sanığın mutlaka, hükmü verecek mahkemede ifadesinin alınması, belirli istisnalar dışında duruşmalarda hazır bulunması ve*

7

savunmasını yapmasıdır. Ülkemizde belirli güvenlik nedenleri ile bazı sanıklar, yargılamayı yapan mahkemeden çok uzaktaki tutukevlerinde bulduklarından ifade ve savunmaları yerel mahkeme tarafından istinabe suretiyle alınıp asıl yani suçun işlendiği yer mahkemelerine gönderilmekte ve bunlar da göz önüne alınarak hüküm verilmektedir. Oysa Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin değişik kararlarında bu uygulama adil yargılama ilkelerine aykırı görülmüştür. İşte bu nedenlerle Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin kararları doğrultusunda, esas hakkındaki hükmü veren mahkemenin sanığı şahsen dinleyebilmesi amacıyla ikili yetki kabul edilmiştir”.

2001 Tasarısı'nın bu son fıkrası ile ilgili olarak, Türkiye Barolar Birliği'nin önerisinde, istinabe yoluyla sanığın dinlenmesine olanak sağlanması yolundaki uygulamanın, İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi'nin 6. maddesine aykırılık teşkil edeceği yönünde Strasbourg Mahkemesi kararları bulunduğu gerekçesiyle bu hükmün çıkarılması teklif edilmişti.¹⁰ Bilim Komisyonu'ndaki tartışmalarda da bu konuda iki görüş belirmiştir: Bir görüşe göre, bu hüküm kötüye kullanılabilir. Örneğin Ankara'da suç işlemiş olan kimse Diyarbakır'da yargılanmak amacıyla Diyarbakır'da tutuklanmasını sağlayabilir. Buna karşılık, doğrudan doğruyalık ilkesinin sağlanabilmesi için sanığın getirilmesinin gerekeceği, uygulamada ödenek yetersizliği vb. nedenlerden ötürü bunun zaman zaman mümkün olmadığı, onun yerine davayı oraya nakletmenin daha uygun olacağı, bu hükmün amacının İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi içtihatlarına uyum olduğu, kaldı ki bu suretle tutuklu davaların daha çabuk biteceği ileri sürülmüştür. Ancak gerek İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi'ne aykırılık ve gerekse Avrupa Birliği'ne aday olan bir ülkede tutuklu bir kimsenin duruşmaya getirtilememesinin düşünülmemeyecek olduğu düşünceleriyle bu hüküm çıkarılmıştır.

¹⁰ *Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu Tasarı Taslağı*, 17.

Kanun'un 13. maddesinde özel yetki kuralı düzenlenmiş bulunmaktadır. Buna göre, *"suçun işlendiği yer belli değilse, şüpheli veya sanığın yakalandığı yer, yakalanınamıyorsa yerleşim yeri mahkemesi yetkilidir"*. *"Delillerin en iyi toplanabileceği yer, esas itibarıyla suçun işlendiği yerdir. Fakat bu yer belli değilse veya saptanamıyorsa, suç delillerinin en iyi toplanabileceği yer olarak ona en yakın yer mahkemesi yetkili sayılmıştır. Buna göre suçun işlendiği yer belli değilse şüpheli veya sanığın yakalandığı yer, yakalanınamıyorsa yerleşim yeri mahkemesi yetkilidir"*. O da yoksa Türkiye'deki en son adresinin bulunduğu yer mahkemesi yetkili olacaktır. Bütün bu seçeneklere göre de yetkili mahkeme belirlenemiyorsa ilk usul işleminin yapıldığı yer mahkemesi yetkili olacaktır. *"Böylece basamaklı bir yetki sistemi kurularak çekişmelerin ortaya çıkması önlenmek istenilmiştir"* (2001 Tasarısı madde gerekçesi).

2001 Tasarısı'nda özel yetkinin düzenlendiği 14. maddede sadece sanığın yakalandığı yerden bahsedilmekteydi. Tasarı üzerinde bilim komisyonunda yapılan çalışmalarda sanığın yanı sıra şüpheli kelimesi de eklenmek suretiyle bu özel yetki kuralı soruşturma evresinde de uygulanabilir kılınmıştır. *"Ayrıca bilindiği üzere, Cumhuriyet Savcılarının yer yönünden yetkisini düzenleyen bir hüküm bulunmadığından, bunların yer yönünden yetkisi de mahkemelerin yer yönünden yetkisini düzenleyen kurallara göre belirlenmektedir. Bu nedenle, hangi yer Cumhuriyet Savcılığı'nın soruşturmada yetkili olacağını belirleyebilmek bakımından böyle bir ilave gerekli görülmüştür"*. Hemen belirtelim ki, Kanunumuzun 14. maddesinde de yukarıda belirtilen gerekçelerle sanık yanında *"şüpheli"* kavramına da yer verilmiştir. Tasarı'nın 14. maddesinin 2. fıkrasında, sanığın Türkiye'de yerleşim yeri yoksa, Türkiye'de en son oturduğu yer mahkemesinin yetkili olacağı 2001 Tasarısı'nda hükme bağlanmıştı. Ancak *"en son oturan yer ibaresinin yanıltıcı ve belirsiz olduğu,*

7 *kastedilenin, en son adresinin bulunduğu yer olduğu düşüncesiyle, 'oturduğu' ibaresi, 'adresinin bulunduğu' şeklinde değiştirilmiştir. Tasarıda ayrıca son yedek yetki kuralı olarak 'yargılama usulüne ilişkin ilk işlemin yapıldığı yer mahkemesi'nden bahsedilmekteydi. Bu hüküm de komisyonda 'yargılama usulüne ilişkin ilk işlemin' ibaresi, sadece kovuşturma evresini çağrıştırdığından, oysa yer yönünden yetki soruşturma evresi bakımından da geçerli olduğundan, bütünlük bir muhakemeyi kapsamaları için 'ilk usul işleminin' şeklinde değiştirilmiştir" (Adalet Komisyonu Raporu).*

Kanun'un 15. maddesinde ise deniz, hava ve demiryolu taşıtlarında veya bu taşıtlarla işlenen suçlarda yetki konusu düzenlenmiştir. Deniz ve hava araçları ile ilgili yetki kuralı demiryolu taşıtlarına da genişletilmiştir. Ülke içerisinde ise, deniz, hava veya demiryolu taşıtlarında ya da bu taşıtlarla işlenen suçlarda, bunların ilk ulaştığı yer mahkemesinin de yetkili olacağı hükmü yeni bir hüküm olarak sevk edilmiştir.

Burada Kanun'un 15. maddesi hükmü ile Türk Ceza Kanunu'nun 8. maddesi hükmü arasındaki bağlantıya da işaret etmek gerekmektedir. TCK m. 8/2'de yer bakımından uygulama açısından açık denizde ve bunun üzerindeki hava sahasında, Türk deniz ve hava araçlarında veya bu araçlarla; Türk deniz ve hava savaş araçlarında veya bu araçlarla; Türkiye'nin kıta sahanlığında veya münhasır ekonomik bölgesinde tesis edilmiş sabit platformlarda veya bunlara karşı işlenen suçların Türkiye'de işleneceği hükmüne bağlanmıştır. Bu hüküm, Türk kanunlarının uygulanacağı yerleri belirlemek bakımından sevk edilmiştir. Buna karşılık, bu tip bir halde yetkili mahkemenin belirlenmesi CMK 15. maddede yapılmıştır. Bu itibarla, bu hükümler birbiriyle çelişki içinde değildir. Yurt dışında bir deniz veya hava aracında işlenen suçlar TCK 8/2 çerçevesinde Türkiye'de işlenmiş sayılacak ve fakat bu suçlara bakacak

mahkeme ise CMK 15/1 ve 2 çerçevesinde belirlenecektir. Bu nedenle, bu hükümlerin birbiriyle uyumlu olması zorunluluğu bulunmamaktadır.¹¹

¹¹ Krş., Centel, Nur - Zafer, Hamide, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 3. Bası, İstanbul 2005, s. 398.

YETKİSİZLİK İDDİASININ BİLDİRİLMESİNDE SÜRE NEDİR?

1412 sayılı CMUK’da yetkisizlik iddiasının zamanı olarak “*duruşmanın başlangıcında iddianamenin okunmasından evvel*” denilmekteydi (CMUK 15). 2001 Tasarısı’nın 19. maddesi de benzer bir düzenleme öngörmüş bulunmaktaydı (m. 19).

Ancak madde Bilim Komisyonu’nda değiştirilerek “*sanık, yetkisizlik iddiasını, ilk derece mahkemelerinde duruşmada sanığın sorgusundan, bölge adliye mahkemelerinde incelemenin başlanmasından ve duruşmalı işlerde inceleme raporunun okunmasından önce bildirir*”, hükmü sevk edilmiştir. “*Bazen mahkemenin yetkili olup olmadığı, ilk olarak ancak iddianame okunduktan sonra anlaşılabilir. Bu nedenle henüz iddianame dinlenmeden önce bu iddianın öne sürülmesi inkânsız olabilir. Bu gerekçeyle, Tasarı’nın 19. maddesinin ikinci fıkrasındaki ‘iddianamenin okunmasından önce’ ibaresi, ‘sanığın sorgusundan önce’ şeklinde değiştirilmiştir. Böylece yetkisizlik iddiasının bildirileceği zaman dilimi makul bir ölçüde genişletilmiştir*”.

Madde öğretide eleştirilerek, bu hükmün mahkemenin kanuna aykırı olarak kendini davaya bakmakla yetkili görme-

sini mutlak bozma sebebi sayan CMK 289/1-d ile uyuşmadığı ifade edilmektedir.¹²

Ayrıca maddeye tasarıda bulunmayan bir üçüncü fıkra eklenmiştir. Buna göre, “yetkisizlik kararlarına karşı itiraz yoluna gidilebilir” (CMK m. 18/3). “Yetkisizlik kararı bir mahkeme kararı olduğundan ve mahkeme kararlarına ancak kanunda açık hüküm bulunduğu hallerde itiraz mümkün olduğundan, bu durumu belirtmek üzere, maddeye, itirazı düzenleyen bir üçüncü fıkra eklenmiş”tir (Adalet Komisyonu Raporu). 1412 sayılı CMUK’da yetkisizlik kararına karşı başvurulabilecek kanun yoluna ilişkin bir hüküm bulunmamaktaydı. Bu sorun 1946 tarihli bir İçtihadı Birleştirme Kararı ile çözüme kavuşturulmuştu. Buna göre yetkisizlik kararına karşı temyize gitmek mümkün olmayıp, ancak itiraz edilebilmekteydi (İBK, 28.3.1946, E. 940/1, 940/33 - K. 946/6). Yeni Kanun’un 18/3 maddesi hükmü ile bu konu İçtihadı Birleştirme Kararı’ndaki çözüme bağlanmış bulunmaktadır.

Burada belirtelim ki, yetki itirazında bulunulmuş ve bu itiraz reddedilmişse, kanun yolunda bu reddin haklı olup olmadığı değerlendirilecektir. Ancak, yetkisizlik iddiası ortak yüksek görevli mahkeme tarafından kesin olarak çözüldüğü hallerde veya bu konuda bir itirazda bulunulmamışsa, kanun yolunda bu husus bir mutlak bozma sebebi yapılamaz.¹³

¹² Öztürk - Erdem, 260; Özbek, Özer, *Yeni Ceza Muhakemesi Kanununu Anlamı*, Ankara 2005, s. 108.

¹³ Centel - Zafer, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, s. 400.

Tasarı'nın 24. maddesi "*karara katılmayacak hâkim*" başlığını taşımakta ve iki fıkradan oluşmaktaydı. Kanunumuzda ise maddenin başlığı değiştirilerek isabetli olarak "*yargılamaya katılmayacak hâkim*" denilmiş ve maddeye önemli bir üçüncü fıkra eklenmiştir. Madde şöyledir (CMK m. 23) (benzer, Alman CMK m. 23):

"(1) Bir karar veya hükme katılan hâkim, yüksek görevli mahkemece bu hükme ilişkin olarak verilecek karar veya hükme katılamaz.

(2) Aynı işte soruşturma evresinde görev yapmış bulunan hâkim, kovuşturma evresinde görev yapamaz.

(3) Yargılamanın yenilenmesi talebi halinde, önceki yargılamada görev yapan hâkimi, aynı işte görev alamaz".

2001 Tasarısı'ndan alınan maddenin ikinci fıkrasındaki hükmün, uygulamada özellikle küçük yerlerde, örneğin iki hâkimin bulunduğu bir yerde, bir hâkimin tutuklama kararı vermesi, diğerinin de tutuklama kararına itiraza bakması du-

rumunda işlerin kilitlenmesine yol açacağı eleştirisi üzerine, 5320 sayılı CMK Yürürlük Kanunu'nun 11. maddesi ile aşağıdaki hüküm sevk edilmiştir: *“Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 23. maddesinin ikinci fıkrası, kanunun 163. maddesi hükmü dışındaki hallerde uygulanmaz”*. *“Soruşturmanın sulh ceza hâkimi tarafından yapılması başlığını”* taşıyan bu maddeye göre, *“suçüstü hâli ile gecikmesinde sakınca bulunan hâllerde, Cumhuriyet Savcısı'na erişilemiyorsa veya olay genişliği itibarıyla Cumhuriyet Savcısı'nın iş gücünü aşılırsa, sulh ceza hâkimi de bütün soruşturma işlemlerini yapabilir”*. Böylece CMK m. 23/2 hükmü kural olarak işlevsizleştirilmiştir. Çok istisnai hallerde, soruşturmanın sulh ceza hâkimi tarafından yapılması durumunda, bu hâkim kovuşturma evresinde görev yapamayacaktır. Onun dışında, bu hüküm soruşturma evresinde görev yapan hâkimin, kovuşturma evresinde de görev yapmasını engellemeyecektir. Esasen çok isabetli olan bu hükmün, Türkiye şartlarında şu an için uygulanamayacak olması dolayısıyla yapılan bu değişikliğin Yürürlük Kanunu ile yapılması ise yanlış olmuştur. Son dönemdeki kanunlaştırma çalışmalarında bir derli topluluk sağlanmak istenirken, bu tür bir düzenleme bir geriye dönüşü ifade etmektedir.

Maddenin üçüncü fıkrası sayesinde ise, *“aynı uyumsuzluk hakkında daha önce kanaatini belirtmiş olan hâkimin daha sonra yargılamanın yenilenmesi sürecinde görev yapması önlenerek, hâkim tarafsızlığı bu yönüyle de sağlanmak istenmiş”* tir (Adalet Komisyonu Raporu).

**CMK 163 GEREĞİNCE CUMHURİYET SAVCISI'NIN
SORUŞTURMA YETKİSİNİ KULLANAN
SULH CEZA HÂKİMİ AYNI EYLEMİN
YARGILANMASINDA DAVADA HÂKİM OLARAK
GÖREV YAPABİLİR Mİ?
AYNI HÂKİM SORUŞTURMA VEYA KOVUŞTURMA
EVRESİNDE İLGİLİ KİŞİ HAKKINDA
TUTUKLAMA KARARI VEREBİLİR Mİ?**

Burada özellikle dikkat edilmesi gerekli husus, tutuklama kararı vermese dahi, soruşturma evresinde aynı işte görev yapan hâkimin kovuşturma evresinde görev yapamayacağı ve eğer yaparsa bunun bir hâkimin davaya bakamayacağı hal olduğu (bkz., CMK m. 23/2) gözden kaçırılmamalıdır. Her ne kadar sulh ceza hâkimleri bu esnada adeta savcı veya savcı yardımcısı gibi görev icra ediyorlar ise de, gerek hâkimin davaya bakamayacağı hallerin düzenleniş amaç ve gerekçeleri gerekse CMK m. 23/2'deki yasağın söz konusu olması için hâkimin soruşturma evresinde mutlaka bir "hâkim" sıfatıyla aynı işte görev alması veya hâkimlik yetkisi kullanması koşulunun aranmaması, aynı sulh ceza hâkiminin CMK m. 163 dahilinde görev yaptığı işe kovuşturma evresinde bakmasını hukuka aykırı hale getirir. Kaldı ki konuya ilişkin olarak öncelikle doğrudan hüküm, CMK m. 22/1-g olup, bu hüküm aynı davada Cumhuriyet Savcılığı veya adli kolluk görevi yapan kimsenin o davada hâkimlik yapmasını yasaklamaktadır. Madde metninin iyi ifade edilmemesi burada bizi yanıltmamalıdır. Her ne kadar maddede, "aynı davada" ifadesi var ise de, belirtilen hâkimlik yasağının söz konusu olması için, savcılık veya kolluk görevlerinin mutlaka dava (kovuşturma) evresinde

yapılması gerekmektedir. Dolayısıyla, CMK m. 22/1-g ve m. 23/2 hükümleri, CMK m. 163 uyarınca soruşturma evresinde Cumhuriyet Savcısı'nın yetkilerini kullanan hâkimin, kovuşturma evresinde hâkimlik yapamaz.

Diğer yandan, kanun metninde açıkça yasaklamasa bile, CMK m. 163 uyarınca görev yapan sulh ceza hâkimi o esnada savcı "*gibidir-gibi davranmakta, yetkiler kullanmakta*"dır. Tutuklama yargılaması küçük bir model biçiminde de olsa, taraf teşkil edilerek yapılan tali bir ceza muhakemesi/ davası olduğu için, aynı hâkimin soruşturma evresindeki bu tutuklama yargılamasında hâkim olarak görev yapamayacağı düşüncesindeyiz. Kovuşturma evresindeki tutuklama yargılamasında hâkim olarak görev yapmasının yasak olduğu, m. 22/1-g ve 23/2'ye yaptığımız açıklamalardan açıkça anlaşıldığından burada ayrıca tekrarlamaya gerek görmemekteyiz.

TARAFSIZLIĞINI ŞÜPHEYE DÜŞÜRECEK SEBEPLERDEN DOLAYI HÂKİMİN REDDİ İSTEMİNİN SÜRESİ NEDİR?

1412 sayılı Kanun ile 2001 Tasarısı bu konuda ilk derece mahkemelerinde “iddianamenin okunması” anını esas almaktaydı. 2004 Kanunu ise bu zaman dilimini makul bir ölçüde genişletmiştir. Buna göre ilk derece mahkemelerinde hâkimin reddi, sanığın sorgusu başlayıncaya kadar istenebilecektir (CMK 25/1) (aynı yönde, Alman CMK m. 25).

Bu konuda yapılan diğer bir değişiklik, sonradan ortaya çıkan sebeplerden dolayı hâkimin reddi isteminde azami bir süre konmasıdır. Buna göre, “sonradan ortaya çıkan veya öğrenilen sebeplerle duruşma veya inceleme bitinceye kadar da hâkimin reddi istenebilir. Ancak bu istemin, ret sebebinin öğrenilmesinden itibaren yedi gün içinde yapılması şarttır”. “Sonradan ortaya çıkan nedenlere dayanılarak, duruşma bitinceye kadar, tarafsızlık konusunda kuşku yaratan nedenin öğrenilmesinden itibaren yedi gün içinde hâkimin istenebilmesi tasarının getirdiği yeni bir hükümü niteliğindedir. İstemin yedi gün içinde ileri sürülmesi koşulu, davanın uzatılmasına yönelik çabaları önlemek için gerekli ve yararlı sayılmıştır” (2001 Tasarısı 26. madde gerekçesi).

Yeri gelmişken değinelim ki, gerek 1412 sayılı CMUK ve gerekse 2001 Tasarısı’nda ret isteminin usulü olarak mah-

kemeye verilecek bir dilekçe veya zabıt kâtibine bir tutanak düzenlemesi için başvurulması suretiyle yapılacağı belirtilmiştir. Maddenin bilim komisyonundaki görüşmeleri sırasında, uygulamada zabıt kâtibine başvurularak tutanak düzenlenmesi sisteminin işlemediği, ayrıca herkesin artık avukat tutma, işlemlerini avukat vasıtasıyla takip etme alışkanlığına sahip olması gerektiği gerekçeleriyle bu hükmün kaldırılması önerilmişse de, mehzaz kanunda da bu hükmün bulunması ve bu hükmün kaldırılmasının kişilerin bir hakkının kısıtlanması anlamına geleceği düşünceleriyle bu görüş kabul görmemiştir (Bkz., CMK m. 26).

HÂKİMİN REDDİ İSTEMİNİN GERİ ÇEVİRİLMESİ DURUMUNDA BAŞVURULABİLECEK KANUN YOLU HANGİSİDİR?

1412 sayılı CMUK 29/a maddesinde ret isteminin geri çevrilmesi halinde bu kararlar aleyhine ancak hükümle birlikte kanun yoluna başvurulabileceği hükmü bulunmaktaydı. 2001 Tasarısı'nda ise (m. 32), *"bu konuda ilk derece mahkemelerinin kararlarına karşı, ancak hükümle birlikte istinaf yoluna, bölge adliye mahkemelerinin kararlarına karşı da yine hükümle birlikte temyiz yoluna başvurulabilir"* hükmü sevk edilmişti.

Ancak kanunumuzda bu konuda ileri bir adım atılarak, *"son fıkradaki kanun yolu değiştirilmiş ve istinaf veya temyiz yerine itiraz kanun yolu tercih edilmiştir. Böylece hâkimin tarafsız olup olmadığı sorunu bir an önce çözümlenerek esasa ilişkin yargılamaya devam edilecek ve yargılama bittikten sonra dahi tarafsızlık sorunu gündeme getirilir olmaktan çıkarılacaktır"* (Adalet Komisyonu Raporu).

CMK m. 28'e göre (aynı yönde Alman CMK m. 28), *"ret isteminin kabulüne ilişkin kararlar kesindir; kabul edilmemesine ilişkin kararlara karşı itiraz yoluna gidilebilir. İtiraz üzerine verilen ret kararı hükümle birlikte incelenir"*. *"Böylece bu hükümle ilgili olarak doktrinde ortaya çıkan tereddütler de önlenmek istenmiştir."*

Gerçekten Tasarı'nın bu hükmüne karşılık gelen 1412 sayılı Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu'nun 27. maddesinin 1. fıkrasında; ret talebinin kabul edilmemesi kararlarına karşı (acele) itiraz yolu öngörüldükten başka, ikinci fıkrasında, ret talebinin esassız olduğuna dair son soruşturmada verilecek karara karşı da hükmümler birlikte temyize gidilebileceği belirtilmektedir. Doktrinde haklı olarak, aynı işleme karşı iki olağan kanun yolunun ard arda öngörülmüş olmasının sebebi sorgulanmakta ve ilk fıkradaki itiraz kanun yolunun aslında ilk soruşturma aşaması ile ilgili olduğu, fakat 1985 yılında ilk soruşturma kaldırıldığında bu hükmün burada unutulduğu sonucuna varılmaktadır. Tasarı'da yapılan düzenlemeyle bu tartışma önlenmiştir. Ancak aynı işleme karşı itiraz kanun yolundan sonra bir de istinaf veya temyiz kanun yolunun kabul edilmesiyle, itiraz merciinin kararlarının kesin olduğu kuralına bir istisna getirilmiş bulunmaktadır" (Adalet Komisyonu Raporu).

1412 sayılı Kanun'un 29. maddesine paralel olarak, 2001 Tasarısı'nın 31/1. maddesinde "*hâkim, reddini gerektiren nedenleri bildirerek davaya bakmaktan çekinirse, ret istemini incelemeye yetkili olan merci, bunun yerinde olup olmadığına karar verir*" denilmekteydi. Ancak Bakanlık Komisyonu'nda hâkim olan görüş, hâkimin yasaklılığını gerektiren sebeplerin mevcudiyeti durumunda, bunun artık ayrıca araştırılmasına gerek olmadığı yönünde olmuştur. Buna karşılık hâkim, tarafsızlığını şüpheye düşürecek sebepler ileri sürerek çekindiğinde merci çekinmenin uygun olup olmadığına karar verecektir (CMK m. 30/1 ve 2).

Alman hukukunda da hâkimin davaya bakamayacağı haller (CMK m. 22) (Alman CMK m. 22) ile yargılamaya katılamayacak hâkime ilişkin hallerin (CMK m. 23) (Alman CMK m. 23) mevcut olduğuna ilişkin tereddüt bulunmadığı hallerde herhangi bir karar verilmesine gerek kalmaksızın hâkimin çekinebileceği kabul edilmektedir.¹⁴

¹⁴ Meyer-Goßner, Lutz, Strafprozessordnung, 47. B., München 2004, §30, kn. 3.

Maddeye ilişkin Adalet Komisyonu Raporu'nda da konu açıklanmaktadır: *"Hâkiminde bir yargılama yasağının bulunması, örneğin suçtan kendisinin zarar görmüş olması halinde, sadece bu sebebi bildirerek davaya bakmaktan çekinebilecek, bu sebebin yerinde olup olmadığı merci tarafından ayrıca incelenmeyecektir. Çünkü bu sebepler son derece açık, belli sebepler olup, bunların yerinde olup olmadığının incelenmesi, üzerinde herhangi bir tartışma yapılması gerekmemektedir. Buna karşılık, ikinci fıkra olarak, tarafsızlığı şüpheye düşüren sebepler söz konusu olduğunda, merci, bu sebeplerin yerinde olup olmadığını değerlendirebilecektir.*

Her iki halde de, yani birinci fıkraya göre hâkim kendiliğinden çekindiğinde, ikinci fıkraya göre çekinmenin yerinde olduğuna karar verilmesi halinde, merci, davaya bakması için başka bir yargılama makamını görevlendirecektir. Bu hükmün aynen, hâkimin reddi talebinin kabul edilmesi halinde de geçerli olacak şekilde ilgili maddesinde düzenlenmiştir".

Böylece herhangi bir talebe gerek kalmaksızın, hâkim yasaklılığını gerektiren sebepleri gördüğünde, kendiliğinden çekinme kararı verecek, bu kararı kâğıda dökecektir. Bunun üzerine dosya ilgili mercie gönderilerek, merci bir başka hâkim veya mahkemeyi davaya bakmakla görevlendirecektir.

Burada uygulamada şöyle bir sorun ortaya çıkabilir: Hâkim denetimi önlemek amacıyla, aslında tarafsızlığını şüpheye düşürecek bir sebebin varlığına rağmen, yasaklılığını gerektiren bir sebebin var olduğunu ileri sürerek dosyayı başka bir hâkim veya mahkemeyi görevlendirmek üzere mercie gönderebilir. Bu durumda, merciin bir denetim yetkisinin olup olmadığını değerlendirmek gerekir. Esasen şunu düşünmek gerekir. Çok daha ağır kararlar vermek durumunda olan ve bu konuda yetkilendirilmiş olan hâkime bu konuda yetki vermemek düşünülemez. Bununla beraber, merciin ortada

13

tarafsızlığı şüpheye düşüren bir sebebin varlığını gördüğü hallerde, çekinmenin ikinci fıkra gereğince uygun olup olmadığına karar verme yetkisinin bulunduğunu kabul etmek gerekir. Böylece kanunumuz yasaklılığı gerektiren sebeplerin mevcudiyeti halinde mercie çekinmenin uygun olup olmadığına karar vermek yetkisini vermemiş ve fakat merciin çekinme sebebinin hangi hususa dayandığını araştırma yetkisini tanımış olduğunu kabul etmek gerekecektir.

Olması gereken hukuk açısından her iki nedene dayalı çekinme halinde de merciin hem nedenin neye dayandığı hem de hukuki uygunluğunu denetlemesi daha yerinde olurdu.

1412 sayılı CMUK’da tebliğ edilecek kararların Cumhuriyet Savcısı’na verileceği ve savcının tebliğ için gerekli tedbirleri alacağı hükme bağlanmıştı. Bu hüküm, mahkemelerce yapılacak tebligatların gecikerek adaletin yavaşlamasına neden olmaktaydı. Bu nedenle, 2001 Tasarısı’nın 37. maddesine “mahkeme başkanı veya hâkim, her türlü tebligatı, tüm gerçek veya özel tüzel kişiler veya kamu kurum ve kuruluşları ile ilgili yazışmaları yapar” hükmü konmuştu. Bu hüküm, sadece “özel hukuk tüzel kişileri” şeklinde bir değişiklik yapılarak 2004 Kanunu’nun 36. maddesine alınmış bulunmaktadır. Tasarı’nın gerekçesinde “mahkeme ile ilgili tebligat işlerinin doğrudan doğruya mahkeme tarafından yapılması kabul edilerek, adaletin işleyişi hızlandırılmıştır. Genel olarak bütün hâkimlere verilen bu yetki, elbette ki, sulu ceza hâkimini de kapsamaktadır” denilmiştir.

Bütün mahkemeler ve hâkimler tebligatı bizzat yapabileceklerdir. Bu bakımdan herhangi bir istisna tanınmamıştır.

İnfaz edilecek kararlar ise cumhuriyet başsavcılığına verilecektir (CMK m. 36/2).

14

Koruma tedbirlerine ilişkin yoklukta verilen kararlar, kanun yoluna tabi olmayan ve yoklukta verilen kararlar ile hazır bulunulamayan bir işleme dair kararlar tebliğ edilmeyecektir.¹⁵ Ancak ilgilinin hazır bulunmaması hukuken geçerli bir mazerele dayalı ile tebliğ olunur (CMK m. 35/2).

¹⁵ Bkz., Şahin, 4.

I. TANIKLAR NASIL ÇAĞRILACAKTIR?

Tanıkların öncelikle çağrı kâğıdı ile çağrılmaları gerekir. Esas bu olmakla beraber yargılamada sürati sağlamak amacı ile telefon, telgraf, faks, elektronik posta ve benzeri haberleşme araçlarından da yararlanılması uygun görülmüş ve davetin bu araçlarla da yapılabilmesi kabul edilmiştir. Karşılaştırmalı ceza yargılamada da btu usullere yer verilmiştir.

Davet üzerine gelmemenin yasal sonuçları, davetiye ile yapılan çağrılarda yazılı olarak tanığa bildirilecektir. Telefon, telgraf, faks, elektronik posta gibi araçlardan yararlanılmak suretiyle davetin yapıldığı hallerde, çağrı kâğıdına bağlanan sonuçlar, bu durumda uygulanmaz.

Mahkeme tutuklu işlerde, açıklanan kuraldan ayrılarak tanıklar için zorla getirme kararı verebilecek, kararda zorla getirmenin nedenleri gösterilecek ve çağrı kâğıdı ile gelen tanıklarla ilgili hükümler uygulanacaktır.

Mahkeme, duruşma sürerken gelmemiş olan veya o aşamada davayla ilgisi bulunduğunu belirlediği bir kişinin

dinlenmesi hâlinde davanın hüküm aşamasına ulaşabileceğini saptayabilir. Davaların kısa sürede sonuçlanmasına olanak sağlamak için maddenin üçüncü fıkrası bu ve benzeri durumlarda, mahkemenin, görevlilere tanığı duruşmaya getirmeleri konusunda yazılı olarak emir verebileceğini kabul etmiştir.

Maddenin dördüncü fıkrasında Cumhurbaşkanı'nın tanıklığı ile ilgili çağırma ve ifade alma yönünden özel hükümlere yer verilmiştir: Cumhurbaşkanı'nın tanık olarak çağrılmaması esas kuraldır; tanık sıfatıyla beyanı konutuna gidilerek alınacaktır. Cumhurbaşkanı isterse beyanını yazılı olarak da gönderebilir; ancak esas, beyanın hâkim tarafından tutanağa geçirilmesidir (CMK m. 43) (Bkz., 2001 Tasarısı 45. madde gerekçesi).

II. TANIK OLARAK ÇAĞRILAN KİMSE POLİSE VEYA MAHKEMEYE GİTMEK ZORUNDA MIDIR?

Tanık olarak polise gitme zorunluluğu bulunmamaktadır. Bu zorunluluk sadece Cumhuriyet Savcısı, hâkim veya mahkeme tarafından çağırılma durumunda vardır. Bu çağrıya uyulmaması halinde zorla getirme kararı verilebilir ve gelmemelerinin sebep olduğu giderler ödettilir (CMK m. 43/5, 44/1).

Polis Vazife ve Salahiyet Kanunu'nun 15. maddesinde, "polis, yaptığı tahkikat esnasında ifadelerine müracaat lazım gelen kimseleri çağırır ve kendilerinden lüzumu olan şeyleri sorar" denilmektedir. Burada polisi ifade alma yetkisinden bahsedilmekle beraber, bu çağrıya uymayan kimseleri zorla getirme yetkisi polise verilmemiştir.¹⁶

¹⁶ Kunter, Nurullah - Yenisey, Feridun, *Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku*, 10. Bası, İstanbul 1998, s. 757.

III. KİMLER TANIKLIKTAN ÇEKİNEBİLİR?

1412 sayılı CMUK'dan farklı olarak 2001 Tasarısı'nda tanıklıktan çekinebilecek kimseler arasında *"yaş küçüklüğü, akıl hastalığı veya akıl zayıflığı nedeniyle tanıklıktan çekinmenin önemini anlayabilecek durumda olmayanlar"* sayılmış ve bu kimselerin ancak *"kanuni temsilcilerinin rızalarıyla tanık olarak dinlenebileceği ve kanuni temsilci şüpheli veya sanık ise, bu kişilerin çekinmesi konusunda karar veremeyeceği"* hükme bağlanmıştır. Bu hüküm kanunumuza aynen alınmış bulunmaktadır (CMK m. 45).

Ayrıca meslekleri ve sürekli uğraşları nedeniyle tanıklıktan çekinebilecek kimseler grubuna 2001 Tasarısı'nda *"mali müşavir ve noterler"* de eklenmiş, bu grup, 2004 Kanunu'na da aynen alınmıştır (CMK m. 46/1-c).

Ancak, 2001 Tasarısı'nda tanıklıktan çekinebilecek kimseler grubunda sayılmış olan *"kolluk mensupları ile soruşturmaları sırasında, kendisinin veya yakınlarının hayat ve sağlıklarını korumak amacıyla kimliklerini açıklamayı reddetmiş bulunan tanıkların ve suçu ihbar etmiş olup aynı nedenle kimliklerinin açıklanmasını istemeyenlerin veya suçlar ve suçlular hakkında kolluğa sürekli bilgi veren kimselerin kimlikleri"* ise kanunumuza alınmamıştır. Bunun nedeni, bu konunun tanıklıktan çekinme değil, tanıkların korunması kapsamında mütalaa edilerek 58. maddede düzenlenmiş bulunmasıdır (ayrıca krş., TCK m. 258).

Maddede meslek ve sürekli uğraşı nedeniyle tanıklıktan çekinme hakkına sahip olanların tanıklık yapmaları konusunda ilgilinin rızasının bulunması durumunda yine de tanıklıktan çekinme hakkının bulunup bulunmadığı konusu da düzenlenmiştir. Buna göre, kural olarak ilgilinin rızası varsa, artık kişi tanıklıktan çekinemeyecektir. Ancak avukat veya stajyerleri veya yardımcıları rıza olsa dahi tanıklıktan çekinmek duru-

15

mundadırlar (CMK 46/2). Bu nedenledir ki, 2001 Tasarısı'nda yer alan "kanunların, bilginin verilmemesini suç olarak tanımladığı hallerde, tanıklıktan çekilemez. Ancak, avukatlar veya stajyerleri veya yardımcılarının bu sıfatları dolayısıyla veya yükledikleri yargı görevi nedeniyle öğrendikleri suçlar hakkında bu fıkra hükmü uygulanmaz" şeklindeki hüküm de kanuna alınmamıştır.

Türkiye Barolar Birliği CMUK Tasarısı Komisyonu tarafından hazırlanan taslakta "sürekli yayınlar ile radyo ve televizyon yayınlarının hazırlanmasında, meydana getirilmesinde veya yayımında meslek gereği katkıda bulunanların her türlü haber kaynaklarının kimlikleri" konusunda tanıklıktan çekilebileceği yönünde bir öneride bulunulmuş, ancak bu öneri kanuna alınmamıştır.

IV. DEVLET SIRRI NİTELİĞİNDEKİ BİLGİLERLE İLGİLİ TANIKLIK

Kanunumuzun yürürlüğe girmesinden önce de, Türk Öğretisi'nde, devlet sırrının yargı önünde, yargıya intikal ettiğinden açıklanabileceği savunulmaktaydı.¹⁷

Alman Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 53/2. maddesinde de savaş hazırlığı yapmak (Friedensverrat, Alman Ceza Kanunu m. 80), demokratik hukuk devletinin tehlikeye sokulması, devletin varlığını ve anayasal düzenini cebir ve tehdit ile ortadan kaldırmaya teşebbüs (Hochverrat, Alman Ceza Kanunu m. 81 vd.), dış güvenliğine tehlikeye sokulması suçları, cinsel özgürlüğe yönelik suçlardan bazılarının veya kara para aklama, hukuka aykırı elde edilen gelirlerin saklanması suçlarının açıklığa kavuşturulmasına yönelik bir tanıklığın söz konusu olduğu hallerde, olayın araştırılması veya şüphelinin

¹⁷ Hafızoğulları, Zeki, "Kişilik Hakları" AÜHFHD, 1997, s. 1-4 ve 32.

bulunduğu yerin tespitinin başka türlü mümkün olmaması veya oldukça zorlaşacak ise basın mensupları aynı maddenin 1. fıkrasının 5. bendinde düzenlenmiş bulunan tanıklıktan çekinme hakkından faydalanamazlar.

Benzer şekilde ve fakat daha geniş olarak kanunumuz *“bir suç olgusuna ilişkin bilgiler, devlet sırrı olarak mahkemeye karşı gizli tutulamaz”* hükmünü sevk etmiş bulunmaktadır (CMK 47/1). Bu düzenleme kanunumuzun attığı çok radikal bir adımı ifade etmektedir. Zira 1412 sayılı CMUK 49. maddede *“devlet memurları memuriyetten çekildikten sonra bile, saklamakla mükellef oldukları vakalar hakkında sırrın ait olduğu makam amirinin izni olmaksızın şahit sıfatıyla dinlenemezler”* denilmekteydi. 2001 Tasarısı’nda da bu konuda *“hâkim veya mahkeme, bu tanıklığın davanın sonuçlandırılabilmesi için zorunlu olduğu gerekçesiyle amirin olumsuz beyanına karşı ilgili bakana başvurma”* imkânı sağlanmıştı. Dolayısıyla 2001 Tasarısı’nda 1412 sayılı Kanun’dan içerik olarak farklı bir hüküm bulunmamakta, sadece bakana itiraz olanağı öngörülmekteydi. Bu adımın gerekçesi olarak da şu belirtilmekteydi: *“Bütün bu değişikliklerin amacı, etkin bir ceza sisteminin oluşturulmasıdır. Bu yapılırken, devlet sırrı da korunmakta ve yararların dengelenmesine çalışılmaktadır”*.

Yeni kanunumuz ise artık suç söz konusu olduğunda devlet sırrını korumaktan feragat etmektedir. Şeffaf bir hukuk devleti olmanın bir sonucu olarak hukuk sistemimizde önemli bir reform olarak değerlendirdiğimiz bu hükmün nedenlerinden birisi Susurluk olayı ile devlet içinde bulunan bazı oluşumlar ile banka satışlarında yaşanan ve önemli devlet görevlilerinin de karıştığı bazı olaylarda, bazı bakanların devlet sırrı gerekçesiyle açıklama yapmamalarıdır. Böylece bu belgeler mahkemeye karşı saklı tutulamayacak, mahkeme ise sadece suçu aydınlatmaya yönelik bilgileri tutanağa

15

kaydettirecektir. Ne var ki, her suç bakımından bu hükmün uygulanmasını önlemek bakımından, ancak hapis cezasının alt sınırı beş yıl veya daha fazla olan suçlarla ilgili olarak bu hükmün uygulanması benimsenmiş bulunmaktadır. Esasen bu hüküm ilk defa bilim komisyonunda önerilmiştir. Ancak gerek bilim komisyonunda ve gerekse meclisteki çalışmalarda çok tartışılmıştır. Bilim komisyonunda, tanığın sadece mahkeme hâkimi veya heyeti tarafından dinlenmesi ve bu hükmün bütün suçlar bakımından değil, sadece hapis cezası öngörülen ve hapis cezasının da alt sınırının beş yıl veya daha fazla olan suçlarla ilgili olarak uygulanması suretiyle sınırlanması kabul edilmiştir. Maddeye yönelik itirazlar devletin büyük menfaatlerinin bazı suçları aydınlatmak pahasına feda edilmesinin doğru olmayacağı; dengenin sağlanmasının güçlüğü ve devlet sırrının ne olduğu noktasında olmuştur.

Maddenin Adalet Komisyonu'ndaki görüşmeleri sırasında, 47. maddenin 1. fıkrasında yer alan "*mahkemeye karşı*" ifadesi yerine "*hâkime karşı*" ifadesi kullanılmak suretiyle, soruşturma aşamasında da böyle bir bilgiye ihtiyaç duyulduğunda tanıklığın mümkün kılınması önerilmişse de, bu hükmün sadece kovuşturma aşamasıyla sınırlı kalması kabul edilmiş ve hâkim yerine mahkeme ifadesi tercih edilmiştir.

Devlet sırrının ne olduğu da maddede tanımlanmıştır: Buna göre, "*açıklanması, devletin dış ilişkilerine, milli savunmasına ve milli güvenliğine zarar verebilecek; anayasal düzeni ve dış ilişkilerinde tehlike yaratabilecek nitelikteki bilgiler, devlet sırrı sayılır*".¹⁸

¹⁸ Bu konuda ayrıca bkz., aşağıda soru 44.

V. TANIKLARIN DİNLENMESİ

CMK 52/3. maddede tanıkların dinlenmesi sırasında görüntü ve seslerin kayda alınabileceği ve bu kaydın, mağdur çocuklar ile duruşmaya getirilmesi mümkün olmayan ve tanıklığı maddi gerçeğin ortaya çıkarılması açısından zorunlu olan kişiler bakımından zorunlu olduğu hükme bağlanmıştır. Bununla beraber, ülkemizdeki teknik alt yapıdaki eksiklikler dolayısıyla CMK Yürürlük Kanunu'nun 12/2. maddesi ile bu hükmün 1 Temmuz 2006 tarihinde yürürlüğe girmesi uygun görülmüştür.

VI. MAFYA VB. SUÇLARDA KİMSE ŞAHİTLİK YAPMAK İSTEMİYOR. CMK BU KONUDA BİR YENİLİK GETİRMEKTE MİDİR?

Kanunumuz bir örgütün faaliyeti çerçevesinde işlenen suçlarla ilgili olarak tanık olarak dinlenecek kişilerin kimliklerinin ortaya çıkması kendileri veya yakınları açısından ağır bir tehlike oluşturacaksa, kimliklerini saklı tutulması için gerekli önlemler alınacağını hükme bağlamaktadır (CMK 58/2). Aynı şekilde, tanığın hazır bulunanlar huzurunda dinlenmesi tanık için ağır bir tehlike oluşturacak ve bu tehlike başka türlü önlenemeyecekse hâkim ses ve görüntülü aktarma yapmak suretiyle, tanığı tek başına dinleyebilir (CMK 58/3).

Öncelikle belirtelim ki, tanıklık bir kamu görevi olup, tanıklıktan çekinme halleri ve tanığın kendisini veya yakınlarını ilgilendiren ve “*nemo tenetur*” ve susma hakkı kapsamında kalan haller dışında, herkesin tanıklık yapması zorunludur. Tanık gerek kimliği gerek olaylar hakkında tanıklık yapma, doğruyu söylemek, bildiklerini eksiksiz tam olarak söylemek ve çağrıldığında gelmek zorundadır. Tanıkların korunmasına ilişkin özel hükümler saklıdır (Bkz., CMK m. 43-61). Çocuklar ve mağdurlar dahil, herkes tanık olur. Yalnızca on beş yaşını doldurmuş çocuklar ile yaşının ne olduğu önemli olmaksızın ayırt etme gücüne sahip olmamaları nedeniyle yeminin niteliği ve önemini kavrayamayanlar ve nihayet soruşturma ve kovuşturma konusu suçlara iştiraktan veya bu suçlar nedeniyle suçluyu kayırmaktan ya da suç delillerini yok etme, gizleme veya değiştirmekten şüpheli, sanık veya hükümlü olanlar tanıklık yaparken, kendileri yeminsiz dinlenirler (CMK m. 50).

Bu kurallar kapsamında, mağdur re’sen kovuşturulan bir suça ilişkin kamu davasına müdahil olmasa bile bu davada ve yine birden fazla kişinin mağdur olduğu soruşturulması ve kovuşturulması şikâyete bağlı bir suçta kendisi şikâyetçi

olmasa bile en azından şikâyetçi olan diğer mağdura karşı gerçekleştirilen eylemin yargılanmasında tanıklık yapmak zorundadır.

Belirtelim ki, soruyla doğrudan ilişkili hüküm CMK m. 236 olup, içeriği şöyledir: “(1) Mağdurun tanık olarak dinlenmesi halinde, yemin hariç, tanıklığa ilişkin hükümler uygulanır. (2) İşlenen suçun etkisiyle psikolojisi bozulmuş çocuk veya mağdur, bu suça ilişkin soruşturma veya kovuşturmada tanık olarak bir defa dinlenebilir. Maddî gerçeğin ortaya çıkarılması açısından zorunluluk arz eden haller saklıdır. (3) Mağdur çocukların veya işlenen suçun etkisiyle psikolojisi bozulmuş olan diğer mağdurun tanık olarak dinlenmesi sırasında psikoloji, psikiyatri, tıp veya eğitim alanında uzman bir kişi bulundurulur. Bunlar hakkında bilirkişilere ilişkin hükümler uygulanır”.

CMK'nın 236. maddesinin 2. fıkrasında mağdur ile çocuk ayrı düzenlenmiş ve mağdurun çocuk olup olmaması fark etmezken diğer kimselerin çocuk olması halinde 2. fıkra kapsamında kalacağı düzenlenmiş iken, 3. fıkrada sadece “mağdur çocuklar” açısından düzenleme getirilmiş ve fakat suçtan zarar gören, şüpheli veya sanık çocuğun tanık olarak dinlenmesi olasılığına hiç değinilmemiştir. CMK'nın 236. maddesinin 3. fıkrası çocuklar hakkında doğrudan uygulanırken, diğer mağdurlar ve bu bağlamda mağdur dışındaki çocukların hakkında bu hükmün uygulanabilmesi için onların “işlenen suçun etkisiyle psikolojisi bozulmuş” olması gerekmektedir.

Burada önemli vurgulayalım ki, tanıkların dinlenmesi sırasındaki görüntü ve sesler kayda alınabilecek iken, mağdur çocukların tanık olarak dinlenilmelerinde bu ses ve görüntü kaydının yapılması zorunludur ve bu ses ve görüntü kayıtları sadece ceza muhakemesinde kullanılabilir olup, diğer muhakemelerde kullanılması yasaklanmıştır (CMK m. 52/3-4).

Ceza Muhakemesi Kanunu yabancı ülke kanunlarından farklı olarak ve doğrudan “*nemo tenetur*” ve (dolaylı olarak) susma hakkına aykırı biçimde, suç ortaklarının birbirleri leh ve aleyhine tanıklık yapabileceklerini kabul etmiştir. CMK’nın bu açıdan yabancı ülke kanunları ile CMK’nın tanıklara ilişkin diğer hükümlerinden farklı olarak getirdiği düzenleme, sadece tanık olarak dinlenirken bu kimselere yemin verdirilmemesi, yani yeminsiz olarak tanık sıfatıyla dinlenmeleri zorunluluğudur. Kanuna göre, “*soruşturma ve kovuşturma konusu suçlara iştiraktan şüpheli, sanık veya hükümlü olanlar, yeminsiz dinlenirler*” (Bkz., CMK m. 50/1-c).¹⁹

¹⁹ Belirtelim ki, sadece bu kimseler değil, bu kimseler yanında ayrıca dinleme sırasında on beş yaşını doldurmamış olanlar, ayırt etme gücüne sahip olmamaları nedeniyle yeminin niteliği ve önemini kavrayamayanlar ile birlikte, soruşturma veya kovuşturma konusu suçlar nedeniyle suçluyu kayırmaktan ya da suç delillerini yok etme, gizleme veya değiştirmekten şüpheli, sanık veya hükümlü olanlar da yeminsiz olarak tanık sıfatıyla dinlenirler (Bkz., CMK m. 50/1-a, b, c)

Normalde bu kimselerin beyanlarına, kendi savunmalarını yapmak için şüpheli veya sanık sıfatıyla başvurulabilir ve bu açıklamalar esnasında birlikte yapılan eyleme ilişkin açıklamalar sırasında suç ortakları leh ve aleyhine bir beyan ortaya çıkabilir. Ancak, “tanık” sıfatıyla ve özellikle bunların birbirleri aleyhine dinlenmeleri, beyanda bulunmamaları durumunda tanıklığa ilişkin hükümlerin uygulanması ve tanıklığa zorlanmaları (Bkz., CMK m. 44, 53 ve 60), CMK’ya uygunluk arz etseler dahi, yukarıda belirttiğimiz ilkelere aykırılık teşkil eder.

Mülga CMUK m. 50 de buna benzer bir hüküm içermekte olup, suç ortakları yanında halen mer’i CMK m. 50’den kısmen değişik statüdeki bazı kimselerin tanık olarak dinlenmelerine müsaade etmekteydi.

Mehaz Alman ceza muhakemesi hukukunda birlikte şüpheli ve şüpheli kimse tanık olarak kabul edilmemektedir.

Buna karşılık, bir eylemin birlikte şüphelilerinin/ birlikte sanıklarının, haklarındaki yargılamalar/ davalar ayrı açılıp yürütülüyorsa veya sonradan ayrılmışsa, bunların birbirleri leh veya aleyhlerine tanık olarak inlenebilir dinlenemeyecekleri doktrinde tartışmalıdır. Alman uygulaması ile doktrinin bir kısmı burada, yalnızca aynı yargılamada birlikte şüpheli olduğu kimseye karşı tanıklık için “şekli birlikte şüphelilik kavramı”nı esas almaktadırlar: Buna göre, yargılamalar birbiriyle bağlantılı olduğu sürece, birlikte şüphelilerin tanık olarak dinlenmeleri caiz değildir. Buna karşılık yargılamalar birbirinden ayrılınca bu engel ortadan kalkar.²⁰

²⁰ Bilgi için bkz., Beulke, Werner, *Strafprozessrecht.*, 6. neubearbeitete Auflage, Heidelberg 2002, s. 94-95 ve burada atıf yapılan Alman Federal Yüksek Mahkemesi Kararları ile doktriner kaynaklar.

Alman uygulaması ikinci bir ayırım daha yaparak, birlikte faillerin birbirleri hakkında tanık olarak dinlenebilmelerini sağlamak için, yargulamaların geçici olarak ayrılmaları örneğini el almaktadır. Burada önceki birlikte fail (ve ara süreçteki tanık) kendisi hakkında isnad edilen fiil ile bağlantılı olmadığı sürece, bu kimsenin tanık olarak dinlenmesi caiz sayılmakta ve keza kimse kendisi hakkındaki yargulamada tanık olarak dinlenemeyeceği için, fiillerin birlikte (suç ortaklığı biçiminde) işlendiği hallerde yargulamaların ayrılmasına karşın tanık olarak dinlenmesi caiz kabul edilmemektedir.²¹

Alman doktrinin bir kısmı ise, “*maddi bakış açısı*”nı esas almakta ve usuli anlamda bir fiilin her zanlısını onun yargılamadaki şekli konumundan bağımsız olarak kendisini şüpheli olarak kabul etmektedir. Buna göre ise, bu kimse tanık olamaz.²²

Bununla birlikte belirtelim ki, Alman doktrinde bu konuda sayıları az dahi olsa farklı görüşte olan (örneğin Beulke gibi) bazı yazarlar da vardır ve bunlar bir taraftan uygulamanın görüş ve gerekçelerini ikna edici bulmamaktadırlar. Bunlara göre, kural olarak birlikte şüpheli kimseler tanık olarak dinlenemezler. Ancak eğer, birlikte şüpheli kimseye karşı olan dava sona erer, özellikle mahkûmiyet kararı ile karar bağlanır veya nihai olarak düşürülürse, artık o kimse kendisinin (tanık sıfatı dolayısıyla) özel korunurluğunu kaybettiği için bu andan sonra birlikte şüpheli diğer kimse/kimseler hakkında tanık olarak dinlenebilir.²³

²¹ Bilgi için bkz., BGHSt 10, s. 8 ve 11 ve 38, s. 96 ve 98; BGHSt 24, s. 257; BGH StV 1984, s. 186 ve Beulke, *Strafprozessrecht*, s. 95.

²² Bu görüşteki yazarlar için de bkz., Beulke, *Strafprozessrecht*, s. 95.

²³ Bkz., Beulke, *Strafprozessrecht*, s. 95, knr. 185 ve orada zikredilen diğer yazarlara.

Bilirkişiler ile ilgili yeni kanunumuzdaki düzenlemeler şöylece özetlenebilir:

1. "Bilirkişiler, il adlî yargı adalet komisyonları tarafından her yıl düzenlenen bir listede yer alan gerçek veya tüzel kişiler arasından seçilirler. Cumhuriyet Savcıları ve hâkimler, yalnız buldukları il bakımından yapılmış listelerden değil, diğer illerde oluşturulmuş listelerden de bilirkişi seçebilirler. Bu listelerin düzenlenmesine veya listelerde yer verilenlerin çıkarılmalarına ilişkin esas ve usuller, yönetmelikte gösterilir" (CMK 64/). "Atama kararında, gerekçesi de gösterilmek suretiyle, birinci fıkrada belirtilen listelere girmeyenler arasından da bilirkişi seçilebilir" (CMK 64/2). "Madde, esas itibarıyla bilirkişi olarak kimlerin atanabileceklerini göstermektedir. Aslında bilirkişi bir sanat adamı, bir uzmandır. 65. madde ne gibi hâllerde bilirkişi atanacağını gösterirken dolayısıyla bilirkişinin niteliğini de göstermiştir: Bilirkişi özel bir bilgiye veya teknik bilgiye sahip bulunan bir kişi ve genellikle bir teknisyendir. Ancak teknisyen olmak bilirkişinin tanımı için yeterli değildir. Zira bilirkişi yalnız bir saptama değil aynı zamanda bir takdirde bulunacak, bir değerlendirme de yapacaktır. Bu itibarla bilirkişinin bilgi ve teknik alanında belirli bir deney sahibi olmuş kişilerden seçilmesi ve bu bakımdan adlî otoritenin, bir tür tasvibini (agrément) elde etmiş bulunması gerekir. İşte bu nedenle madde

birinci fıkrasında her yıl il adli yargı adalet komisyonlarınca bir liste hazırlanmasını ve yukarıda belirtilen niteliklere sahip bilirkişilere bu listede yer verilmesini uygun görmüştür. Madde listelerin meydana getirilmesi ve listelerde yer verilenlerin, listelerden çıkarılmaları hususundaki esas ve usullerin, Adalet Bakanlığı'nca çıkarılacak bir yönetmelikte belirlenmesini uygun görmüştür. Bilirkişiler ilke olarak bu listelerde yer alan kişiler arasından seçileceklerdir: Listelerde gerçek ve tüzel kişilere yer verilecektir. Üçüncü fıkrada bilirkişi olarak bir tüzel kişi seçildiğinde (Örneğin bir araştırma veya muhasebe şirketi gibi) incelemeyi yapacak kişi veya kişilerin isimleri atayan mercie bildirilecek ve bunlar yargı merciinin onayından sonra işlerine başlayacaklardır; onaylanmadıklarında ise istem olursa yeniden isim bildirebileceklerdir. Böylece madde, çok yerinde olarak bilirkişilerin, önceden bir elemenden geçirilerek atanmalarına olanak sağlamış bulunmaktadır; bu suretle bilirkişilik kurumuna disiplin sağlanması ile kalınmayacak ayrıca bilirkişinin hâkim gibi görev yapması da önlenmiş olacaktır. Sistem esasta böylece işleyecektir; ancak, işin özelliği gereği listeye dahil olmayanlar arasından da bilirkişi atanması gerekebilir. Bu ihtiyacı karşılamak üzere de maddenin ikinci fıkrasında, istisnâ olarak ve gerekçesi de gösterilmek suretiyle, listelere girmeyenler arasından da bilirkişi seçilebilmesi olanağı taunnuştur. Diğer yandan kanunların özel olarak görevlendirdiği resmî bilirkişiler varsa bunlar öncelikle atanacaklardır. Ancak yetkili merci sunulan görüş veya oydan tatmin olmazsa listeden ve liste dışından yeni bilirkişi atayabilecektir" (2001 Tasarısı, 66. madde gerekçesi).

II. "Kamu görevlileri, bağlı buldukları kurumla ilgili davalarda bilirkişi olarak atanamazlar" (CMK 64/3). Bu hüküm 2001 Tasarısı'nda bulunmayıp, bilahare kanuna eklenmiştir.

III. Bilirkişinin ilgili kimselerin bilgisine başvurması ve bilirkişiye soru sorulması olanağı sağlanmıştır. "Bilirkişi, görevini yerine getirmek amacıyla bilgi edinmek için şüpheli veya sanık dışındaki kimselerin de bilgilerine başvurabilir. Bilirkişi, uzmanlık

alanına girmeyen bir sorun bakımından aydınlatılmasını isteyecek olursa; hâkim, mahkeme veya Cumhuriyet Savcısı, nitelikli ve konusunda bilgisiyle tanınmış kişilerle bir araya gelmesine izin verebilir. Bu şekilde çağrılan kişiler yemin eder ve verecekleri raporlar, bilirkişi raporunun tamamlayıcı bir bölümü olarak dosyaya konulur” (CMK m. 66/4). “İlgililer de merciinden, incelemeler yapılırken bilirkişiyeye teknik nitelikte bilgiler verebilecek olan ve ismen belirleyecekleri kişileri dinlemeleri veya bazı araştırmaların yapılması hususlarında karar verilmesini isteyebilir” (CMK m. 66/5). “Gerekli olması halinde, bilirkişi, mağdur, şüpheli veya sanığa mahkeme başkanı, hâkim veya Cumhuriyet Savcısı aracılığı ile soru sorabilir. Ancak, mahkeme başkanı, hâkim veya Cumhuriyet Savcısı, bilirkişinin doğrudan soru sormasına da izin verebilir. Muayene ile görevlendirilen hekim bilirkişi, görevini yerine getirirken zorunlu saydığı soruları, hâkim, Cumhuriyet Savcısı ve müdafii bulunmadan da mağdur, şüpheli veya sanığa doğrudan doğruya yöneltebilir” (CMK m. 66/6). “Mahkeme, her zaman bilirkişinin duruşmada dinlenmesine karar verebileceği gibi, ilgililerden birinin istemesi halinde de açıklamalarda bulunmak üzere duruşmaya çağırabilir” (CMK m. 68).

“Bilirkişi görevin yerine getirilmesi gerektiriyorsa şüpheli veya sanığın bilgisine başvurabileceği gibi aynı maksatla sanık dışındaki kimselerin de bilgilerine başvurabilir. Bilirkişinin, uzmanlığına girmeyen bir hususta aydınlanma gereksinimi duyduğu hâllerde, hâkime veya mahkemeye veya Cumhuriyet Savcısı’na başvurması ve gereksinimi bildirmesi hâlinde adı geçenlerin, nitelikli ve konusunda bilgisiyle tanınmış kişilerle bir araya gelmelerine izin vermeleri (4) numaralı fıkrada öngörülmüştür. Böylece çağrılan kişiler de yemin edecekler ve rapor vereceklerdir. Bu rapor bilirkişi raporunun tamamlayıcı bir kısmı sayılacaktır. Cumhuriyet Savcısı ve taraflar da hâkimden aynı nitelikteki istemde bulunabileceklerdir.

Bilirkişinin şüpheli veya sanığa soru yöneltmesi: Bilirkişinin şüpheli veya sanığa soru yöneltmesi mahkeme başkanı veya hâkim

veya Cumhuriyet Savcısı'nun iznine bağlıdır. Adı geçenler bu hususta gerekçeli bir karar ile izin vereceklerdir. İzin verilmezse sorular mahkeme başkanı, hâkim veya Cumhuriyet Savcısı aracılığı ile yani onlar tarafından yöneltilir.

Cumhuriyet Savcısı veya taraflar, bilirkişiye sorularını hâkim aracılığı ile sorarlar; ancak hâkim adı geçenlere doğrudan soru yönelmek yetkisini verebilir. Ancak hekim bilirkişiler muayene yaparken, zorunlu saydıkları soruları, hâkimi, Cumhuriyet Savcısı ve avukat bulunmadan da doğrudan şüpheli veya sanığa yöneltebilirler” (2001 Tasarısı 67. madde gerekçesi).

“Kovuşturma evresinin, hemen hemen bütün mukayeseli mevzuatta ortak olan özellikleri sözlülük, tartışmalılık, işi bir duruşmada bitirmedir. Bunlardan sözlülük (şifahlılık) esastır ve başta gelir. Bu esas çerçevesinde bilirkişilerin duruşmada açıklama yapmak üzere çağırılması, bu madde ile öngörülmüş ve düzenlenmiştir.

Bilirkişilerin duruşma aşamasında raporlarını verdikten sonra hazır bulunmaları zorunluluğu yoktur. Ancak mahkeme re'sen veya Cumhuriyet Savcısı'nun veya tarafların veya avukatların istemi üzerine adı geçenleri, açıklamalarda bulunmak üzere çağırabilir. Bu hâlde not ve raporlarına bakarak cevap verebilecek olan bilirkişilere, görevleri kapsamındaki bütün sorular yöneltebilir.

Bilirkişi açıklaması ile tanık olarak veya bilgi edinilmesi için dinlenen kişilerin beyanları arasında çelişki ortaya çıkarsa, mahkeme gerekçeli bir kararla duruşmanın devanına veya işin ileri bir tarihe bırakılmasına karar verebilir” (2001 Tasarısı 69. madde gerekçesi).

IV. Bilim Komisyonu'ndaki çalışmalar sırasında, uygulamada mahkemeler tarafından bir suçun unsurlarının oluşup oluşmadığı veya kusurun tespiti konusunda bilirkişiye başvurulmasını engellemek maksadıyla 67. maddenin 3. fıkrasına

aşağıdaki hüküm konulmuştu: *“Bilirkişi raporunda, bir suçun unsurlarının oluşup oluşmadığı veya failin müsnet suç nedeniyle kusurluluğu hakkında değerlendirmede bulunulamaz”*. Ancak meclisteki çalışmalar sırasında bu fıkranın son şekli şu şekilde olmuştur: *“Bilirkişi raporunda, hâkim tarafından yapılması gereken hukuki değerlendirmelerde bulunulamaz”*.

V. Uzman mütalaasına ilişkin açık hüküm vazedilmiştir. Bilindiği üzere, mahkeme tarafından atanan bilirkişilerin dışında, tarafların da bilirkişi mütalaası olarak, mahkemeye sunması mümkündür. Daha önce 1412 sayılı CMUK'da bu konuda bir açıklık bulunmamakta, bazı hükümlere kıyasen bunun olanaklı olduğu kabul edilmekteydi. 67. maddeye eklenen 7. fıkra ile, gerek şüpheli, sanık veya müdafinin ve gerekse savcı veya katılanın *“yargılama konusu olayla ilgili olarak veya bilirkişi raporunun hazırlanmasında değerlendirilmek üzere ya da bilirkişi raporu hakkında, uzmanından bilimsel mütalaa alabileceğine”* ilişkin açık hüküm sevk edilmiştir. Bu suretle, örneğin bir mühendisten, hekimden veya bir hukuk profesöründen olaya ilişkin olarak gerek teknik ve gerekse hukuksal bilimsel bir mütalaa istenerek, olayın teknik veya hukuksal değerlendirilmesi konusunda alınacak rapordan yargılamada yararlanılması mümkün olabilecektir.

Bilimsel mütalaa hazırlayan uzman da açıklamalarda bulunmak üzere duruşmaya çağırılabilir (CMK 68/3).

VI. Tasarı'nın 70. maddesinde *“tanıklık bilirkişi olmaya engel değildir”* şeklinde bir hüküm bulunmaktaydı. Türkiye Barolar Birliği'nin değişiklik önerisinde tam aksi yönde bir hüküm teklif edilmişti: *“Tanıklık, bilirkişi olmaya engeldir”*. Buna göre, tanık yerine başkası ikame edilemeyecek bir muhakeme süjesi olduğu halde, bilirkişinin yerine bir başkasının ikame edilmesi her zaman mümkündür. Bu gerekçelerle, Kanunumuzun 69.

18

maddesine “*tanıklık bilirkişi olmaya engel değildir*” şeklindeki hüküm alınmamıştır.

Kanımızca, TCK. m. 19’daki hal hariç, bir hukukçunun ceza davasında bilirkişi olarak görevlendirilmesi CMK’ya ve hukuka aykırıdır.

**ŞÜPHELİ VEYA SANIK ÜZERİNDE
BEDEN MUAYENESİ YAPILABİLİR Mİ,
VÜCUTTAN ÖRNEK ALINABİLİR Mİ?**

19

Ceza Muhakemesinde Beden Muayenesi, Genetik İncelemeler ve Fizik Kimliğin Tespiti Hakkında Yönetmelik'in 3. maddesine göre,

bedenin tıbbî muayenesi: Tabip tarafından tıbbî yöntemler kullanılarak yapılan değerlendirmeleri,

dış beden muayenesi: Vücudun dış yüzeyi ile kulak, burun ve ağız bölgelerinin gözle ve elle yapılan yüzeysel tıbbî incelemesini,

iç beden muayenesi: Kafa, göğüs ve karın boşlukları ile cilt altı dokularının incelenmesini,

örnek: Bir suçla ilişkin delil elde etmek amacıyla, inceleme yapmak üzere ilgililerden alınan biyolojik ve diğer materyali ifade eder.

Beden muayenesi ve vücuttan örnek alınması 1412 sayılı CMUK'da ayrıntılı olarak düzenlenmemiş, sadece 66. maddede hüküm de yetersiz kalmaktaydı. Bu nedenle gerek 2001 Tasarısı ve gerekse kanunumuz bu konuyu ayrıntılı olarak

düzenlemişti. Ancak bu konuya yönelik uygulamadaki eleştiriler sonrasında 5353 sayılı 25.5.2005 tarihli kanun ile konu tekrar yeni bir düzenlemeye kavuşturuldu. Bu sebeple, konuyu ele alırken, gerek 2001 Tasarısı, gerek kanunumuzun ilk şekli ve gerekse 25 Mayıs değişikliği sonrası durumu beraberce ele almakta yarar görüyoruz:

I. ŞÜPHELİ VEYA SANIĞIN BEDEN MUAYENESİ VE VÜCUDUNDAN ÖRNEK ALINMASI

2001 TASARISI

“Madde 78- İşlenmiş bir suçun delil, iz, eser ve emarelerinin saptanması amacıyla, şüpheli veya sanığın beden muayenesine, sağlığını tehlikeye düşürmemek ve cerrahî bir müdahalede bulunmamak koşuluyla, kendisinden kan, saç, tükürük, tırnak, cinsel salgı ve benzeri örneklerin alınmasına, çok zorunlu veya başka suretle delil elde etme olanağı bulunmayan hâllerde Cumhuriyet Savcısı veya mağdurun istemiyle ya da re’sen hâkim veya mahkeme, gecikmesinde sakınca bulunan hâllerde Cumhuriyet Savcısı tarafından karar verilebilir. Bu hususta karar verilmeden önce şüpheli veya sanığın avukatı dinlenir. Gerekli işlemler hâkim veya mahkemenin, gecikmesinde sakınca bulunan hâllerde Cumhuriyet Savcısı’nın görevlendirdiği hekim veya diğer bir görevli tarafından yapılır.

Alınan örnekler, örnek alınmasını gerekli kılan olayla ilgili yargılama ve bununla bağlantılı olarak yapılan diğer yargılamalar dışında kullanılamaz. Kullanılmalarına gerek kalmayan örnekler hemen yok edilir.”

Bu madde gereğince alınacak kararlara itiraz edilebilir.

Gerekeç: Beden muayenesi, 1412 sayılı Kanun’da ayrıntılı olarak düzenlenmiş değildir; 1412 sayılı Kanun’un 66. mad-

desinin son fıkrasında yer alan düzenlemenin, gerek maddî gerçeğe ulaşılması ve gerek şüpheli ve sanığın insan hakları açısından yeterli olmadığı açıktır. Tasarı bu konuyu geniş şekilde düzenlemeyi uygun görmüştür.

Karşılaştırmalı hukukta bedenden parça alınması hususunda değişik düzenlemeler vardır: İngiltere’de ilgilinin rızası olmadıkça parça alınamaz; ancak geçerli bir neden olmadığı hâlde rıza açıklanmaması durumunda hâkim, sanığa karşı bir suçluluk emaresi çıkarabilir. İtalya’da ise parça alma hem yastaktır ve hem de rıza olmaması hâlinde hâkim bundan sonuç çıkaramaz. Almanya’da ise ilgilinin rızası olmadan bedenden parça ve kısım alınabilir. Bu işlem hâkim, savcı ve gecikmesinde sakınca bulunan hâllerde polis tarafından gerçekleştirilebilir. Ancak ön koşul kişinin sağlığının bir riskle karşılaşmaması ve işin ağır bir tıbbî müdahaleyi gerektirmemesidir; 15.6.2000 tarihli olup, Fransız Ceza Usul Kanunu’nun 142. maddesinde ve diğer bir kısım kanunlarda değişiklik yapan Kanun bu konuda şu hükmü getirmiştir: *“Gözaltına alınmış bir kimse üzerinde dahili bedensel tahkik işlemlerine girişmek için bir hekime başvurmak zorunludur. Bu tür bir işleme, araştırma bakımından zorunlu olduğu hâllerde başvurulabilir”*.

Tasarı, Alman sistemine yakın ve fakat ona göre daha güvenceli bir usulü kabul etmiştir: Birinci olarak delil elde etmek, bazı vakıaları ve olayları, örneğin yaraları, iz ve eserleri belirlemek amacıyla muayene yapılabilecek, beden boşlukları incelenebilecektir.

İkinci olarak bedenden kan, cinsel salgı, saç, vücut kılları, tırnak, tükürük, nefes, deri döküntüsü, gaita, sümük, balgam gibi örneklerin alınması mümkün olacaktır. Bu yolla örneğin yeni teknoloji ceza muhakemesinin hizmetine sokulmuş olacaktır.

Üçüncü olarak işlemin ilgilinin sağlığını tehlikeye düşürmemesi temel ön koşuldur. Bu itibarla muayene veya parça almak maksadıyla, hiçbir suretle, cerrahî müdahalede bulunulamaz. Cerrahî müdahalenin ne olduğunu, sağlıkla ilgili mevzuat belirtmektedir.

Dördüncü olarak bu işleme “ultima ratio” olarak yani başka suretle delil elde etme olasılığı bulunmayan hâllerde başvurulabilecektir.

Beşinci olarak işleme, mutlaka şüpheli veya sanığın avukatının dinlenmesinden sonra hâkim tarafından karar verilebilecektir. Cumhuriyet Savcısı veya mağdur bu hususta istemde bulunabileceklerdir.

Altıncı olarak gerekli işlemler hâkimin görevlendireceği bir hekim veya diğer bir görevli tarafından yapılacaktır.

Yedinci olarak alınan örneklerin, kişilik haklarının korunması için olayla ilgisi bulunmayan başka yargılamalarda kullanılması mümkün olmayacaktır.

Bu maksatla alınan kararlara karşı itiraz edilebileceği maddenin son fıkrasında hüküm altına alınmıştır.

2004 KANUNU İLK ŞEKLİ

“Madde 75. - (1) Bir suça ilişkin delil elde etmek için, şüpheli veya sanığın bedeninin tıbbî muayenesine ya da vücudundan kan veya cinsel salgı gibi örnekler alınmasına, Cumhuriyet Savcısı veya mağdurun istemiyle ya da re’sen hâkim veya mahkeme tarafından karar verilebilir. Bu müdahaleler ancak hekim tarafından veya hekim gözetiminde sağlık mesleği mensubu diğer bir kişi tarafından yapılabilir. Şüpheli veya sanığın vücudundan saç, tükürük ve tırnak

gibi örnekler alınabilmesine Cumhuriyet Savcısı da karar verebilir. Cumhuriyet Savcısı'nın kararı, yirmi dört saat içinde hâkim veya mahkemenin onayına sunulur. Hâkim veya mahkeme, yirmi dört saat içinde kararını verir. Onaylanmayan kararlar hükiümsüz kalır ve elde edilen deliller kullanılamaz.

(2) Tıbbî muayenenin yapılabilmesi veya vücuttan örnekler alınabilmesi için; müdahalenin, kişinin sağlığına zarar verme tehlikesinin bulunmaması gerekir.

(3) Üst sınırı iki yıldan daha az hapis cezasını gerektiren suçlarda kişi üzerinde beden muayenesi yapılamaz; kişiden kan, saç, tükürük, tırnak, cinsel salgı gibi örnek alınmaz.

(4) Bu madde gereğince alınacak hâkim veya mahkeme kararlarına itiraz edilebilir."

Komisyon Gereçesi: Gereçeye tamamen iştirak edilmekle birlikte, madde başlığı, içeriği ile uyumlu hale getirebilmek için şüpheli veya sanığın beden muayenesi ve vücudundan örnek alınması olarak değiştirilmiştir. Ceza muhakemesinde iz eser ve emare de esasen delil sayıldığından Komisyonumuz bu ibareler yerine sadece delil terimini kullanmıştır.

Komisyonumuz muayeneyi iç ve dış beden muayenesi olarak ikiye ayırmış ve iç beden muayenesini daha sıkı şartlara bağlamıştır. İç beden muayenesi yapılabilmesi veya vücuttan örnek alınabilmesi için; müdahalenin, kişinin sağlığına zarar verme tehlikesinin bulunmaması gerekir. İç beden muayenesi veya vücuttan örnek alınması, ancak tabip veya sağlık mesleği mensubu diğer bir kişi tarafından yapılabilir. Cinsel organlar veya anüs bölgesinde yapılan muayene, iç beden muayenesi

sayılır ve bununla ilgili olarak birinci ve üçüncü fıkra hükümleri uygulanır.

Sanık üzerinde iç beden muayenesi yapılabilmesine ya da vücuttan kan, saç, tükürük, tırnak, cinsel salgı gibi örnek alınabilmesine hâkim veya mahkeme, gecikmesinde sakınca bulunan hâllerde Cumhuriyet Savcısı tarafından karar verilebilir. Cumhuriyet Savcısı'nın kararı, yirmi dört saat içinde hâkim veya mahkemenin onayına sunulur. Onaylanmayan kararlar hükümsüz kalır ve elde edilen deliller kullanılamaz. Bu suretle maddede yeni bir delil yasağı daha ihdas edilerek soruşturma ve kovuşturma makamlarının uygulamalarının insan hakları esaslarına uygun olmasının sağlanması amaçlanmıştır.

Bu işlem her suçta yapılamaz. Bunun için üst sınırı iki yıldan daha az hapis cezasını gerektirmeyen bir suçun olması gerekir

Bu madde gereğince alınacak karar mahkeme tarafından da verilse itirazı mümkündür. Bu suretle denetimde çabukluk amaçlanmıştır.

5353 SAYILI KANUN İLE DEĞİŞİK 75. MADDE

"Madde 75.- (1) Bir suça ilişkin delil elde etmek için şüpheli veya sanık üzerinde iç beden muayenesi yapılabilmesine ya da vücuttan kan veya benzeri biyolojik örneklerle saç, tükürük, tırnak gibi örnekler alınabilmesine; Cumhuriyet Savcısı veya mağdurun istemiyle ya da re'sen hâkim veya mahkeme, gecikmesinde sakınca bulunan hâllerde Cumhuriyet Savcısı tarafından karar verilebilir. Cumhuriyet Savcısı'nın kararı, yirmi dört saat içinde hâkim veya mahkemenin onayına sunulur. Hâkim veya mahkeme, yirmi dört saat içinde kararını verir. Onaylanmayan kararlar hükümsüz kalır ve elde edilen deliller kullanılamaz.

(2) İç beden muayenesi yapılabilmesi veya vücuttan kan veya benzeri biyolojik örnekler alınabilmesi için müdahalenin, kişinin sağlığına zarar verme tehlikesinin bulunmaması gerekir.

(3) İç beden muayenesi veya vücuttan kan veya benzeri biyolojik örnekler alınması, ancak tabip veya sağlık mesleği mensubu diğer bir kişi tarafından yapılabilir.

(4) Cinsel organlar veya anüs bölgesinde yapılan muayene de iç beden muayenesi sayılır.

(5) Üst sınırı iki yıldan daha az hapis cezasını gerektiren suçlarda, kişi üzerinde iç beden muayenesi yapılamaz; kişiden kan veya benzeri biyolojik örneklerle saç, tükürük, tırnak gibi örnekler alınamaz.

(6) Bu madde gereğince alınacak hâkim veya mahkeme kararlarına itiraz edilebilir.

(7) Özel kanunlardaki alkol muayenesine ve kan örneği alınmasına ilişkin hükümler saklıdır."

75. maddede 5353 sayılı Kanun'la yapılan bu değişikliğin gerekçesi ise şöyledir:

"5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 'şüpheli veya sanığın beden muayenesi ve vücudundan örnek alınması' başlıklı 75 inci maddesi, uygulamada ortaya çıkarabileceği sorunlar dikkate alınarak yeniden düzenlenmiştir.

Yapılan düzenleme ile, beden muayenesi iç ve dış beden muayenesi olarak ikiye ayrılmıştır. Bu madde kapsamında şüpheli veya sanık üzerinde iç beden muayenesinin hangi şartlarda ve ne suretle yapılacağı düzenlenmiştir. Dış beden muayenesi ayrıca düzenlenmemiştir. Dış beden muayenesi için mahkeme, hâkim veya cumhuriyet savcılığı

19

tarafından bir karar verilmesine gerek bulunmayıp, soruşturma ve kovuşturma makamları bu işlemi kendileri yapabileceklerdir.

Madde metninde ayrıca, şüpheli veya sanığın vücudundan kan veya benzeri biyolojik örneklerle, saç, tükürük, tırnak gibi örnekler alınması da, iç beden muayenesine ilişkin şartlara tabi tutulmuştur.

Buna göre, şüpheli ve sanık üzerinde iç beden muayenesinin yapılabilmesi veya vücuttan örnek alınabilmesi hususunda kural olarak hâkim veya mahkeme tarafından karar verilebilir. Bu hususta karar, Cumhuriyet Savcısı'nın veya mağdurun talebi üzerine veya re'sen verilebilir.

Gecikmesinde sakınca bulunan hallerde Cumhuriyet Savcısı tarafından da bu hususta karar verilebilir. Ancak, Cumhuriyet Savcısı'nın kararı, yirmi dört saat içinde hâkim veya mahkemenin onayına sunulur. Hâkim veya mahkeme, yirmi dört saat içinde kararını verir. Onaylanmayan kararlar hükümsüz kalır ve elde edilen deliller kullanılamaz. Bu düzenlemeyle, Cumhuriyet Savcısı'nın iç beden muayenesi ve vücuttan örnek alınmasıyla ilgili kararı sadece soruşturma evresiyle sınırlı tutulmuştur.

Ayrıca belirtmek gerekir ki; iç beden muayenesinin veya vücuttan örnek alınmasının, münhasıran şüpheli veya sanığa isnat edilen suçla ilgili delil elde etmek amacına yönelik olması gerekir. Bu bakımdan örneğin, bilimsel bir deney veya veri bankası oluşturmak amacıyla, söz konusu işlemlerin yapılmasına karar verilemez.

İç beden muayenesi, şüpheli veya sanığın bedeni üzerinde cerrahi müdahaleyi de gerekli kılabilir. Ancak, maddenin üçüncü fıkrasına göre, cerrahi müdahaleyi de gerektirebilen iç beden muayenesinin yapılabilmesi veya vücuttan kan veya benzeri biyolojik örnekler alınabilmesi için; bu işlemlerin, şüpheli veya sanığın sağlığına zarar

verme tehlikesinin bulunmaması gerekir. Bu nedenle, maddenin dördüncü fıkrasında, iç beden muayenesinin veya vücuttan kan veya benzeri biyolojik örnekler alınmasının, ancak tabip veya sağlık mesleği mensubu diğer bir kişi tarafından yapılabileceği kabul edilmiştir. Bu fıkra aynı zamanda iç beden muayenesi ile dış beden muayenesinin sınırını da belirlemektedir. Buna göre, iç beden muayenesi, ancak bir hekim veya sağlık mesleği mensubu bir kişi tarafından yapılabilecek bir müdahale olarak anlaşılmalıdır.

Keza belirtmek gerekir ki, beden muayenesi için şüpheli veya sanığın rızasının olup olmasının bir önemi bulunmamaktadır. Ancak, müdafii huzurunda rıza göstermesi halinde, şüpheli veya sanığın iç beden muayenesinin yapılabilmesi, vücudundan örnek alınabilmesi için karar alınmasına gerek bulunmamaktadır.

Maddenin beşinci fıkrasında, cinsel organlar veya anüs bölgesinde yapılan muayenenin, iç beden muayenesi sayılacağı belirtilmiştir. Ancak, örneğin ağız, burun veya kulak gibi vücut boşluklarında yapılan muayene, iç beden muayenesi olarak kabul edilemez.

Altıncı fıkroda, soruşturma veya kovuşturma konusu suçun kanunda yazılı cezasının üst sınırı gösterilmek suretiyle, bu madde hükmünün uygulama alanı daraltılmıştır.

Maddenin son fıkrası ile, Karayolları Trafik Kanunu gibi bazı özel kanunlardaki alkol muayenesine ve kan örneği alınmasına ilişkin hükümler saklı tutulmaktadır”.

İfade edelim ki, PVSK 13. maddeye göre, “yakalananlardan uyuşturucu madde kullanmış olanlarla sarhoş olanların durumları, tüzükte belirtilen esas ve usullere uygun olarak hekim raporu, hekimin bulunmadığı hallerde yardımcı sağlık hizmetleri personelinin birinin müşahade raporu ile tespit edilir”. Bu hüküm de, 75/son hüküm ile saklı tutulmuş hükümlerdendir.

SONUÇ

Beden muayenesine ilişkin maddelerde yapılan bunca değişikliği bir bütün olarak değerlendirdiğimizde şu sonuçlara varmak mümkündür:

Beden muayenesi iç ve dış olmak üzere ikiye ayrılmış ve CMK'da iç beden muayenesine ilişkin hükümler konulmuştur. Dış beden muayenesi ise herhangi bir karara gerek bulunmaksızın yapılabilecektir. Maddenin ilk halinden farklı olarak şüpheli veya sanığın vücudundan kan veya benzeri; saç, tükürük, tırnak gibi örnekler alınması da aynı kurallara tabi kılınmıştır.

Ceza Muhakemesinde Beden Muayenesi, Genetik İncelemeler ve Fizik Kimliğin Tespiti Hakkında Yönetmelik'in 18. maddesine göre, *"bir suçun aydınlatılmasını sağlamak amacıyla, şüpheli, sanık ve diğer kişilerin kendiliğinden başvurarak rıza göstermeleri hâlinde, soruşturma evresinde Cumhuriyet Savcısı'nı istemi, kovuşturma aşamasında ise hâkim veya mahkeme kararıyla tıbbî muayeneleri yapılabilir ya da vücutlarından örnek alınabilir"*. Böylece rızaya hukuksal geçerlik tanınmış bulunmaktadır. Keza aynı Yönetmeliğin 19. maddesine göre de, *"sağlık mevzuatı ve taraf olunan uluslararası sözleşmeler uyarınca tabip tarafından yapılması gereken tedavi amaçlı tıbbî muayene ve müdahaleler için Cumhuriyet Savcısı ya da hâkim kararı aranmaz"*.

Ancak belirtelim ki, madde metninde bazı hatalar mevcuttur ve kanun değişikliği ile bunlar giderilmelidir. Madde Metnindeki *"benzeri biyolojik örnekler"* ifadesi, esasen madde sayılan kan, tükürük, saç, tırnak, v.b. tüm ifadeleri zaten kapsıyor. Bu madde uyarınca yapılacak inceleme konusuna örneği *"tabip veya sağlık mesleği mensubu"* olabilir. Bu hatalıdır. Çoğu doktor, başka alanlardaki uzman doktorlar dahi bunu alamaz;

alır ise tıptaki ifadeyle “DNA’yı intihar ettiriri” O nedenle, bu işten anlayan uzmanla sınırlamak gerekir.CMK. m. 75/5 hatalı ve gereksizdir: burdaki 2 yıllık üst sınır hatalı bir engeldir.Ya tamamen kaldırılmalı veya karşılaştırılmalı hukuktaki gibi 1 yıla indirilmelidir.

Yukarıdaki soruda olduğu gibi burada da, 2001 Tasarısı, 2004 Kanunu'nun ilk hali ve 5353 sayılı Kanun ile değişik halini gerekçeleriyle beraber vererek, bunları karşılaştırmakta yarar görüyoruz:

2001 TASARISI

“Madde 79- İşlenmiş bir suç dolayısıyla bedenlerinde delil, iz, eser ve emarelerin bulunup bulunmadığını saptamak veya soy bağınu belirleyebilmek amacıyla ve sağlıklarını tehlikeye düşürmemek ve cerrahî bir müdahalede bulunmamak koşuluyla, şüpheli veya sanıktan başka kişilerin de bedenlerinin muayenesine ve gerektiğinde örnek alınmasına 78 inci maddenin birinci fıkrasına göre karar verilebilir.

Tanıklıktan çekinme nedenleri ile muayeneden veya bedenden örnek alınmasından kaçınılabilir. Çocuklar ve akıl hastalarının çekinmesi konusunda yasal temsilcileri karar verirler. Yasal temsilci de şüpheli veya sanık ise bu konuda hâkim tarafından karar verilir. Ancak, bu hâlde elde edilen delil, iz, eser ve emareler davanın ileri aşamalarında şüpheli veya sanık olmayan yasal temsilcinin izni olmadıkça kullanılamaz.

78 inci maddenin ikinci ve üçüncü fıkraları, bu hâlde de uygulanır."

Gereke: Maddî gerçeğin araştırılması bakımından şüpheli veya sanıktan başka kişilerin de beden muayenesi gerekli olabilir. Örneğin, mağdur üzerinde yapılacak olan incelemeler, iddia ve savunma açısından önemli bulguları ortaya koyabilir. Bu nedenle maddede, 78. maddede yer alan usulün şüpheli veya sanık dışındaki kişiler bakımından da uygulanabilmesi öngörülmüştür. Ancak bu gibi hâllerde 78. maddenin saptadığı bütün koşullara uyulacaktır. Beden muayenesinin veya bedenden kısım alınmasının amacı suça ait delil, iz, eser ve emarelerin bulunup bulunmadığını saptamak veya irsiyeti belirlemek olacaktır.

Tanıklıktan çekinme haklarına sahip olanlar beden muayenesini yaptırmayı veya bedenden parça alınmasını kabul etmeyebilirler. Bu durumda bulunan çocuk veya akıl hastaları hakkında çekinme hakkını bunlar yerine yasal temsilcileri kullanırlar. Ancak yasal temsilci de şüpheli veya sanık ise çekinme hakkı konusunda kararı hâkim verecektir. Yasal temsilci değiştiğinde veya davanın ileri aşamalarında şüpheli veya sanık sıfatı kalktığında, evvelce elde edilmiş delil, iz, eser ve emareler, adı geçeninin rızası olmadığında kullanılamayacaktır.

Bu maddenin uygulanması yönünden diğer önemli bir koşul bedenden alınan örneklerin ancak olayın yargılanmasında veya bununla bağlantılı yargulamalarda kullanılmasıdır. Kullanılmasına gerek kalmayan örnekler, derhal yok edilecektir.

Madde, bu madde gereğince alınacak kararlara itiraz edilebileceğini saptamıştır.

2004 KANUNU İLK ŞEKLİ:

"Madde 76. - (1) Bir suçla ilişkin delil elde etmek amacıyla, mağdurun bedeni üzerinde tıbbî muayene yapılabilmesine veya kan, saç, tükürük, tırnak, cinsel salgı gibi örnekler alınabilmesine; sağlığını tehlikeye düşürmemek koşuluyla, Cumhuriyet Savcısı'nun istemiyle ya da re'sen hâkim veya mahkeme tarafından karar verilebilir.

(2) Çocuğun soy bağının araştırılmasına gerek duyulması halinde, bu araştırmanın yapılabilmesi için, birinci fıkra hükmüne göre karar alınması gereklidir.

(3) Tanıklıktan çekinme sebepleri ile muayeneden veya bedenden örnek alınmasından kaçınılabılır. Çocuk ve akıl hastasının çekinmesi konusunda kanunî temsilcisi karar verir. Çocuk veya akıl hastasının, tanıklığın hukukî anlam ve sonuçlarını algılayabilecek durumda olması hâlinde, görüşü de alınır. Kanunî temsilci de şüpheli veya sanık ise bu konuda hâkim tarafından karar verilir. Ancak, bu hâlde elde edilen deliller davanın ileri aşamalarında şüpheli veya sanık olmayan kanunî temsilcinin izni olmadıkça kullanılamaz.

(4) Bu madde gereğince alınacak hâkim veya mahkeme kararlarına itiraz edilebilir."

Komisyon Gerekçesi: Hükümet gerekçesi ana hatlarıyla Komisyonumuzca da benimsenmiştir. Ancak, ceza muhakemesinde iz eser ve emare de esasen delil sayıldığından Komisyonumuz bu ibareler yerine sadece delil terimini kullanmıştır.

Komisyonumuz muayeneyi iç ve dış beden muayenesi olarak ikiye ayırmış ve iç beden muayenesini daha sıkı şartlara bağlamıştır. İç beden muayenesi yapılabilmesine ya da vücuttan kan, saç, tükürük, tırnak, cinsel salgı gibi örnek alınabil-

mesine hâkim veya mahkeme, gecikmesinde sakınca bulunan hâllerde Cumhuriyet Savcısı tarafından karar verilebilir. Yirmi dört saat içinde onaylanmayan kararlar hükümsüz kalır ve elde edilen deliller kullanılamaz. Bu suretle maddede yeni bir delil yasağı daha ihdas edilerek soruşturma ve kovuşturma makamlarının uygulamalarının insan hakları esaslarına uygun olmasının sağlanması amaçlanmıştır.

Bu madde gereğince alınacak karar mahkeme tarafından da verilse itirazı mümkündür. Bu suretle denetimde çabukluk amaçlanmıştır.

Mağdurun rızasının varlığı halinde, bu işlemlerin yapılabilmesi daha kolaydır. Bunun için, birinci fıkra hükmüne göre karar alınmasına gerek yoktur. Çocuğun soy bağının araştırılmasına gerek duyulması halinde; bu araştırmanın yapılabilmesi için, birinci fıkra hükmüne göre karar alınması gereklidir.

5353 SAYILI KANUN İLE DEĞİŞİK 76. MADDE

“Madde 76.- (1) Bir suçla ilişkin delil elde etmek amacıyla, mağdurun vücudu üzerinde dış veya iç beden muayenesi yapılabilmesine veya vücudundan kan veya benzeri biyolojik örneklerle saç, tükkürük, tırnak gibi örnekler alınabilmesine; sağlığını tehlikeye düşürmemek ve cerrahî bir müdahalede bulunmamak koşuluyla; Cumhuriyet Savcısı'nın istemiyle ya da re'sen hâkim veya mahkeme, gecikmesinde sakınca bulunan hâllerde Cumhuriyet Savcısı tarafından karar verilebilir. Cumhuriyet Savcısı'nın kararı, yirmi dört saat içinde hâkim veya mahkemenin onayına sunulur. Hâkim veya mahkeme, yirmi dört saat içinde kararını verir. Onaylanmayan kararlar hükümsüz kalır ve elde edilen deliller kullanılamaz.

(2) Mağdurun rızasının varlığı halinde, bu işlemlerin yapılabilmesi için birinci fıkra hükmüne göre karar alınmasına gerek yoktur.

(3) Çocuğun soy bağının araştırılmasına gerek duyulması halinde; bu araştırmanın yapılabilmesi için birinci fıkra hükmüne göre karar alınması gerekir.

(4) Tanıklıktan çekinme sebepleri ile muayeneden veya vücuttan örnek alınmasından kaçınılabılır. Çocuk ve akıl hastasının çekinmesi konusunda kanunî temsilcisi karar verir. Çocuk veya akıl hastasının, tanıklığın hukukî anlam ve sonuçlarını algılayabilecek durumda olması hâlinde, görüşü de alınır. Kanunî temsilci de şüpheli veya sanık ise bu konuda hâkim tarafından karar verilir. Ancak, bu hâlde elde edilen deliller davanın ileri aşamalarında şüpheli veya sanık olmayan kanunî temsilcinin izni olmadıkça kullanılamaz.

(5) Bu madde gereğince verilen hâkim veya mahkeme kararlarına itiraz edilebilir.

Bu değişikliğin gerekçesini de burada aktarmakta yarar görüyoruz:

“5271 sayılı Kanun’un 76 ncı maddesi, 75 inci madde ile uyum sağlamak için kenar başlığı değiştirilmiş, birinci fıkra yeniden düzenlenmiş, maddede olmayan bir hüküm ikinci fıkra olarak eklenmiştir.

Bu düzenlemede, mağdurun bedeni üzerinde muayene yapılması hususunda, iç ve dış beden muayenesi ayırımına yer verilmemiştir. Mağdurun bedeni üzerinde muayene yapılması veya vücudundan kan veya benzeri biyolojik örnekler ile saç, tükürük, tırnak gibi örnekler alınması hususunda da, hâkim mahkeme veya gecikmesinde sakınca bulunan hallerde Cumhuriyet Savcısı karar verebilir. Ancak, bunun

için, mağdurun sağlığının tehlikeye düşürülmemesi gerekir. Keza, mağdurun vücudu üzerinde cerrahi müdahalede bulunulamaz.

Maddenin ikinci fıkrasına göre, mağdurun açık rızasının varlığı halinde, birinci fıkra hükmüne göre karar alınmasına gerek bulunmamaktadır. Bu hükmümlle mağdurun rızası, bir hukuka uygunluk sebebi olarak özel bir düzenleme alanı bulmaktadır.

Mağdurun rızasının ikinci fıkra olarak eklenmesi nedeniyle, 76 ncı maddenin ikinci fıkrası teselsül ettirilmele suretiyle üçüncü fıkra olarak düzenlenmiştir. Buna göre, örneğin cinsel saldırı suçunun açıklığa kavuşturulması için, suç sonucunda mağdurun ya da şüpheli veya sanığın hamile kalması durumunda, hamile kalman çocuğun soy bağının tespitine ihtiyaç bulunabilir. Bu durumda, maddenin üçüncü fıkrasına göre, soruşturma veya kovuşturma konusu suçun mağduru konumunda olmayan çocuğun soy bağının araştırılmasına yönelik tıbbi tahlillerin yapılabilmesi için, birinci fıkrada öngörülen şekilde karar verilmesi gerekmektedir...".

SONUÇ

Ceza muhakemesinde, örneğin bir cinsel saldırı suçunun mağdurunun bedeninde suç izlerini belirleyebilmek maksadıyla tıbbi muayene yapılabilir ve vücuttan örnekler alınabilir. Ceza Muhakemesi Kanunu'nda şüpheli veya sanık üzerinde beden muayenesi yapılmasına yönelik olarak yapılan son değişikliklere paralel değişiklikler sanık veya şüpheli dışındaki kişiler bakımından da yapılmış bulunmaktadır. Mağdur bu işlemlere rıza gösteriyorsa, hâkim veya savcıdan karar alınmasına gerek bulunmamaktadır. Aksi takdirde bu işlemlerin yapılabilmesi hâkim veya gecikmesinde sakınca bulunan halde savcının vereceği karar ile mümkün olabilir.

20

Mağdur üzerinde beden muayenesi yapılması veya vücuttan örnek alınması sağlığını tehlikeye düşürecek veya cerrahi bir müdahaleyi gerektirecekse, muayene veya örnek alınması yasaklanmıştır. Ancak bu durum, hekimlerin, muayeneye rıza göstermeyen kimseleri etik nedenlerle muayeneden çekinmelerini haklı göstermez. Rızası olmayan kimselere tıbbi müdahale yapılmaması ile müdahaleden zarar görecektir kimselere tıbbi müdahale yapılmaması birbirinden ayrılmalıdır.

Ceza Muhakemesinde Beden Muayenesi, Genetik İncelemeler ve Fizik Kimliğin Tespiti Hakkında Yönetmelik'in 3. maddesine göre, moleküler genetik inceleme, gereken tür ve miktardaki biyolojik materyali kullanarak, kişiyi diğer kişilerden ayıran ve kalıtım kurallarına uygun olarak aktarılan hastalık dışındaki özelliklerinin moleküler düzeyde araştırılmasını ifade eder.

Moleküler genetik inceleme hukukumuzda ilk defa 2001 Tasarısı'nın 81 ve 82. maddeleri ile düzenlenmiş bulunmaktadır. Alman Ceza Muhakemesi Kanunu 81/e ve 81/f maddeleri esas alınarak hazırlanan bu hükümler 2004 Kanunu'nun 78 ve 79. maddeleri olarak hemen hemen aynen kabul edilmiştir. Söz konusu maddelerin gerekçeleri şöyledir: *"Maddede moleküler genetik incelemelerin esasları belirlenmektedir. Bu madde ve 82. maddedeki düzenlemeler, Alman Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu'nun 81/a ilâ 81/f paragraflarına paralel bir niteliktedir. Çoğu kez soy bağı veya ele geçirilen materyalin şüpheliye, sanığa veya mağdura ait olup olmadığı konusunda duyulan kuşkular, moleküler genetik incelemeler yapılmaksızın giderilememektedir. Bu nedenle maddede moleküler genetik incelemelerin esasları ve sınırları düzenlenmektedir"* (2001 Tasarısı 78. madde gerekçesi). Madde uyarınca

21

moleküler genetik incelemeler yapılmasına sadece hâkim karar verebilecek, yazılı kararda incelemeyi yapacak bilirkişi de gösterilecektir. Maddede, bilirkişi olarak görevlendirilecek kişilerin nitelikleri, yasak genetik incelemelerin yapılmaması ve elde edilecek bilgilerin dışarıya sızması için alınması gerekli tedbirlerle ilgili hükümler konulmaktadır(2001 Tasarısı 79. madde gerekçesi).

Moleküler genetik inceleme ile kast edilen husus DNA analizidir. Buna genetik parmak izi adı da verilmektedir. Bu yöntemle, vücut parçası, kan, idrar, kıl, sperm ve deri parçalarının faile ait olup olmadığı az çok güvenilir bir şekilde tespit edilebilmektedir.²⁴ DNA analizi bakımından dikkat edilmesi gereken, negatif bir sonucun, kişinin fail olduğunu kesinlikle gösterdiğinin kabul edilmesini sağlayacağı; ancak pozitif neticelerin sadece istatistiksel bir delil değerinin bulunduğu, tek başına mahkûmiyet için yeterli görülmediğidir.²⁵

Gecikmede sakınca halinde Cumhuriyet Savcısı tarafından vücuttan kan veya benzeri biyolojik örneklerle saç, tükürük, tırnak gibi örnekler alınabilecektir (CMK 75). Ancak bu örnekler üzerinde moleküler genetik inceleme yapılması kararı ancak hâkim verebilir (CMK 79). Bu itibarla, gecikmede sakınca bulunduğu hallerde savcı kararıyla alınan örnekler üzerinde genetik inceleme yapılması kararı alınması gerektiğinde, Cumhuriyet Savcısının örnek alma kararının 24 saat içinde hâkim veya mahkemenin onayına sunulması gerektiğinden, bu onay sırasında ayrıca genetik inceleme yapılması kararının da talep edilmesi uygun olacaktır.

²⁴ Meyer-Gofner, §81e, kn. 1; Beulke, Werner, *Strafprozessrecht*, 7. Auflage, Heidelberg 2004, kn. 242.

²⁵ Volk, Klaus, Grundkurs StPO, 4. Auflage, München 2005, §10, kn. 30.

CMK 78/1. maddenin ikinci cümlesi, “*alınan örnekler üzerinde bu amaçlar dışında tespitler yapılmasına yönelik incelemeler*”i yasaklamaktadır. Böylece, soy bağıнын ya da elde edilen bulgunun şüpheli, sanık ya da mağdura ait olup olmadığı dışında, örneğin cinsiyet tespiti veya ırk tespitine yönelik incelemeler yasaya aykırıdır. Fakat, işlenen suçun veya şüphelinin niteliği itibarıyla cinsiyet veya ırk tespiti zorunlu olduğu takdirde, buna da imkân tanımak gerektiği düşüncesindeyiz.

Elde edilen sonuçlar sadece kovuşturma sırasında değil, soruşturma sırasında da kullanılabilir. Burada akla gelen bir soru, “*kitle testleri*”nin bu madde gereğince mümkün olup olmadığıdır. Kitle testi ile kast edilen, belirli şüphe özelliklerine sahip olan herkesin teste zorlanmasıdır. Örneğin, bir şehrin bir mahallesinde oturan bütün erkekler üzerinde DNA incelemesi yapılması gibi. Esasen maddeye bakıldığında bunu engelleyen bir hüküm görülmemektedir. Ancak maddenin alındığı Alman Öğretisi’nde “*kitle testleri*”nin ancak ilgili kimselerin gönüllü olarak bu testleri kabul etmesi halinde mümkün olacağı kabul edilmektedir. Kimse suçsuzluğunu ispat hususunda aktif bir çaba göstermeye zorlanamaz. Buna karşılık somut kriterlere göre şüpheli olabilecek bir grup insan olur ve bunlar da küçük bir kısmı DNA incelemesine rıza göstermezse, bu durum suç şüphesini artırabilir ve DNA incelemesi kararı verilmesini haklı kılar.²⁶

Ancak belirtelim ki moleküler genetik incelemelere ilişkin CMK. m. 78 bazı hataları içermektedir. Öncelikle buradaki “*genetik*” ifadesi hatalıdır. Esasında burada yapılan moleküler inceleme “*gen dışı bölge*” de yapılır. Yine, maddedeki “*zorunlu olması halinde*” ifadesi de hatalıdır. Önemli olan ölçülülüktür; zorunluluk koşulu bu incelemeyi amaca aykırı biçimde zorlaştırmaktadır. Madde metni bu açıdan değiştirilmelidir.

²⁶ Beulke, kn. 242; Volk, §10, kn. 30.

BEDEN MUAYENESİ VE GENETİK İNCELEME SONUÇLARININ GİZLİLİĞİ NASIL SAĞLANMAKTADIR?

Beden muayenesi veya genetik inceleme neticesinde elde edilen bulguların gizliliği konusu 2001 Tasarısı'nda düzenlenmemiştir. "Komisyonumuz, Hükümet tasarısından farklı olarak kişisel veri niteliğindeki genetik inceleme sonuçlarının kişilik hakları bakımından taşıdığı önem sebebiyle özel bir düzenlemeye tabi tutmuştur. Buna göre, bu veriler başka bir amaçla kullanılamayacak; dosya içeriğini öğrenme yetkisine sahip bulunan kişiler tarafından bir başkasına verilemeyecek ve ancak ilgili kişinin şüpheli, sanık veya mağdur olduğu bir başka olay dolayısıyla açılan soruşturma ve kovuşturmada delil olarak kullanılmak üzere Cumhuriyet Savcısı, hâkim veya malikeme tarafından istenebilecektir" (Komisyon Gerekçesi). Bu gerekçelerle 80. madde hükmü sevk edilmiş, madde yürürlüğe girmeden 5353 sayılı Kanun'un 4. maddesi ile değiştirilmiştir. Maddenin son hali şöyledir: "(1) 75, 76 ve 78 inci madde hükümlerine göre alınan örnekler üzerinde yapılan inceleme sonuçları, kişisel veri niteliğinde olup, başka bir amaçla kullanılamaz; dosya içeriğini öğrenme yetkisine sahip bulunan kişiler tarafından bir başkasına verilemez. (2) Bu bilgiler, kovuşturmayla yer olmadığı kararına itiraz süresinin dolması, itirazın reddi, beraat veya ceza verilmesine yer olmadığı kararı verilip kesinleşmesi hallerinde

Cumhuriyet Savcısı'nın huzurunda derhal yok edilir ve bu husus dosyada muhafaza edilmek üzere tutanağa geçirilir".

Maddenin 25.5.2005 tarihinde değiştirilmesinin nedeni, önceki düzenlemede hükmün kesinleşmesi hallerinde de bilgilerin yok edilmesinin öngörölmüş olması idi. Bu değişiklik ile *"her türlü hükmün değil, sadece beraat veya ceza verilmesine yer olmadığı kararlarının kesinleşmesi halinde bu bilgilerin yok edilmesi kabul edilmiş, böylece, özellikle mahkûmiyet halinde bilgilerin muhafazası mümkün kılınmıştır"* (Değişiklik gerekçesi). Ancak bu durumda, güvenlik tedbirine hükmedilmesi, davanın düşmesi kararlarının verilmesi durumunda da bilgiler yok edilemeyecektir.

Fizik kimliğin tespiti, ilk defa 2001 Tasarısı'nın 83. maddesinde düzenlenmişti. Buna göre, "İşlenen suçun cezasının üst sınırının iki yıl hapis, ağır hapis veya daha ağır cezaı gerektirdiği hâllerde, soruşturma ve kovuşturma makamlarınca şüpheli veya sanığın kimliğinin tanısına olanak veren fotoğrafı, beden ölçüleri, parmak ve ayak izi, bedeninde yer almış olup tanısını kolaylaştıracak diğer özellikleri ile olanak bulunduğu takdirde sesi ve video görüntüleri alınır.

Kovuşturmayaya yer olmadığı veya beraat kararı verilmesi hâllerinde söz konusu kayıtlar dosyadan çıkarılıp yok edilir".

Maddenin gerekçesi ise şöyleydi: "Fizik kimliğin saptanması esasta soruşturma evresinde yapılması gereken alışlagelmiş bir koluk işlemidir ve şüpheliler ile sanıkların soruşturma ve kovuşturma makamlarınca tanınmasını amaçlamaktadır. Kişiler hakkındaki belirli bilgiler, esasta özel hayata ilişkin bulunduğu ve hukukun koruması altında kaldığından bu husustaki bilgi ve bulguların ancak belirli ağırlığı olan suçlar bakımından saptanması ve kovuşturmayaya yer olmadığına veya beraata karar verildiğinde kayıtların dosyadan çıkarılıp yok edilmesi uygun görülmüştür".

Tasarıdaki düzenleme üç yönde değiştirilerek 2004 Kanunu'nun 81. maddesi olarak kabul edilmişti. Bu değişikliklere değinmeden önce belirtmek gerekir ki, iki yıllık üst sınır, bilim komisyonunda üç yıl olarak belirlenmiş, Adalet Komisyonu'nda tekrar iki yıl olarak değiştirilmiştir. Tasarı metninde yapılan değişiklikler ise şunlardır: İlk, fizik kimliğin tespiti için kimliğin teşhisi için gerekli olması şartı aranmış; ikinci olarak savcı veya hâkim kararı aranmış, son olarak da kayıtların savcı huzurunda yok edilmesi ve bu hususun tutanağa geçirilmesi kabul edilmiştir. Nitekim komisyon gerekçesinde bu husus şöyle ifade edilmektedir: *"Komisyonumuz, kural olarak, hükümet tasarısı ve gerekçesini benimsemiştir. Ancak bu işlemin yapılabilmesi, temel hak ve özgürlüklerle ilgili bulunduğundan hâkim veya gecikmesinde sakınca bulunan hallerde Cumhuriyet Savcısı'nın kararı ile yapılabilmesi öngörülmüştür. Keza bunların yok edilmesinin de savcı huzurunda olması aranmıştır"*.

Ancak bu değişikliklerle de yetinilmeyip, kanun yürürlüğe girmeden 25.5.2005 tarihinde 5353 sayılı Kanun'la yapılan değişiklik ile ilkin fizik kimliğin tespiti için hâkim kararı şartı kaldırılmış, ikinci olarak da CMK 80'de olduğu gibi,²⁷ kayıtların sadece kovuşturmaya yer olmadığı kararına itiraz süresinin dolması, itirazın reddi, beraat veya ceza verilmesine yer olmadığı kararı verilip kesinleşmesi hallerinde yok edilmesi esası benimsenmiştir.

Maddenin son şekli şöyledir: *"(1) Üst sınırı iki yıl veya daha fazla hapis cezasını gerektiren bir suçtan dolayı şüpheli veya sanığın, kimliğinin teşhisi için gerekli olması halinde, Cumhuriyet Savcısı'nın emriyle fotoğrafı, beden ölçüleri, parmak ve avuç içi izi, bedeninde yer almış olup teşhisini kolaylaştıracak diğer özellikleri*

²⁷ Bkz., 20. soru.

23

ile sesi ve görüntüleri kayda alınarak, soruşturma ve kovuşturma işlemlerine ilişkin dosyaya koyulur. (2) Kovuşturmaya yer olmadığı kararına itiraz süresinin dolması, itirazın reddi, beraat veya ceza verilmesine yer olmadığı kararı verilip kesinleşmesi hallerinde söz konusu kayıtlar Cumhuriyet Savcısı'nın huzurunda derhal yok edilir ve bu husus tutanağa geçirilir".

Daha çok kovuşturma evresinde yapılan bir işlem olan keşif ile soruşturma evresinde uygulanan yer gösterme işlemi²⁸ arasında kanunumuz koşul ve sonuçları bakımından bir ayırım gözetmemiştir.

CMK 83. madde, “yargılamanın amacına erişmek için olay ve durumun oluş nedenlerini anlayabilmek üzere yerinde inceleme yapmak hususunu düzenlemektedir. Bu amaçla yapılacak inceleme-ye muhakeme hukukunda keşif denilmektedir. Keşif, delil içeriğinin öğrenilmesine, toplanmış delillerin değerlendirilmesine yaradığı gibi, icra edildiği yerde var olan durum ile olayın özelliğine göre varlığı umulup da bulunamayan eserlerin ve izlerin yokluğunu saptama bakımından da önemlidir.

Hâkim tarafından ve alınan bir karara dayanılarak icra edilen keşif, olay yerinde, olay saati ve meteorolojik koşullara uygun biçimde yapıldığında amaca daha uygun olur. Diğer muhakeme işlemlerinde olduğu gibi keşif, naip hâkim ya da istinabe olunan mahkeme ile ge-

²⁸ Karagülmez, Ali, “Yer Gösterme İşlemi ve 5271 Sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu’nun 85. Maddesinin İncelenmesi”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, s. 57, Mart/Nisan 2005, s. 66.

cikmesinde sakınca bulunan hâllerde Cumhuriyet Savcısı tarafından yapılabilecektir.

Keşfin, hâkim tarafından yapılması gereği, vicdanî delil sisteminde hâkimin, ispat araçları ile doğrudan teması ve duruşmadan edineceği kanaate göre karar vermesi ilkesi bakımından önemli olduğu kadar, davanın sonucuna etkili bir durum saptamasının, tarafların hazır bulunabileceği yargılama aşamasında yapılması açısından da yararlı olup 'adil yargılama' ilkesi ile doğrudan ilişkilidir" (2001 Tasarısı 85. madde gerekçesi).

"Keşifte, tanık veya bilirkişinin dinlenmesinde bulunabilecekler" başlıklı 84. maddeye tekabül eden 2001 Tasarısı'nın 86. madde gerekçesi ise şöyledir: "Madde, keşifte, tanık ve bilirkişinin dinlenmesinde hazır bulunabilecek kişileri göstermektedir.

Yargılamanın yüz yüzelik (vicahîlik) yani sözlülük ilkesi, iddia ve savunma dengesinin korunmasının gerektirdiği ölçüde, sanığın yargılama faaliyetlerine katılmasını gerektirir. Tanıkların dinlenmesinde sanığın, tanık beyanlarını tartışıp çürütme, onlara gerekli soruları gerekli zamanda yöneltmek hakkı adil yargılama bağlanunda ne kadar önemli ise, davanın, sonucuna etki yapabilecek nitelikteki keşif işlemlerinde de sanığın hazır bulunup, bu yargılama faaliyetlerine katılması da aynı açıdan gereklidir. Bu nedenlerle keşfin, ilke olarak hâkim tarafından yapılması yararlı sayılmıştır.

Bir olayın soruşturmasında incelemenin hemen yapılmasının zorunlu olduğu, diğer bir deyişle gecikmesinde sakınca bulunan hâllerde Cumhuriyet Savcısı tarafından da keşif yapılabilecektir. Kolluğun veya Cumhuriyet Savcısı'nın, delil olabilecek şeyleri arayıp bulmak için yaptığı araştırma ve bu husustaki saptamalar ile 'keşif' işlemini birbirine karıştırmamak gerekir. Cumhuriyet Savcısı belirtilen şekildeki saptamayla yetinmeyip, gecikmesinde sakınca bulunması nedeniyle keşfin hemen yapılmasını gerekli gördüğü hâllerde, bunun

hâkim tarafından yapılması gereken bir yargılama işlemi olduğunu dikkate alarak, duruşmada hazır bulunabilecek kişileri, kendisinin yaptığı keşif işleminde de hazır bulundurmalıdır. Böylece kendisine suç isnat edilen de keşif mahallinde bulunup inceleme işlemlerine katılmış ve duruşmada da incelenecek bu belgeye karşı itirazlarını yapabilecek bir durumda olacağından savunma hakkı kısıtlanmamış olacaktır. Bu konuda 85 inci maddenin gerekçesine de bakılmalıdır.

Madde birinci fıkrasında, keşifte şüpheli, sanık, mağdur ve avukatlarının hazır bulunabileceklerini, ikinci fıkrada ise tanık veya bilirkişinin dinlenmelerinde hangi hâllerde adı geçenlerin hazır bulunabileceklerini göstermektedir.

Üçüncü fıkrada ise, şüpheli veya sanığın hazır bulunmasının men olunabileceği bir hâl yer almaktadır: Adı geçenlerin hazır bulunmaları, tanığın gerçeğe uygun beyanını engelleyebilecekse, örneğin tanık, sanığın etkisi altında kalıyorsa, tanığın dinlenmesinde sanığın hazır bulunmamasına karar verilebilir.

Maddenin dördüncü ve beşinci fıkralarında, hazır bulunma hakkına sahip olanların ne şekilde haberdar edileceklerine, işin başka güne bırakılmasını isteyemeyeceklerine, tutukluların ancak mahkeme binası içerisindeki işlerde hazır bulunabileceklerine ilişkin hükümler yer almaktadır. Ancak beşinci fıkranın ikinci cümlesi, zorunlu sayılan hallere, tutuklu, şüpheli veya sanığın, hâkim kararı ile mahkeme binası dışında da yapılacak işlemlerde hazır bulunmasına karar verilebilmesine de olanak sağlanmıştır. Bu gibi hallerde, hâkim tarafından re'sen karar verilmediğinde, kolluğun istemi üzerine Cumhuriyet Savcısı, tutuklama kararını vermiş olan hâkimden bu hususta karar vermesini isteyebilecektir.”.

2001 Tasarısı'nın 86. maddesinin sadece son fıkrasında bir değişiklik yapılmıştır. 2004 Kanunu'nun 84. maddesinin son fıkrasına karşılık gelen bu değişikliğin gerekçesi komisyon ra-

porunda şöyle açıklanmaktadır: “Komisyon, hükümet tasarısının bu düzenleme ile ilgili görüşünü, son fıkra dışında benimsemiştir. Hükümet tasarısında ‘şüpheli veya sanık tutuklu ise, ancak tutuklu bulunduğu yerdeki mahkeme binası içerisinde yapılacak işlerde hazır bulunmayı isteyebilir; ancak, hâkim veya mahkeme tarafından zorunlu sayılan hâllerde tutuklu bulunan şüpheli veya sanığın da mahkeme binası dışında yapılacak işlerde hazır bulunmasına karar verilebilir denilmiştir; Komisyon burada ‘şüpheli veya sanık tutuklu ise, hâkim veya mahkeme tarafından ancak zorunlu sayılan hâllerde keşifte hazır bulundurulmasına karar verilebilir’ şeklinde bir düzenlemenin yeterli olacağı kanaatine ulaşmıştır”.

Uygulamada kolluğun da yer gösterme adı altında aslında keşif işlemi yaptırması gerçeği karşısında, bu hususu da belirli kurallara tabi kılmak maksadıyla CMK 85. maddede, 1412 sayılı CMK ve 2001 Tasarısı’nda bulunmayan bir hüküm sevk edilerek, “yer gösterme işleni hakkında da keşfe ilişkin 83 ve 84. madde hükümlerinin uygulanacağı” açıklanmıştır.

Maddeye ilişkin komisyon gerekçesi şöyledir: “Tasarıda olmayan bu düzenleme ile uygulamada fiilen ortaya çıkan ve her bakımdan hukuka aykırı ve hatalı bir işlem olan yer gösterme, keşif hükümlerine tabi tutularak hukuka uygun bir yapıya kavuşturulmak istenmiştir”.

Ancak bütün bu değişikliklerden büyük ölçüde geri dönüş yine 25.5.2005 tarihli Yasa’yla yaşanmıştır. Bu Yasa’nın 6. maddesiyle yapılan değişiklikte, yer gösterme işlemi savcının yapabileceği; hatta 250. maddenin birinci fıkrasına giren suçlar bakımından, adli kolluk amirinin de yer gösterme işlemi yaptırmaya yetkili olacağı benimsenmiştir. Maddeye eklenen diğer iki fıkra ise şöyledir:

“(2) Soruşturmayı geciktirmemek kaydıyla, müdafî de yer gös-

terme işlemi sırasında hazır bulunabilir. (3) Yer gösterme işlemi, 169 uncu maddeye uygun olarak tutanağa bağlanır”.

Böylece kolluğun yapacağı yer gösterme işlemi sonucu elde edilen deliller hukuka aykırı olacak ve muhakemede kullanılamayacaktır.²⁹

5353 sayılı Kanun ile yapılan değişiklikte ayrıca yer gösterme işleminin hukuki niteliği açıklığa kavuşturulmuştur. 85/1. maddeye göre, savcı, “kendisine yüklenen suç hakkında açıklamada bulunmuş şüpheliye” yer gösterme işlemi yaptırabilecektir. “Buna göre, ancak soruşturma evresinde başvurulabilecek bir işlem olan yer gösterme, yüklenen suç konusunda açıklamada bulunmama hakkını kullanmış olan şüpheli açısından geçerli olmayacaktır. Yüklenen suç konusunda açıklamada bulunan şüphelinin bu açıklamalarının doğruluğunu kontrol etmek için yer gösterme yaptırılabilir. Böylece, Cumhuriyet Savcısı soruşturma evresinde sağlam deliller elde edebilecek ve iade edilmeyecek şekilde bir iddianame düzenleyebilecektir” (değişiklik gerekçesi).

Burada tartışılması gereken husus, kanunumuzda şüpheli ve sanık dışındaki kimselerin keşif ve yer göstermeleri durumunda CMK 83-85. maddelerin uygulanıp uygulanmayacağıdır. Kanunumuz net bir ifadeyle keşif veya yer göstermenin hâkim veya savcı/adli kolluk amiri tarafından yapılabileceğini belirttiğine göre örneğin mağdurun da yer göstermesinin ancak hâkim/savcı/adli kolluk tarafından yapılabileceği ileri sürülebilir.³⁰ Ancak kanımızca, kanunumuzda getirilen güvenceler şüpheli veya sanığın haklarını korumak bakımından getirilmiştir. Böylece örneğin mağdurun olay yerine götürülerek

²⁹ Yurtcan, Erdener, *Yeni Ceza Muhakemesi Kanunu ve Yorumu*, İstanbul 2005, s. 56.

³⁰ Bu görüşte, Karagülmez, 66, 67.

olayı anlatması veya tanıkların olayı canlandırmaları işlemleri kolluk tarafından yapılabilecektir. CMK 84'te keşif sırasında mağdurun hazır bulunabileceğinin belirtilmiş olması, sadece mağdur ile yapılabilecek keşif veya yer gösterme işleminin hâkim veya savcı tarafından yapılmasını gerektirmemektedir. Nitekim 84. maddenin üçüncü fıkrasında "*mağdur, şüpheli veya sanığın huzuru, tanıklardan birinin gerçeğe uygun tanıklık etmesine engel olabilecekse, o işte şüpheli veya sanığın bulunmamasına karar verilebilir*" denmesi de, keşif ve yer gösterme işleminin hâkim/savcı tarafından yapılmasının şüpheli ve sanığın haklarını korumaya yönelik olduğunu, yoksa mağdur veya tanıklarla tek başına yapılacak bir keşif/yer gösterme için bu hükümlerin uygulanmasının gerekmediğini göstermektedir.

2004 Kanunu'nda koruma tedbirlerinin sistematığı konusunda gerek 1412 sayılı CMUK'dan ve gerekse 2001 Tasarısı'ndan farklı bir düzenlemeye gidilmiştir. 1412 sayılı Kanun ile 2001 Tasarısı'nda el koyma ve arama; telekomünikasyon yoluyla yapılan haberleşmeye girme; adli kontrol; tutuklama; yakalama ve gözaltı sıralaması söz konusu iken; 2004 Kanunu koruma tedbirlerini uygulanma sırasına göre düzenlemeyi tercih etmiştir. Böylece ilk düzenlenen koruma tedbiri yakalama olmuştur (CMK 90 vd.). *"1412 sayılı Kanun'un tasnifinin esasta amaca tam uygun olduğunu söylemek olanağı yoktur. Bir usul kanununun aslında ceza adalet sistemini yürüten mekanizmanın işleyişini yansıtan bir tasnifi içermesi ve ceza davasının evre ve aşamalarına göre düzenlenmiş bulunması uygun olur. Böylece, kişi, sahibi bulunduğu adil yargılanma hakkından yararlanıp yararlanmadığını kolayca saptayacak ve hakkında yürütülecek kovuşturma ve davanın gelişmelerini, algulamak olanağına kavuşmuş bulunacaktır. 1412 sayılı Kanun'un aslında aynı kitap, kısım, fasıl veya bölümde bulunması gerekli hükümleri değişik yerlerde toplamış olan tasnifi, bu bakımdan eleştirilebilecek nitelikte görülmüş ve Tasarı yeni bir tasnife tabi tutulmuştur. Bu arada özellikle koruma tedbirleri ara-*

sında var olan uyumsuzluk ortadan kaldırılmıştır" (Alt Komisyon Genel Gerekçesi).

Yakalamanın koşulları noktasında eski kanunumuz ile temel bir farklılık söz konusu değildir. Ancak önceki Kanunumuzun 128. maddesinde düzenlenen *"yakalanan kimsenin sorguya çekilmesi"* konusu, gerek 2001 Tasarısı'nda ve gerekse 2004 Kanunu'nda *"gözaltı"* başlığı altında (Tasarı m. 131; 2004 Kanunu m. 91) düzenlenmiş bulunmaktadır. Bu bakımdan önemli bir değişiklik, yakalanan kimsenin mutlaka savcıya çıkarılması gerekliliği idi. Belirtmek gerekir ki, Yakalama, Gözaltına Alma ve İfade Alma Yönetmeliği bu tür bir zorunluluğu düzenlememiştir. CMK 90/5. maddenin ilk şeklinde, *"birinci fıkraya göre yakalanıp kolluğa teslim edilen veya ikinci fıkra uyarınca görevlilerce yakalanan kişi, düzenlenecek soruşturma belgesiyle birlikte hemen Cumhuriyet Savcılığı'na gönderilir"* hükmü sevk edilerek, bir kimsenin gözaltına alınabilmesi için mutlak olarak savcıya çıkarılması öngörülmüş bulunmaktaydı. Keza CMK 91/1'de *"yukarıdaki maddeye göre yakalanan kişi, Cumhuriyet Savcılığı'nca bırakılmazsa, soruşturmanın tamamlanması için gözaltına alınmasına karar verilebilir"* denilmektedir. Ancak bu hükmün uygulamada sorunlar çıkarabileceği, her an için savcıya ulaşmanın ve şüpheliyi savcı önüne çıkarmanın özellikle kırsal kesimdeki güçlükleri göz önünde bulundurularak, bu çok olumlu adımdan maalesef geriye gidilmiştir. Nitekim, CMK'da 25.5.2005 tarihinde 5353 sayılı Kanun ile yapılan değişiklik (m. 7) ile 90. maddenin 5. fıkrası şu şekli almıştır: *"Birinci fıkraya göre yakalanıp kolluğa teslim edilen veya ikinci fıkra uyarınca görevlilerce yakalanan kişi ve olay hakkında Cumhuriyet Savcısı'na hemen bilgi verilerek, emri doğrultusunda işlem yapılır"*. Böylece savcı, şüpheli önüne gelmeden de hakkında gözaltı kararı verebilecektir.

Aslında, özellikle verilecek emir veya kararların hukuka uygun ve somut olay açısından isabetli olması ve ilgilinin me-ramını anlatması ve görüşünün/savunmasının alınarak değerlendirmesine olanak sunmak için, bu işlemler için karar veren makamın önüne, “*şüphelinin vücudunun*” çıkarılması çok daha yararlı ve olması gereken hukuka uygun olacaktır. Bu yönde bir yasa değişikliğine gidilmesi gerektiği düşüncesindeyiz.

Buna karşılık, yakalama veya gözaltına alma veyahut gözaltı süresinin uzatılması kararına itiraz edilir ve bu itiraz Sulh Ceza Hâkimi’nce kabul edilirse, bu merci bu durumda kolluğun, ilgilinin salıverilmesi veya hâkim veya mahkemeden tutuklama veya adli kontrol kararı talep edilmesi için, soruşturma evrakı ile birlikte ilgili Cumhuriyet Savcılığı’nda hazır bulundurulmasına karar verir (CMK m. 91/4).

POLİS YAKALANAN KİŞİYE HAKLARINI BİLDİRMEKLE YÜKÜMLÜ MÜDÜR?

Evet. Kanunumuza göre kolluk (polis, jandarma, sahil güvenlik vs.) yakalanan kişiye gerekli tedbirleri aldıktan sonra, kanuni haklarını derhal bildirir (CMK m. 90/4).

YAKALANAN KİŞİNİN KANUNİ HAKLARI NELERDİR?

Polis yakaladığı kişiye aşağıdaki kanuni haklarını hatırlatmak zorundadır:

1. Kimliğinizle ilgili sorulara doğru cevap vermek zorundasınız. Kimliğinizle ilgili bilgileri vermemeniz veya yanlış bilgi vermeniz suç teşkil edecektir.

25

2. İsnat edilen suç hakkında açıklamada bulunmama, yani susma hakkına sahiptir.

3. Yakalandığınızı ve/veya gözaltına alındığınızı yakınlarınıza haber verme hakkınız vardır. Haber vermek istediğiniz yakınınıza veya belirlediğiniz bir kişiye veya yazılı olarak karşı çıkmadığınız takdirde Büyükelçiliğinize/Konsolosluluğunuza durum derhâl bildirilecektir.

4. Aleyhinize varolan şüpheleri ortadan kaldırmak için lehinize olan hususları öne sürebilirsiniz.

5. Müdafî tayin hakkınız vardır. Müdafî tayin edebilecek durumunuz yoksa, baro tarafından tayin edilecek bir müdafîin hukukî yardımından yararlanabilirsiniz. Müdafî ile görüşme ve konuşma hakkınız vardır. Müdafîiniz, ifade alma esnasında hazır bulunabilir.

6. Yakalama, gözaltına alma işlemine veya gözaltı süresinin uzatılmasına ilişkin Cumhuriyet Savcısı'nın yazılı emrine karşı, hemen serbest bırakılmanızı sağlamak için sulh ceza hâkimine başvurabilirsiniz.

YAKALANAN KİŞİYE KELEPÇE TAKMA ZORUNLULUĞU VAR MIDIR?

Yeni kanunumuz bu konuyu açık bir hükümle düzenleyerek, kelepçe takma zorunluluğu öngörmemiştir. Buna göre, yakalanan veya tutuklanarak bir yerden diğer bir yere nakledilen kişilere, kaçacaklarına ya da kendisi veya başkalarının hayat ve beden bütünlükleri bakımından tehlike arz ettiğine ilişkin belirtilerin varlığı hâllerinde kelepçe takılabilir (CMK 93).

GÖZALTI SÜRESİ AZAMI NE KADARDIR?

Gözaltı süresi yakalama anından itibaren (gözaltı süresinden itibaren değil), en yakın hâkim veya mahkemeye gönderilmesi için zorunlu süre hariç yirmi dört saattir (Yol süresi azami on iki saat olabilir). Ancak toplu suçlarda (üç veya daha fazla kişi tarafından işlenen suçlarda) delillerin toplanmasında güçlük veya şüpheli sayısının çokluğu nedeniyle her seferinde birer gün olmak suretiyle, Cumhuriyet Savcısı tarafından bu süre dört güne kadar uzatılabilir (CMK 91).

Bu genel kurala örgüt faaliyeti çerçevesinde işlenen uyuşturucu madde imal ve ticareti, mafya faaliyetleri çerçevesinde işlenen suçlar ve devlete yönelik bazı suçlar ile ilgili olarak bir istisna getirilerek, yirmi dört saatlik gözaltı süresinin bu suçlar bakımından kırk sekiz saat olacağı hükme bağlanmıştır. Yine olağanüstü hal ilan edilen bölgelerde yakalanan kişiler hakkında toplu suçlardaki dört günlük süre de yedi güne kadar uzatılabilecektir (CMK m. 251).

YAKALAMA VE GÖZALTINA ALMA İŞLEMLERİNE KARŞI İTİRAZ EDİLEBİLİR Mİ?

Evet. Yakalama işlemine, gözaltına alma ve gözaltı süresinin uzatılmasına ilişkin Cumhuriyet Savcısı'nın yazılı emrine karşı yakalanan kişi veya avukatı, eşi vs. sulh ceza hâkimine itiraz edebilir (CMK 91).

YAKALAMA VEYA GÖZALTINA ALINMA YAKINLARA BİLDİRİLİR Mİ?

Evet. Kanunumuza göre, şüpheli veya sanık yakalandığında, gözaltına alındığında veya gözaltı süresi uzatıldığında,

25

Cumhuriyet Savcısı'nın emriyle bir yakınına veya belirlediği bir kişiye gecikmeksizin haber verilir (CMK m. 95).

Türkiye Barolar Birliği CMUK Komisyonu, organize suçlarda örgüt elemanının örgüt içinde bulunan bir kişiye haber vermesi olanağının uygulamada sıkça kullanılması dolayısıyla, yakalanan veya gözaltına alınanın belirlediği bir kişiye haber verebilmesini ancak "*yakınının bulunamaması hali*" ile sınırlandırmasını önermiş, fakat bu isabetli teklif kabul görmemiştir. Böylece gözaltı durumu bir yakına veya belirlediği bir kişiye bildirilebilecektir.

HAKİM VEYA SAVCININ SERBEST BIRAKTIĞI KİMSEYİ POLİS TEKRAR YAKALAYABİLİR Mİ?

Gözaltı süresinin dolması veya sulh ceza hâkiminin kararı üzerine serbest bırakılan kişi hakkında yakalamaya neden olan fiille ilgili yeni ve yeterli delil elde edilmedikçe ve Cumhuriyet Savcısı'nın kararı olmadıkça bir daha aynı nedenle yakalama işlemi uygulanamaz (CMK m. 91).

**YAKALANAN KİŞİ EN GEÇ OTUZ ALTI SAAT
İÇİNDE HÂKİM ÖNÜNE ÇIKARILAMAZ İSE,
KOLLUKÇA ÖZGÜRLÜĞÜNÜN KISITLANMASINA
DEVAM EDİLEBİLİR Mİ?**

26

Öncelikle belirtelim ki, CMK'da (yerinde olarak) yakalanmış kişinin (gözetimden farklı olarak) yakalanmış biçimde tutulmasına ilişkin bir düzenleme ve buna özgü bir özel süre düzenlenmemiştir. Yakalama anından başlayan bir gözetim süresi düzenlenmiştir. Bu süre, normal koşullarda (her ne kadar AY m. 19'da kırk sekiz saat olarak düzenlenmiş ise de, kanun ile azaltılarak) yirmi dört saat olarak düzenlenmiştir. Toplu suçlar, olağan üstü haller ve sıkıyönetim için bu süreler ve uzatılması ayrıca ve daha uzun süreler olarak düzenlenmiştir (CMK m. 91/1).

CMK'nın 90. maddesine göre yakalanan kimse, Cumhuriyet Savcılığı'nca gözetim altına alınmaz ise derhal bırakılacak, Cumhuriyet Savcısı tarafından bırakılmayıp gözetim altına alınırsa, yakalama anından başlamak üzere bu yirmi dört saatlik süreyi geçmeden hâkim veya mahkeme önüne çıkarılması gerekmektedir. Bu azami yirmi dört saatlik süreye, yakalama yerine en yakın hâkim veya mahkemeye gönderilmesi için zorunlu süre dahil değildir. Kanuna göre bu yol için zorunlu süre, on iki saatten fazla olamaz.

26

Dikkat edilmesi gereken husus, yirmi dört saatlik sürenin hâkim veya mahkeme önüne çıkarılmak için ve on iki saatlik sürenin ise (eğer zorunlu ise) yol için kullanılabilecek azami süreler olduğudur. Bu iki sürenin toplanarak normal koşullarda ve toplu suçun bulunmadığı suçlar açısından gözaltı süresinin otuz altı saat olduğunu kabul ve uygulama hukuka aykırı olacaktır. Eğer yol için geçirilmesi gerekli süre daha az bir zaman dilimi ise, bu takdirde bu yol süresi dışında, şüpheli kimsenin hâkim veya mahkeme önüne çıkarılması için azami yirmi dört saatlik bir süre bulunmaktadır ve bunun yakalama anından başlayarak hesaplanması zorunludur. Bazen gerçekten mesafe, coğrafi durum, yerleşim merkezleri dışındaki yakalamalar, nakil aracının yokluğu vs. nedeniyle, birkaç saatten fazla bir yol süresine ihtiyaç duyulabilir: gerek bu nedenle gerek haksız suiistimal iddiaları veya tazminat davalarının açılmasına sebebiyet vermemek ve işlemlerin hukuka uygunluğunu belgelemek nedeniyle, yol için geçirilen sürenin de, suiistimalleri önlemek için, belgelenmesi gerekmektedir. Bu AİHM'deki davalar açısından da lehe bir durum yaratacaktır.

Aynı şekilde, bu sürelerin yol için kullanılması gereken süre gibi gözaltındaki kimsenin salıverilmesi veya hâkim veya mahkeme önüne çıkarılması bakımından da azami oranda kullanılması her zaman hukuka uygun olmayacaktır. Eğer gözaltına alınma nedeni ortadan kalkmış veya gözaltına almakla güdülen amaca ulaşılmış veya hâkim veya mahkeme önüne çıkarılmak için yapılması gereken başka bir iş kalmamışsa, nasılsa yirmi dört saatlik bir süre var diye ilgilinin gözaltında bekletilmesi hukuka aykırı olacaktır. Bu kimsenin bekletilmeden hâkim veya mahkeme önüne çıkarılması gerekmektedir. Hiçbir zorunluluk yoksa ve yapılacak bir ceza muhakemesi işlemi yoksa, hangi suçu işlediğinden kuşkulanırsa kuş-

kullanılsın, kişinin özgürlüğünün kısıtlanması, özgürlüğün kısıtlanması suçuna vücut verecektir.

Diğer taraftan, CMK m. 94'e göre, hâkim veya mahkeme tarafından verilen yakalama emri üzerine soruşturma veya kovuşturma evresinde yakalanan kişi, en geç yirmi dört saat içinde yetkili hâkim veya mahkeme önüne çıkarılmalı ve eğer ilgili kimse bu süre içinde yetkili hâkim veya mahkeme önüne çıkarılamıyorsa, aynı süre içinde en yakın sulh ceza hâkimi önüne çıkarılmak zorundadır. Bu kimse belirtilen hâkim veya mahkemece serbest bırakılmadığı takdirde, yetkili hâkim veya mahkemeye en kısa zamanda gönderilmek üzere tutuklanacaktır.

GÖZALTI SÜRESİNİN BELİRLENMESİ AÇISINDAN, İŞLENDİĞİ İDDİA OLUNAN SUÇUN TOPLU SUÇ OLDUĞU NASIL BELİRLENECEKTİR?

CMK m. 2/1-k toplu suçu, aralarında iştirak iradesi bulunmasa dahi üç veya daha fazla kişi tarafından işlenen suç olarak tanımlamıştır. CMK m. 91/3 ise, toplu suçun nasıl belirleneceğine değinmeden, toplu olarak işlenen suçlarda, delillerin toplanmasındaki güçlük veya şüpheli sayısının çokluğu nedeniyle, Cumhuriyet Savcısı tarafından gözaltı süresinin, her defasında bir günü geçmemek üzere, üç gün süreyle uzatılmasına yazılı olarak emir verebileceğini düzenlemiştir. Belirtilen hükümlerden, toplu suçtan söz edebilmek için en az üç kişinin iştiraken veya aralarında iştirak iradesi olmaksızın birlikte suç işlemleri gerektiği anlaşılmaktadır. Bu sayının varlığını kabul edebilmek için, toplu suça vücut verecek asgari sayıda kişinin gözaltına alınmış veya yakalanmış olması gerekmediği gibi, en az üç kişi hakkında aynı eylem nedeniyle haklarında birlikte dava açılmış olması da şart değildir. Önemli olan, en az üç kişinin birlikte suç işlediğini gösterir somut delillerin (CMK'ya göre kanımızca hatalı olarak suç işlendiğini gösterir "emarelerin") mevcut olması veya bunların birlikte soruşturuluyor olmaları gereklidir. Gözaltı süresi uzatılırken, toplu suç yanında gözaltına alınan soruşturma yönünden zorunlu olması ve suç işlendiğini gösterir delillerin (CMK'ya göre emarelerin) varlığı

yanında, delillerin toplanmasında güçlüğün bulunması veya şüpheli sayısının çokluğu şartının gerçekleşmesi gereklidir. Şüphesiz burada şüpheli sayısının çokluğundan, en azından toplu suç için gerekli üç kişiden fazla sayıda kişinin bulunması aranmalıdır. Ancak, gözaltı süresinin uzatılmak istendiği anda elde mevcut deliller ve emareler suçu tek başına bir kişinin veya iki kişinin birlikte işlediğini gösteriyorsa, toplu suçtan söz edilemez. Soruşturulan veya yakalanan bir kişinin, işlendiği iddia edilen suçu başka kimselerle birlikte işleyip işlemediğini, başka bir ifadeyle toplu suçun bulunup bulunmadığını araştırmak için CMK m. 91/3'de toplu suç için öngörülen gözaltı süresinin yirmi dört saati aşan biçimde uzatılması cihetine gidilmesi hukuka aykırı olacaktır. Bu gibi hallerde toplu suç bulunmadığı veya o ana kadar toplu suçun bulunduğunu ispatlayan delil veya emareye ulaşılamadığı için, yakalanan kişi salıverilmeli veya koşulları varsa hakkında tutuklama veya adli kontrol hükümlerinin uygulanmasına karar verilmelidir.

Yakalama ve gözaltı bir ve aynı olaya dayalı süreler içermektedir. Eğer birden fazla (örneğin 30-40 hırsızlık olayının) tek başına bir kimse tarafından işlendiği iddiasıyla yakalama yapılırsa, gözaltı süresi yirmi dört saati geçemez. Buna karşılık olaylar farklı zamanlarda soruşturulursa, burada her soruşturma konusu olay veya olaylar için bu yirmi dört saatlik sürenin ayrı hesaplanması gerekir. Buna karşılık tek eylemle işlenen bir suç olsa ve bu en az üç kişi tarafından işlenirse, diğer koşulların da varlığı kaydıyla her defasında birer gün olmak kaydıyla üç güne kadar bu sürenin uzatılması mümkündür. Burada önemli olan bir defada soruşturulan eylemlerin sayısı olmayıp, toplu suçun var olup olmadığıdır. Eylemlerin çokluğu, aynı soruşturmada çok sayıda suçu araştırılan kimse hakkında toplu suçlara ilişkin gözaltı süresinin uygulanmasını haklı kılmaz.

HAKKINDA YAKALAMA EMRİ BULUNMAYAN VE SORUŞTURMA EVRAKI SAVCIDA BULUNAN KİŞİ FİRARI İSE, KOLLUK TARAFINDAN GÖRÜLDÜĞÜNDE VEYA TESADÜFEN ELE GEÇTİĞİNDE YAKALANMASI HUKUKEN MÜMKÜN MÜDÜR?

Bu durumdaki kimsenin yakalanması hukuken mümkündür. Burada öncelikle dikkate alınması gereken hükümler CMK m. 90/2 ve CMK m. 98/2-3'tür. Kolluğun yakalama yapabilme nedenlerinden birisi de, *"tutuklama kararı veya yakalama emri düzenlenmesini gerektiren ve gecikmesinde sakınca bulunan hallerde; Cumhuriyet Savcısı'na veya amirine derhal başvurma olanağının bulunamadığı"* hallerdir. Firari bir kimse söz konusu ise ve hakkında yakalama emri veya tutuklama kararı bulunmasa dahi, bu emir veya kararı verilmesini gerektiren nedenler var ise ve gecikmesinde sakınca bulunan hallerde Cumhuriyet Savcısı ve kolluk amirine başvurulmadığı hallerde, kolluk, şüpheli veya sanığın evrakı Cumhuriyet Savcısı'nda bulunsa dahi gördüğü veya tesadüfen ele geçirdiği kişiyi re'sen kendiliğinden ve derhal yakalayabilir; yakalamak zorundadır. Çünkü, CMK'nın 98/2-3. maddeleri yakalama emrini düzenleyecek makamları da açıkça belirterek, açıkça, *"yakalanmış iken kolluk görevlisinin elinden kaçan şüpheli veya sanık yada tutukevi veya ceza infaz kurumundan kaçan tutuklu veya hükümlü hakkında"* yakalama emri düzenlenebileceğini, soruşturma evresinde bu emri Cumhuriyet Savcıları ve kolluk kuvvetlerinin ve kovuşturma evresinde ise re'sen veya Cumhuriyet Savcısı'nun istemi üzerine

hâkim veya mahkemenin düzenleyeceği hükmünü havidir. Yani, “yakalanmış iken kolluk görevlisinin elinden kaçmak” veya “tutukevi veya ceza infaz kurumundan kaçmak” şüpheli, sanık, tutuklu veya hükümlü hakkında yakalama emri düzenlenmesi nedenlerindedir. Kaldı ki, bu nedenlere dayalı bir yakalama emri olmasa dahi, bu emrin düzenlenmesini gerektiren nedenler var ise, kolluk gördüğünde veya tesadüfen ele geçirdiğinde, ilgili kişiyi yakalayabilir.

Yakalama işlemi bir tutanağa bağlanır. Bu tutanağa yakalananın, hangi suç nedeniyle, hangi koşullarda, hangi yer ve zamanda yakalandığı, yakalamayı kimlerin yaptığı, hangi kolluk mensubunca tespit edildiği, haklarının tam olarak anlatıldığı açıkça yazılır (CMK m. 97).

Yakalanan kişi vakit geçirilmeden, en geç yirmi dört saat içinde yetkili hâkim veya mahkeme önüne çıkarılmalıdır. Bu kişi belirtilen süre içinde yetkili hâkim veya mahkeme önüne çıkarılmıyorsa, bu (aynı) yirmi dört saat içinde en yakın sulh ceza hâkimi önüne çıkarılmalıdır. Bu kimse sulh ceza hâkimi tarafından ya serbest bırakılacaktır veya serbest bırakılmayıp (yetkili hâkim veya mahkeme olmadığı için asıl yetkili hâkim veya mahkemenin tutuklama veya adli kontrol kararı vermek veya serbest bırakmak üzere tasarrufta bulunması için) yetkili hâkim veya mahkemeye en kısa süre içinde gönderilmek üzere tutuklanacaktır. Bu tutuklama kararı sonrasında, artık hiç vakit geçirilmeksizin o kimse yetkili hâkim ve mahkemeye gönderilir (CMK m. 94).

TUTUKLAMA BAKIMINDAN YENİ KANUNUMUZ İLE GETİRİLEN YENİLİKLER NELERDİR?

2001 Tasarısı 112. maddede “adli kontrol”ü, ondan sonra ise 119. maddede “tutuklama nedenleri”ni düzenlemişti. Bunun nedeni ise şöyle açıklanmıştı: “Tasarı, adli kontrol kurumunu kabul etmiş bulunması nedeniyle, tutuklama tedbirini bütünü ile yeniden ele almış ve konuya 119 ilâ 129. maddeleri kapsayan bağımsız bir bölüm ayırmış, mevzuatımızda yeni hükümler getirmiştir. Tasarıya göre tutuklama, artık istisnâî niteliktedir ve önce düşünülmesi gerekli husus, adli kontrolün uygulanmasının gerekip gerekmediğidir. Tutuklamanın neden ve koşullarını gösteren bu madde, birinci fıkrasında açık olarak ‘112. maddede gösterilen adli kontrol altına alınma kararı verilmemiş ise...’ demek suretiyle önceliğin adli kontrole verilmesi gerektiğini ve tutuklamanın istisna oluşturduğunu vurgulamaktadır”. Buna karşılık 5271 sayılı Kanun, 100. maddede öncelikle tutuklama nedenlerini, ancak ondan sonra 109. maddede adli kontrolü düzenlemiş bulunmaktadır.

“Tutuklamanın uygulamada çeşitli sıkıntılara ve şikâyetlere yol açtığı bilinmektedir. 1992 yılında 3842 sayılı Kanun’la CMUK’un tutuklamaya ilişkin düzenlemeleri değiştirilmek suretiyle tutuklamanın kötü uygulamasına son verilmek istenildi. Bunun için örneğin

'yedi yıldan az ise veya çok' gibi bazı somut kıstaslar getirilmeye çalışıldı; ancak sorun aşılamadı. Bu nedenle Komisyonumuz, bu koruma tedbirini tekrar ve etraflıca gözden geçirerek neredeyse yeni bir metin ortaya çıkardı. Temel hak ve özgürlükleri, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararları, evrensel hukuk ilkeleri ve mukayeseli hukukun temel prensipleri ışığında koruyabilmek için bazı önemli tedbirler öngördü" (Komisyon gerekçesi).

Tutuklama ile ilgili olarak bir sistem değişikliğine gidilmiş bulunmaktadır. Bu sistemin en temel özelliği "suç kataloğu" belirlenmesidir. Esasen Ceza Muhakemesi Kanunu'nun koruma tedbirleri alanında en belirgin niteliği olan bu husus, Alman Ceza Muhakemesi Kanunu'ndan esinlenmesinin bir sonucudur. İşte tutuklama ile ilgili olarak da 100/3. maddede sayılan suçlar söz konusu olduğunda ve bu suçların işlendiği hususunda kuvvetli şüphe sebepleri de varsa, tutuklama nedeninin var sayılabileceği hükmü sevk edilmiştir.

2001 Tasarısı'nda dokuz adet tutuklama nedeni sayılmıştı. Bunlar şunlardı:

1. Şüpheli veya sanığın kaçması, saklanması veya kaçacağı şüphesini uyandıran olaylar bulunması,
2. Suçun delil, iz, eser ve emarelerinin korunması,
3. Tanıklar ve mağdur üzerinde baskı yapılmasının önlenmesi,
4. Şüpheli ve sanık ile şerikleri arasında kanuna aykırı uzlaşma ve iştiraklerin önlenmesi,
5. Suçun ağırlığı, işlendiği hâl ve koşullar veya meydana gelen zararın önemi dolayısıyla fiilin kamu düzeni üzerinde neden olduğu istisnaî ve ısrarlı düzensizliğe son verilmesi,

6. Şüpheli veya sanığın, kendilerine karşı gelişebilecek hukuka aykırı tepkilerden korunması,

7. Suça son verilmesi,

8. Suçun yinelenmesine engel olunması,

9. Adli kontrol altına alınmış şüpheli veya sanığın 112. maddede gösterilen yükümlülüklerden bilerek kaçması nedeniyle hakkında 115. maddenin uygulanmasının zorunlu olması.

2004 Kanunu ise yukarıda belirttiğimiz katalog suçlar dışında, sadece aşağıdaki hallerde bir tutuklama nedeninin var sayılabileceği hükmünü benimsemiş bulunmakta ve böylece tutuklama nedenlerini azaltmış olmaktadır:

"a) Şüpheli veya sanığın kaçması, saklanması veya kaçacağı şüphesini uyandıran somut olgular varsa.

b) Şüpheli veya sanığın davranışları;

1. Delilleri yok etme, gizleme veya değiştirme,

2. Tanık, mağdur veya başkaları üzerinde baskı yapılması girişiminde bulunma".

Aşağıda ele alacağımız ve hukukumuzda ilk defa düzenlenen adli kontrol kurumu ile ilgili olarak da Kanunumuz 112. maddede bir tutuklama nedeni öngörmüş bulunmaktadır:³¹ *"Adli kontrol hükümlerini isteyerek yerine getirmeyen şüpheli veya sanık hakkında, hükmedilebilecek hapis cezasının süresi ne olursa olsun, yetkili yargı mercii hemen tutuklama kararı verebilir".*

³¹ Avcı, Mustafa, "Yeni Yasal Düzenlemelere Göre Türk Hukukunda Tutuklama", *Şanlıurfa Barosu Dergisi*, 2005/1, s. 58.

Duruşmada suç işlenmesi durumunda da tutuklama kararı verilebilir: “Bir kimse, duruşma sırasında bir suç işlerse, mahkeme olayı tespit eder ve bu hususta düzenleyeceği tutanağı yetkili makama gönderir; gerek görürse failin tutuklanmasına da karar verebilir” (CMK m. 205). Kanımızca bu tutuklama CMK m. 100’de belirtilen koşullara tabi değildir.

Tutuklama alanındaki çok önemli hükümlerden birisi 100/1. maddenin ikinci cümlesidir: “İşin önemi, verilmesi beklenen ceza veya güvenlik tedbiri ile ölçülü olmaması halinde, tutuklama kararı verilemez”. Kanunun birçok yerinde orantılılık esasına yer verildiği görülmektedir.³² İşte bunlardan birisi de budur. Her tedbire hükmedilirken mutlaka orantılılık ilkesinin gözetilmesi gerekmektedir.

Bir diğer üzerinde durulması gereken düzenleme 100. maddenin 4. fıkrasında sevk edilmiştir. Buna göre, “sadece adli para cezasını gerektiren veya hapis cezasının üst sınırı bir yıldan fazla olmayan suçlarda tutuklama kararı verilemez” (5353 sayılı Kanun’un 11. maddesi ile değişik – Maddenin ilk şeklinde iki yıla kadar hapis cezalarında tutuklama kararı verilemeyeceği belirtilmekteydi).

Tutuklama kararının verilebilmesi için başka tedbirlerle yargılamanın amacına ulaşılamayacak olması da gerekir.³³ Ni-

³² Adalet Komisyonu Raporu’nda orantılılık ilkesi şöylece açıklanmaktadır: “Hukuk devletinin bir başka yönü, eylem ve işlemlerinde ölçülü (oranlı) davranan devlet olmasıdır. Gerçekten orantılılık ilkesi, hukuk devletine hakim olan aşırılık yasağının bir bölümünü oluşturur. Bu ilkeye göre, Ceza Muhakemesi Hukuku işleminin yapılması ile sağlanması beklenen yarar ve verilmesi ihtimal dahilinde bulunan zarar arasında makûl bir oranın (ölçünün) bulunmasını, oransızlık durumunda işlemin yapılmamasını ifade eden ilkeye orantılılık (ölçülülük) ilkesi denir”.

³³ Avcı, 58.

tekim Cumhuriyet Savcısı'nın tutuklama isteminde "mutlaka gerekçe gösterilir ve adli kontrol uygulamasının yetersiz kalacağını belirten hukukî ve fiilî nedenlere yer verilir" (CMK 101/1). "Tutuklamaya, tutuklamanın devamına veya bu husustaki bir tahliye isteminin reddine ilişkin kararlarda hukukî ve fiilî nedenler ile gerekçeleri gösterilir" (CMK 101/2).

2001 Tasarısı'nda tutuklama kararı verilmesinden önce şüpheli veya sanığa savunmasını hazırlamak üzere süre isteminde bulunabilecekleri ve bu süre zarfında muhafaza altında bulundurma tedbirinin uygulanacağına ilişkin ayrıntılı düzenlemeler bulunmaktaydı: "Karar verecek hâkim veya mahkeme, şüpheli veya sanığa savunmasını hazırlamak üzere süre isteminde bulunabileceğini hatırlatır ve bu hususun yerine getirildiği tutanağa geçirilir. Şüpheli, sanık ve avukatları, savunmalarını hazırlamak üzere süre isteminde bulduklarında, tutuklama kararı verilemez. Bu hâlde şüpheli veya sanığa savunmasını yapmak üzere dört günü aşmayacak bir süre tanınır. Bu süre içinde şüpheli veya sanık, hâkim veya mahkeme kararı ile muhafaza altında tutulabilir. Şüpheli, sanık ve avukatları ne zaman isterlerse derhal Cumhuriyet Savcısı dindendikten sonra, savunmalarını yaparlar ve karar verilir. Tutuklama kararı verilmezse, şüpheli veya sanık derhâl serbest bırakılır. Muhafaza altında bulundurmanın uygulanması hakkındaki esas ve usuller, Adalet Bakanlığı'nca İçişleri Bakanlığı'nın görüşü alınarak çıkarılacak yönetmelikte gösterilir. Muhafaza süresi, 121. maddede belirlenen tutuklama süresinden indirilir". Bilim Komisyonu'nda savunma süresi üç gün olarak belirlenmiş, madde aynen kabul edilmiş ise de, Adalet Komisyonu'nda maddenin Fransa'dan alındığı, orada da yeni olduğu, sonuçlarının henüz bilinmediği, bunun da esasen tutuklamadan farklı olmayacağı, savunma süresi denilen süre zarfından gayri meşru bazı yollara başvurulabileceği, şüpheli veya sanığın yine kolluğa teslim edileceği gibi itirazları sürülünce, bu hüküm kanuna alınmamıştır.

2001 Tasarısı'nın 121. maddesinde tutuklama süresi düzenlenmişti. "Tutuklamada geçen sürenin, makul olması Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 5. maddesinde öngörülmüş bir temel ilkedir. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin bazı kararlarında görüldüğü gibi, tutukluluğun bu makul süreyi aşması, tazminat ödenmesini gerektirmektedir.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin verdiği kararların, tüm Avrupa ülkelerince göz önünde tutularak, kanunlarında gerekli değişikliklerin yapıldığı bilinmektedir.

Bu hususlar göz önünde tutularak maddede;

1. Cezasının üst sınırı beş yıl ve daha az hapis olan suçlarda en fazla altı ay,

2. Cezasının üst sınırı beş yıldan fazla hapis olan suçlarda ise en çok bir yıl

tutukluluk süresi öngörülmüştür.

Bununla birlikte, etkin adalet sistemi ve sanık haklarına önem veren Tasarı, bu maddede, makul dengeyi korumuş ve beş yıldan fazla hapis cezası verilebilecek hâllerde tutukluluk süresinin altı aya kadar uzatılabileceğini kabul etmiştir. Cürmün cezasının beş yılı aşmaması hâlinde ise uzatma dört ay olabilecektir.

Ağır cezalı işlerde ise en fazla iki yıl tutuklama süresi öngörülmüştür.

Uzatma kararlarının verilmesinde Cumhuriyet Savcısı'nın ve savunmanın görüşlerinin alınması zorunluluğu getirilmiştir.

Kabahatler bakımından ise maddenin son fıkrasında en çok üç ay tutuklama süresi öngörülmüştür.

Madde, bütünü ile şüpheli ve sanık haklarını koruma amacına yöneliktir”.

Kanunumuz ise işin ağır ceza mahkemesinin görevine girip girmemesine göre bir ayırım yapmış ve ağır ceza mahkemesinin görevine girmeyen işlerde altı ay + dört ay, toplam on ay; ağır ceza mahkemesinin görevine girin işlerde ise iki yıl + üç yıl, toplam beş yıllık bir azami süre belirlemiştir (CMK m. 102). Bu süre CMK m. 250. maddenin 1. fıkrasının (c) bendinde öngörülen suçlar bakımından, iki kat olarak uygulanacaktır (CMK m. 252/2). 5320 sayılı CMK Yürürlük Kanunu'nun 12. maddesi ile de geçici bir hüküm konmuştur. Buna göre, *“Ceza Muhakemesi Kanununun 102 nci maddesi, aynı Kanunun 250 nci maddesinin birinci fıkrasının (c) bendinde yazılı suçlar bakımından, 1 Nisan 2008 tarihinde yürürlüğe girer. Bu süre zarfında 1412 sayılı Ceza Muhakemeleri Usulü Kanununun 110 uncu maddesinin uygulanmasına devam olunur”*. Bu suretle 1412 sayılı CMK döneminde olduğu gibi bazı suçlarla ilgili olarak iki ayrı kanunun uygulanması söz konusu olacak; bu uygulama yine Yürürlük Kanunu gibi bir kanun ile sağlanmış bulunacak ve yürürlükten kalkmış bir kanunun bazı maddelerine yeniden hayatıyet kazandırılmış olacaktır. Bu yöntemin iyi bir kanun yapma tekniği olmadığı ortadadır.

“Cumhuriyet Savcısı, şüphelinin adli kontrol altına alınarak serbest bırakılmasını sulh ceza hâkiminden isteyebilir” (CMK m. 103/1). *“Madde, birinci fıkrasında soruşturma evresinde hakkında Cumhuriyet Savcısı'nın istemi ile tutuklama kararı verilmiş olan şüpheli hakkındaki bu kararın adli kontrol tedbirine çevrilmesi olanağını vermektedir. Cumhuriyet Savcısı veya şüpheli ve müdafii sulh ceza hâkiminden tutuklamanın adli kontrole çevrilmesini isteyebileceklerdir. Dikkat edilmelidir ki, bu usul tutuklamanın adli kontrole çevrilmesinde uygulanacaktır. Yoksa maddenin ikinci fıkrasına göre*

Cumhuriyet Savcısı soruşturma evresinde adli kontrole veya tutuklamaya gerek kalmadığı kanısına varacak olursa şüpheliyi kendisi serbest bırakabilir; bu hususta ayrıca hâkim kararına gerek yoktur. Cumhuriyet Savcısı kovuşturmayaya yer olmadığı kararını verdiğinde ise şüpheli kendiliğinden serbest kalır”.

“Salıverilme istemi üzerine, merciince Cumhuriyet Savcısı, şüpheli, sanık veya müdafii dinlendikten sonra, istemin kabulüne, reddine veya 109 uncu maddeye göre, adli kontrol uygulanmasına karar verilebilir. Bu kararlara itiraz edilebilir” (CMK m. 105).

1412 sayılı Kanun’da bulunmayan bir hüküm 2001 Tasarısı’nın 125. maddesinden alınan CMK 106. maddesi hükmüdür: *“(1) Salıverilmeden önce şüpheli veya sanık, yetkili yargı merciine veya tutukevinin müdürüne adresini ve varsa telefon numarasını bildirmekle yükümlüdür. (2) Şüpheli veya sanığa soruşturmanın veya kovuşturmanın sona erdirileceği tarihe kadar, yeniden beyanda bulunmak suretiyle veya iadeli taahhütlü mektupla önceden verdiği adreslerdeki her türlü değişiklikleri bildirmesi ihtar olunur; ayrıca, ihtarla uygun hareket etmediğinde, önceden bildirdiği adrese tebligatın yapılacağı bildirilir. Bu ihtarların yapıldığını belirten ve yeni adresleri içeren tutanak veya tutukevi müdürünün düzenleyeceği belgenin aslı veya örneği yargı merciine gönderilir”.* “Adli kontrol mekanizmasının iyi işlemesi ve özellikle davaların makul bir sürede sonuca bağlanabilmesi için, sanığın usul işlemlerinde hazır bulunması gereklidir. Çoğunlukla adresi bilinmediği için şüpheli veya sanığa tekrar ulaşmak, güçlükler yaratmakta ve davalar bu nedenle uzamaktadır. Bu nedenle madde, salıverilen şüpheli veya sanığa, adres değişikliklerini bildirme zorunluluğunu getirmiş ve bilinen adrese yapılacak tebliğlerin şahsına yapılmış sayılacağı için şüpheliye veya sanığa ihtar edilmesi; ayrıca, maddenin ikinci fıkrasına göre şüpheli veya sanığa soruşturma veya kovuşturma sona erinceye kadar, önce bildirdiği adreste değişiklik olursa bunu da iadeli taahhütlü mektup ile salıverilme kararı veren mercie bildirilmesinin ihtarı öngörülmüştür.

29

Tutuklu iken tahliye edilen sanık, yukarıda belirtilen bilgiyi tutukevi müdürüne verecek müdür de ihtarların yapıldığını ve yeni adresleri içeren tutanak ve belgenin asıl veya örneğini yargı merciine gönderecektir.

Bu hükümlerin amacı, davaların gecikmesinde etkin neden oluşturan bir hâli gidermektir”.

13.12.2004 tarih ve 5275 sayılı Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanun'un 116. maddesi, hapis cezasının infazının ertelenmesine ilişkin hükümlerin, tutuklular hakkında da uygulanmasına olanak tanımaktadır.

3.7.2005 tarih ve 5395 sayılı Çocuk Koruma Kanunu'nun 21. maddesi tüm çocuklar bakımından değil, sadece on beş yaşından küçükler bakımından tutuklama yasağı öngörmektedir: *"On beş yaşını doldurmuş çocuklar hakkında üst sınırı beş yılı aşmayan hapis cezasını gerektiren fiillerinden dolayı tutuklama kararı verilemez"*.

1412 sayılı CMUK' da yer almayan ve ilk defa 2001 Tasarısı ile düzenlenen ve Alman, İtalyan ve özellikle Fransız hukuku (controle judiciaire) göz önünde bulundurularak hukukumuzda kazandırılan adli kontrol, *"ilgiliyi özgürlüğünden yoksun kılmakla birlikte gözlemeyi ve denetlemeyi olanaklı kılan tedbirlere tâbi kılmaktadır; böylece kişinin kaçması riski azaltılırken hürriyetten tümü ile yoksun kalmanın zararları da ortadan kaldırılmış olmaktadır... Kurum şüpheliyi hürriyetten yoksun hâle getirmemekle birlikte, aynı sonuçların elde edilebileceği hâllerde adlî kontrole hükmetmek gerekecektir"* (2001 Tasarısı 112. madde gerekçesi).

Öncelikle belirtmek gerekir ki, adli kontrol kurumu Tasarı' da çok daha geniş olarak düzenlenmişken, kurumun yeni ve uygulamanın önceden öngörülemez olması, istismara elverişli olabileceği ve Türkiye şartlarında yargıyı yıpratıcı sonuçları olabileceği gerekçeleriyle, 2004 Kanunu' na daha sınırlı olarak alınmıştır. Nitekim Tasarı' da 16 bent halinde aşağıdaki hususlar öngörülmüştü:

1. Hâkimin belirleyeceği çevre sınırları dışına çıkamamak,
2. Saptanan yerleşim yeri veya konuttan ancak hâkimin belirleyeceği neden ve koşullarla ayrılabilmek,

3. Hâkim tarafından belirlenen bazı yerlere gidememek veya ancak bazı yerlere gidebilmek,

4. Belirlenen sınırlar dışına her çıkışta Cumhuriyet Savcısı'na veya hâkime haber vermek,

5. Hâkim tarafından belirlenen yerlere, belirtilen süreler içinde düzenli olarak başvurmak,

6. Hâkimin belirttiği merci veya kişilerin çağrılarına ve gerektiğinde meslekî uğraşlarına ilişkin veya eğitime devam konularındaki kontrol tedbirlerine uymak,

7. Cumhuriyet Savcılığı kalemine veya kolluğa kimliği belirten bir belgeyi, özellikle nüfus cüzdanı veya pasaportu, kimliğini belirtmeyi sağlayacak nitelikte bir makbuz karşılığında teslim etmek,

8. Her türlü taşıtları veya bunlardan bazılarını kullanamamak ve gerektiğinde kaleme, makbuz karşılığında sürücü belgesini teslim etmek,

9. Cumhuriyet Savcısı'nca belirtilen ve sulh ceza hâkimince onaylanan emre göre bazı kişileri kabul ve onları ziyaret etmekten, onlarla her ne suretle olursa olsun, ilişki kurmaktan kaçınmak,

10. Özellikle uyuşturucu maddeden arınmak amacıyla, hastaneye yatmak dahil, tıbbî özen, tedavi veya muayene tedbirlerine tâbi olmak ve bunları kabul etmek,

11. Şüphelinin parasal durumu göz önünde bulundurularak, miktarı ve bir defada veya birden çok taksitlerle ödeme süreleri, Cumhuriyet Savcısı'nın isteği üzerine hâkimince belirlenecek bir güvence miktarını yatırmak,

12. Suç, meslekî veya sosyal nitelikte uğraşlar nedeniyle veya bunlar vesilesiyle işlendiğinde veya yeni bir suçun işlenmesinden kuşku duyulduğunda bu uğraşları yapamamak,

13. Karşılığı bloke edilmişler dışında, çek keşide edememek ve gerektiğinde kullanılması yasaklanmış çek defterlerini aldığı bankalara geri vermek,

14. Silâh bulunduramamak veya taşıyamamak, gerektiğinde sahip olunan silâhları makbuz karşılığında adli emanete teslim etmek,

15. Cumhuriyet Savcısı'nın istemi üzerine hâkim tarafından miktarı ve ödeme süresi belirlenecek parayı suç mağdurunun haklarını güvence altına almak üzere aynî veya kişisel güvenceye bağlamak,

16. Aile yükümlülüklerini yerine getireceğine ve adlî kararlar gereğince ödemeye mahkûm edildiği nafakayı düzenli olarak ödeyeceğine dair güvence vermek

Buna karşılık Kanunumuzda sadece dokuz yükümlülük öngörülmüş bulunmaktadır (CMK m. 109/3):

a. Yurt dışına çıkamamak.

b. Hâkim tarafından belirlenen yerlere, belirtilen süreler içinde düzenli olarak başvurmak.

c. Hâkimin belirttiği merci veya kişilerin çağrılarına ve gerektiğinde meslekî uğraşlarına ilişkin veya eğitime devam konularındaki kontrol tedbirlerine uymak.

d. Her türlü taşıtları veya bunlardan bazılarını kullanamamak ve gerektiğinde kaleme, makbuz karşılığında sürücü belgesini teslim etmek.

e. Özellikle uyuşturucu, uyarıcı veya uçucu maddeler ile alkol bağımlılığından arınmak amacıyla, hastaneye yatmak dahil, tedavi veya muayene tedbirlerine tâbi olmak ve bunları kabul etmek.

f. Şüphelinin parasal durumu göz önünde bulundurularak, miktarı ve bir defada veya birden çok taksitlerle ödeme süreleri, Cumhuriyet Savcısı'nın isteği üzerine hâkimce belirlenecek bir güvence miktarını yatırmak.

g. Silâh bulunduramamak veya taşıyamamak, gerektiğinde sahip olunan silâhları makbuz karşılığında adli emanete teslim etmek.

h. Cumhuriyet Savcısı'nın istemi üzerine hâkim tarafından miktarı ve ödeme süresi belirlenecek parayı, suç mağdurunun haklarını güvence altına almak üzere aynî veya kişisel güvenceye bağlamak.

i. Aile yükümlülüklerini yerine getireceğine ve adli kararlar gereğince ödemeye mahkûm edildiği nafakayı düzenli olarak ödeyeceğine dair güvence vermek.

Hâkim bu yükümlülüklerden bir veya bir kaçına karar verebilir.”

Adli kontrolün şartları şunlardır:

“1. Tutuklama şartlarının varlığı. Hemen belirtelim ki, kanunda tutuklama yasağı öngörülen hallerde de adli kontrol mümkündür (CMK m. 109/2).

2. Üst sınırı üç yıldan fazla olmayan bir suç sebebiyle soruşturmanın yürütülmesi (CMK m. 109/1). Ancak “yurt dışına çıkarmamak” veya “hâkimin belirttiği merci veya kişilerin çağrılarına ve gerektiğinde mesleki uğraşlarına ilişkin veya eğitimine devam konularındaki kontrol tedbirlerine uymak” yükümlülükleri bakımından bu süre sınırı dikkate alınmaz (5353 sayılı Kanun'un 14. maddesi ile kanuna eklenen CMK m. 109/4)

3. Cumhuriyet Savcısı'nın istemi (CMK m. 110/1, 111).

4. Sulh ceza hâkiminin kararı (CMK m. 110/1).

31

Hâkim veya savcı 'her türlü taşıtları veya bunlardan bazılarını kullanamamak ve gerektiğinde kaleme, makbuz karşılığında sürücü belgesini teslim etmek' yükümlülüğünün uygulamasında şüphelinin meslekî uğraşlarında araç kullanmasına sürekli veya geçici olarak izin verebilir"(CMK m. 109/5).

"Adli kontrol altında geçen süre, şahsî hürriyeti sınırlama sebebi sayılarak cezadan mahsup edilemez". Ancak uyuşturucu, uyarıcı veya uçucu maddeler ile alkol bağımlılığından arınmak amacıyla, hastaneye yatmak dâhil, tedavi veya muayene tedbirlerine tabi olmak ve bunları kabul etmek halinde bu süre cezadan mahsup edilecektir (CMK m. 109/6).

110. maddenin savcıya verdiği yetki ile orantılı olarak şüpheli ve sanığa da her zaman adli kontrolün kaldırılmasını istemek olanağı tanınmıştır. Böyle bir istek ileri sürüldüğünde hâkim önce Cumhuriyet Savcısı'nın görüşünü alacak ve sonra 110. maddenin ikinci fıkrasında yer alan yetkilerini kullanacaktır (2001 Tasarısı 114. madde gerekçesi).

Tutuklamadan farklı olarak adli kontrol bakımından azami bir süre belirlenmemiştir.

"Adli kontrol hükümlerini isteyerek yerine getirmeyen şüpheli veya sanık hakkında, hükmedilebilecek hapis cezasının süresi ne olursa olsun, yetkili yargı mercii hemen tutuklama kararı verebilir" (CMK m. 112). Böyle bir hâlde yetkili yargı mercii, yükümlülüğü ihlâl eden hakkında derhâl tutuklama kararı verebilecek ve hükmedilebilecek hürriyeti bağlayıcı cezanın süresi göz önüne alınmayacak, yani 100. maddedeki sınırlara uymak zorunlu olmayacaktır. *"Tasarı, şüpheli veya sanığın, kendisine sağlanan olanağı kötüye kullanmış olmasını göz önünde bulundurarak böyle bir yaptırımını uygun saymıştır. Bu gibi hâllerde tutuklanmaya itiraza ilişkin hükümler, elbette ki, geçerlidir"* (2001 Tasarısı 115. madde gerekçesi).

“Tutuklamaya tabi olmayan bir suçtan dolayı hükmedilmiş olan adli kontrol tedbirine uymama halinde tutuklama kararı verileceğine göre, bu durumda bir yıldan az hapsi gerektiren suçlarda da, dolaylı olarak, tutuklama mümkün hale gelmiş olmaktadır”.³⁴

Kanun’un 113-115. maddelerinde ise güvence konusu düzenlenmiş bulunmaktadır.

³⁴ Bkz., Şahin, 6.

ÇOCUKLAR BAKIMINDAN ADLİ KONTROLÜN BİR ÖZELLİĞİ VAR MIDIR?

Çocuk Koruma Kanunu çocuklarla ilgili olarak adli kontrol bakımından bazı özel hükümler sevk etmiştir (ÇKK m. 20):

“(1) Suça sürüklenen çocuklar hakkında soruşturma veya kovuşturma evrelerinde adli kontrol tedbiri olarak Ceza Muhakemesi Kanununun 109 uncu maddesinde sayılanlar ile aşağıdaki tedbirlerden bir ya da birkaçına karar verilebilir:

a) Belirlenen çevre sınırları dışına çıkmamak.

b) Belirlenen bazı yerlere gidememek veya ancak bazı yerlere gidebilmek.

c) Belirlenen kişi ve kuruluşlarla ilişki kurmamak.

(2) Ancak bu tedbirlerden sonuç alınmaması, sonuç alınmayacağıının anlaşılması veya tedbirlere uyulmaması durumunda tutuklama kararı verilebilir”.

**HAKKINDA HAKİM VEYA MAHKEMECE
TUTUKLAMA VEYA ADLİ KONTROL KARARI VERİLEN
BİR KİMSE HAKKINDAKİ BU KARARI SAVCI
RE'SEN KALDIRABİLİR Mİ?**

33

Hatalı ve hukuka aykırı ve hatta Anayasa'nın kuvvetler ayrılığı ilkesini düzenleyen hükmüne aykırı dahi olsa, CMK m. 103/2, Cumhuriyet Savcılarına bu tür bir yetkiyi vermiştir. Madde metnine göre, soruşturma evresinde Cumhuriyet Savcısı adli kontrol veya tutuklamanın artık gereksiz olduğu kanısına varacak olursa, şüpheliyi re'sen serbest bırakır (CMK m. 103/2).

Belirtelim ki, bu yetki sadece soruşturma evresinde kullanılabilir ve fakat kovuşturma evresinde bu tür bir yetki Cumhuriyet Savcılarına tanınmamıştır. O nedenle, buradaki açıklamalar hâkim'in soruşturma evresinde verdiği tutuklama ve adli kontrole ilişkin olup, "*mahkeme*"lerin kovuşturma evresinde verdiği aynı nitelikli kararlar açısından bu tür bir düzenleme olmadığından, Cumhuriyet Savcılarının da bu tür bir yetkisinden söz edilemez.

Olması gereken hukuk açısından bu hükmü hukuka aykırı buluyoruz. Burada bir yargı organı tarafından verilen bir karar, siyasal bir organ olan, Adalet Bakanlığı'na bağlı ve idarenin bir ajanı olan Cumhuriyet Savcısı'nın takdiren kaldırması ve daha da vahimi bu kaldırma kararına karşı bir kanun yolunun kabul edilmeyişi çok sakıncalıdır. Hüküm, keyfilige yol açtığı

33

ve kolaylıkla suiistimal edileceği veya hatalı kullanılacağı için sakıncalıdır; yürütmenin yargıya müdahalesi anlamına gelip kuvvetler ayrılığı ilkesine aykırıdır; soruşturmada bu yetkinin kabul edilip kovuşturmada kabul edilmeyişi nedeniyle çelişkilidir; idarenin bu tür kararına karşı bir yargı yolunun olmayışı sebebiyle temel hukuk normlarına aykırıdır ve mutlaka bu yetki Cumhuriyet Savcısı'nın elinden alınmalıdır. Bu tür bir tasarrufa ihtiyaç var ise, Cumhuriyet Savcısı soruşturma evresinde bunu sulh ceza hâkiminden ve kovuşturma evresinde ise mahkemeden talep edebilmeli ve bu makamların kararıyla bu kimseler salıverilmeli veya gerekli ise salıverilmeyerek bu koruma tedbirlerinin hukuka uygun bir (neden ve koşullarla) süre daha devamına karar verilmelidir.

Burada, benzer bir içeriğe sahip mülga CMUK'un 126. maddesinin hatalı metninin adli kontrole de yaygınlaştırılarak kabulü hatalı olmuştur.

Bu gibi bir yetkinin kullanılması veya derhal kendiliğinden salıverilme sonucu, yalnızca hakkında yakalama, gözaltı veya tutuklama kararı verilmiş bir kimse hakkında, kişiler o statü içinde iken kovuşturmama (=takipsizlik) kararı verilmesi halinde kabul edilebilir. Esasen burada da, Cumhuriyet Savcısı'nın bir karar vermesine gerek yoktur. Çünkü, hakkında soruşturma olmayan ve soruşturmada Cumhuriyet Savcısı'na çıkarılan sonuca göre dava açılmayacak bir kimse hakkında suç şüphesi ortadan kalktığı için, o kimsenin özgürlüğünün kısıtlanamayacağı gerekçesi ve Kanun hükmünün metni nedeniyle o kimse takipsizlik kararıyla birlikte derhal (kanımızca ayrı bir karar gerek olmaksızın) salıverilmelidir. CMK yakalanan kimsenin salıverilme yetkisini kaldırdığı ve bunu sadece Cumhuriyet Savcısı yaptığı için, kovuşturmama kararı veren Cumhuriyet Savcısı'nın aynı anda kolluğa emir vererek

o kimsenin salıverilmesini sağlaması zorunludur. Bu nedenle, CMK m. 103/2'de yer alan *"kovuşturmaya yer olmadığı kararı verildiğinde şüpheli serbest kalır"* hükmünü amaca ve hukuka uygun bulmaktayız ve bu hükmün yukarıda belirttiğimiz gerekçelerle madde metninde muhafazası gerekmektedir.

Nitekim normalde kovuşturamama kararından sonra yeni delilin ortaya çıkmasıyla Cumhuriyet Savcısı'nın iddianame düzenlemesi mümkün iken (CMK m. 172/2), Cumhuriyet Savcılarının verdikleri takipsizlik kararına itiraz edilir ve bu itiraz reddedildikten sonra, yeni delilin ortaya çıkmasının iddianame düzenlemek açısından yeterli olmadığı ve ancak önceki itirazı reddeden mahkeme başkanının da bu hususta bir karar vermesi koşuluyla yeni bir iddianamenin düzenlenebileceğini düzenleyen CMK hükümleri de, yukarıda belirttiğimiz hükmün yanlışlığını açıkça ortaya koymaktadır (Karş. CMK m. 173/6). Çünkü, Cumhuriyet Savcıları yargı kararlarını ortadan kaldıramazlar, işlevsiz bırakamazlar ve bırakamamalıdır.

Bu nedenlerle, CMK'nın 103. maddesinin, 2005 tarih ve 5353 sayılı Kanun ile değiştirilmeden önceki (ilk) metnindeki, adli kontrol veya tutuklamaya son verilerek şüphelinin serbest bırakılmasını Cumhuriyet Savcılarının, şüphelinin veya müdafininin talebi üzerine ve sulh ceza hâkimlerinin kararına bağlı olarak düzenleyen ve bu tür bir talep karşısında sulh ceza hâkiminin Cumhuriyet Savcısı ile şüpheli ve müdafini dinledikten sonra üç gün içinde karar vereceği biçimindeki bir düzenlemeyi içeren hükmü yerinde, hukuka uygun ve olması gereken bir hüküm idi. Bu hükmün hatalı olarak kaldırılması ve yerine CMK'nın halen mer'i 103/2. maddesinin konulması hukuka aykırı olmuştur; vakit geçirmeksizin bu hükmün değiştirilerek, CMK'nın ilk şeklindeki madde metninin yeniden kabulünü sağlayan bir düzenlemeye gidilmelidir.

Bir suç ile ilgili olarak yapılacak bütün aramalar (üst, eşya, konut, işyeri) ancak hâkim kararıyla, gecikmede sakınca bulunan hallerde ise savcının yazılı emri ile yapılabilir (CMK m. 119). Savcıya ulaşılamadığı hallerde ise kolluk amirinin yazılı emri ile de arama yapılabilir (Kanunun ilk şeklinde kolluk amirinin arama kararı verme yetkisi bulunmamaktaydı). Ancak, konutta, işyerinde ve kamuya açık olmayan kapalı alanlarda arama konusunda kolluk amirine yetki verilmemiştir. Bu yerlerde bir suç ile ilgili olarak yapılacak aramalar ancak hâkim veya gecikmede sakınca varsa savcının yazılı emri ile yapılabilir (5353 sayılı Kanun m. 15 ile değişik CMK m. 119). Böylece önceki kanundan farklı olarak her kolluk memuruna değil, sadece kolluk amirine ve sadece belirli yerlerle ilgili olarak arama kararı verme yetkisi verilmiştir.

Burada özellikle bir hususu açıklığa kavuşturmakta yarar vardır. Arama, suç delillerinin elde edilmesi veya yakalama amacıyla yapılır. Dolayısıyla arama saklı olan şeylerin bulunmasına yöneliktir. Bu nedenle açıkta olan şeyler bakımından arama söz konusu olmaz. Bu bakımdan, üzerindeki silah görünen bir kimsenin bu silahının alınması arama olmadığı gibi,

yakalanmış bulunan kimsenin üzerinde iç kısımlara bakmaksızın sıvazlama yöntemiyle silah vb. şeylerin bulunup bulunmadığının kontrolü de arama değildir. Dolayısıyla bunlar hâkim veya savcı kararı olmaksızın kolluk tarafından da yapılabilir.

Arama kararı veya emrinde nelerin olması gerektiği ilk defa 2001 Tasarısı'nda düzenlenmiş ve bazı değişikliklerle bu düzenleme kanunumuza alınmıştır (CMK m. 119/2):

“Arama karar veya emrinde;

a) Aramanın nedenini oluşturan fiil,

b) Aranılacak kişi, aramanın yapılacağı konut veya diğer yerin adresi ya da eşya,

c) Karar veya emrin geçerli olacağı zaman süresi,

açıkça gösterilir”.

**GEÇİKMESİNDE SAKINCA BULUNAN VE SAVCIYA
ULAŞILAMAYAN DURUMLARDA, KONUTTA,
İŞYERİNDE VE KAMUYA AÇIK OLMAYAN
KAPALI ALANLARDA ARAMA YAPILMASI
EMRİNİ KOLLUK AMİRİ VEREBİLİR Mİ?**

Arama, hâkim kararı üzerine veya gecikmesinde sakınca bulunan hallerde Cumhuriyet Savcısı'nın ve Cumhuriyet Savcısı'na ulaşamadığı hallerde ise kolluk amirinin yazılı emri ile kolluk görevlileri tarafından yapılabilir (CMK m. 119/1-cümle:1).

Ancak belirtelim ki, CMK'nın 119/1. fıkrasının ilk cümlesinden sonra ayrıca şu düzenlemeye de yer verilmiştir: “*Ancak, konutta, işyerinde ve kamuya açık olmayan kapalı alanlarda arama, hâkim kararı veya gecikmesinde sakınca bulunan hallerde Cumhuriyet Savcısı'nın yazılı emri ile yapılabilir. Kolluk amirinin yazılı emri ile yapılan arama sonuçları Cumhuriyet Başsavcılığı'na derhal bildirilir*”.

Bu düzenleme nedeniyle iki konunun aydınlatılması zorunluluğu ortaya çıkmaktadır:

Öncelikle gerek CMK'nın 119/1. maddesinin ikinci cümlesi ile CMK'nın 118/1-2. maddelerinin birbiriyle bağdaştırılarak yorumlanması gerekmektedir. Bu maddelerin metinleri dikkate alındığında, kural olarak konut, işyeri ve diğer kapalı yerlerde gece vaktinde arama yapılması yasaktır. Ancak, su-

çüstü veya gecikmesinde sakınca bulunan haller ile yakalanmış veya gözaltına alınmış olup da firar eden kişi veya tutuklu veya hükümlünün tekrar yakalanması amacıyla yapılan aramalarda, bu yasak geçerli değildir: yani, m. 119/1. deki yetki kuralına uymak koşuluyla, bu yerlerde gece dahi arama yapılabilir.

İkinci olarak ise, konutta, işyerinde veya diğer kapalı yerlerde yapılabilecek arama açısından hangi kişi veya makamların karar veya emir verebileceklerinin açıklanması gerekmektedir. Çünkü, kanımızca CMK'nın 119/1. maddesinin son cümlesinin yeri yanlış düzenlenmiştir. Bu cümlenin aynı fıkranın ikinci cümlesi olarak düzenlenmesi gerekirdi. Fakat şu andaki düzenleniş biçimiyle 1. fıkranın ikinci ve son cümleleri, konut, işyeri veya diğer kapalı alanlarda gece yapılacak aramalarda kolluk amirinin emir verip veremeyeceği konusunda iki farklı görüşün ortaya çıkmasına yol açacak biçimde, netlikten uzak ve hatalı bir Türkçe ile ifade edilmiştir:

Bir görüş olarak burada kolluk amirinin de yazılı emir verebileceği, bu şekilde yapılacak aramanın kanuna uygun olacağı, CMK'nın buna izin verdiği ve fakat sadece bu olasılıkta bu biçimde yapılacak aramanın sonuçlarının derhal Cumhuriyet Başsavcılığı'na bildirilmesi yükümlülüğünün getirildiği söylenebilir. Belirtelim ki, bu görüşe katılmamakla birlikte, bu tür düşünce tarzının maddenin lafzına aykırı olmadığı düşüncesindeyiz.

Buna karşılık ikinci bir bakış açısı olarak (-ki biz de bu biçimde düşünmekteyiz) cümlenin yerinin yanlışlığına karşılık, madde metninin geceleyin bu yerlerde yapılacak aramalarda kolluğa re'sen harekete geçme yetkisinin verilmemesi gibi kolluk amirinin de vereceği yazılı emirle dahi bu yerlerde aramanın yapılamayacağı ve yapılırsa bunun hem CMK'ya hem de hukuka aykırı olacağıdır. Çünkü, aksi takdirde aynı maddenin

35

aynı fıkrasında iki kez yetki kuralının düzenlenmesi izah edilemeyeceği gibi, normal haller için genel kuralı koyan kanun koyucunun istisna olan ve m. 118/2' deki sınırlı koşullarla bu yerlerde arama yapılmasına izin vermek yanında buna sadece hâkim veya mahkemenin yetkili olduğunu belirtmek için ikinci kez yetkili kişi ve mercilerden söz ettiği kabul edilmelidir. Son cümle, ikinci cümleye ilişkin ve ikinci cümledeki yetkili makam sayısını artırmaya ilişkin olmayıp, ilk cümlelerin devamında gelmesi gereken ve maddenin 2005 tarih ve 5353 sayılı Kanun'la değiştirilmesinden önce kolluk amirine verilmeyen yetkiyi tanıyan yeni düzenlemesi açısından, (gece yapılmayan aramalar açısından) yapılan aramanın sonuçlarının derhal Cumhuriyet Başsavcılığı'na bildirilerek, ilk asli metinde olmayan yeni yetki kuralını sınırlı ve dolaylı bir denetimle kabul ettiğini belirten bir düzenlemedir. Ayrıca gerek ikinci gerek üçüncü cümlede açıkça kolluk amirinin de yazılı emirle bu yerlerde geceleyin arama yapmak açısından kolluğa emir verebileceği düzenlenmediği için, özellikle koruma tedbirlerinin kanuniliği ilkesi gereğince, bu son cümle ile bu yerlerde kolluk amirine de arama emri verme yetkisinin tanınmayıp, ilk cümlede normal koşullarda ve gündüzün yapılan aramalarla ilgili verilen emir verme yetkisinin icrası hallerinde aramanın sonuçlarından derhal soruşturma evresindeki asli yetkili Cumhuriyet Başsavcılığı'nın haberdar edilerek olası ihlallerin önlenmesinin istendiği kabul edilerek, bu şekilde bir uygulama yapılmalıdır. Sonuç olarak, konutta, işyerinde veya diğer kapalı yerlerde geceleyin arama yapmak karar ve emrini hâkim ve mahkeme verebilir; kolluk re'sen hareket edemeyeceği gibi bu yerlerde geceleyin arama yapmak açısından kolluk amirinin yazılı emir vermesi CMK'ya uygun değildir.

Olması gereken hukuk açısından iki hususa değinilmelidir:

İlk olarak: CMK'nın 119/1. maddesi metninde soruşturma ve kovuşturma evresi ayrımı yapılmaması gibi sadece hâkim-

den söz edip mahkemeden söz edilmemesi önemli bir eksiklik ve hatalı yorumlara yol açacak bir düzenleme biçimidir. Olması gereken hukuk açısından ileride yapılacak kanun değişikliği ile bu eksikliğin giderilmesi ve kovuşturma evresinde dahi sulh ceza hâkimine yetki verildiği veya kovuşturma evresinde bu kararın mahkeme olarak değil hâkimlik kararı olarak ve keza toplu mahkemelerde ise naip hâkim tarafından verileceğinin düzenlendiği gibi hatalı, amaca aykırı ve yetki ve kanun yolu karmaşası ve tereddüdünü ortaya çıkaracak ifade biçimi düzeltilmelidir. Yapılacak düzenlemeyle soruşturma evresinde sulh ceza hâkiminin ve kovuşturma evresinde ise yetkili mahkemenin arama kararı verebileceği madde metninde açıkça düzenlenmelidir.

İkinci olarak: CMK'nın 119/1. maddesinin ilk aslı şeklinde bu madde metninde sadece hâkime ve belirtilen koşulla Cumhuriyet Savcısı'na arama konusunda emir veya karar verme yetkisi tanınmıştı. Daha sonra, hem kolluğa re'sen bu yetkiyi kullanma hakkının tanınmaması ve Cumhuriyet Savcılarının emirlerinin yazılı olmasının aranması hem de uygulamada Cumhuriyet Savcılarında ulaşamama nedeniyle ya koruma tedbirine başvurulamaması veya daha ağır bir önlem olan yakalama ve akabinde gözaltı tedbirine yönelme, madde metninde değişikliği gerektirmiştir. 2005 tarih ve 5353 sayılı Kanun değişikliği ile madde metni bugünkü halini almıştır. Cumhuriyet Savcılığı ve kolluk amirinin emrinin "yazılı" olması gereği, halen dahi sakıncalı olup, bunun yerine sözlü emri verme ve hatta kolluğun re'sen arama yapması olanağını tanıma ve fakat buna karşılık olası ve daha önce uygulamamızda görülen suiistimalleri önlemek için, tıpkı elkoyma koruma tedbiri için CMK m. 127/3'de yapıldığı gibi kısa süreli (ve hatta daha kısa süreli kabul edilecek) bir denetim mekanizmasının getirilmesi daha yerinde olurdu. Halen bu denetim mekanizmasının yokluğu, sakıncalıdır.

Evet vardır. Bunlar şöylece özetlenebilir (Adli ve Önleme Aramaları Yönetmeliği m. 8, 9, 25):

a. *Hakkında tutuklama kararı veya yakalama emri veya zorla getirme kararı bulunan kişi ile hakkında gıyabî tutuklama kararı verilen kaçak yakalandığında üstünde, yakalanması amacıyla konutunda, işyerinde, yerleşim yerinde, bunların eklentilerinde ve aracında yapılacak aramada (bu arada Danıştay 10. Dairesi bu bentteki konut, işyeri, yerleşim yeri, bunların eklentileri ve araçta yapılacak aramalara ilişkin hükmün yürütmesini durdurmuş bulunmaktadır),*

b. *Hâkim kararı veya Cumhuriyet Savcısı'nın yazılı emri ile veya polis tarafından doğrudan yakalanan kişinin, kendisine, başkalarına veya yakalama işlemi yapan polis memurlarına zarar vermesini önlemek amacıyla yapılacak kaba üst aramasında,*

c. *Gözaltına alınan kişinin, nezarethaneye konmadan önce yapılan üst aramasında,*

d. *Herhangi bir sebeple hukuka uygun şekilde yakalandıktan sonra kolluk güçlerinin elinden kaçmakta olan kişilerin veya işlenmekte olan veya henüz işlenmiş olan veya pek az önce işlendiğini*

gösteren belirtilerin olduğu suçun failinin yakalanması amacıyla takibi sırasında girdikleri araç, bina ve eklentilerinde yakalanması amacıyla yapılacak aramalarda (bu konu üzerinde takip eden soruda daha ayrıntılı açıklamalar yapılacaktır),

e. Kaçakçılıkla Mücadele Kanunu 17/2 kapsamında, kaçak eşya, her türlü silah, mühimmat, patlayıcı ve uyuşturucu maddelerin bulunduğu şüphelenilen her türlü kap, ambalaj veya taşımaya yarayan diğer araçlarda hemen yapılan aramalarda,

f. Gümrük salonları ve gümrük kapılarında kaçak eşya saklandığından kuşkulanan kişilerin gümrük kontrolü amacıyla gümrük görevlilerince aranmasında;

g. Kaçakçılıkla Mücadele Kanunu 18/2 kapsamında belirlenen kapı ve yollardan başka yerlerde gümrük bölgesinde rastlanan kişi ve araçlarda yapılan aramada,

f. Suçüstü hâlinde yapılan aramalarda, toplum için veya kişiler bakımından hayati tehlikeyi ortadan kaldırmak amacıyla veya kapalı yerlerden gelen yardım çağrılarını üzerine, konut, işyeri ve yerleşim yeri ile eklentilerine girmek için

g. Suç işlenen yerlerde delillerin aranması, bulunması ve el koyulması için geliştirilmiş bilimsel ve teknik araştırma işlemlerinin, herkesin girip çıkabileceği kamuya açık alanlarda yapılması için,

h. Türk Ceza Kanununun 24 üncü maddesindeki kanunun hükmü ve âmirin emrini yerine getirme, 25 inci maddesindeki meşru savunma ve zorunluluk hâli ve 26 ncı maddesindeki hakkın kullanılması ve ilgilinin rızası (Danıştay 10. Dairesi yönetmeliğinin 8. maddesinin f bendindeki "ilgilinin rızası" hükmü ile ilgili olarak yürütmenin durdurulmasına karar vermiştir) ile diğer kanunların öngördüğü hukuka uygunluk sebepleri ve suçüstü hâlinde yapılan aramalarda, toplum için veya kişiler bakımından hayati tehlikeyi orta-

36

dan kaldırmak amacıyla veya kapalı yerlerden gelen yardım çağrıları üzerine, konut, işyeri ve yerleşim yeri ile eklentilerine girmek için

i. Devletçe kamu hizmetine özgülenmiş bina ve her türlü tesislere giriş ve çıkışı belli kurallara tabi tutulduğu hallerde, söz konusu tesislere girenlerin üstlerinin veya üzerlerindeki eşyanın veya araçlarının aranmasında,

j. Sivil hava meydanlarında, limanlarda ve sınır kapılarında yapılan aramalarda,

k. Umuma açık veya açık olmayan özel işletmelerin, kurumların veya teşebbüslerin girişlerindeki kontrollerde

hâkim veya savcı kararı alınmasına gerek bulunmamaktadır.

**HAKKINDA YAKALAMA EMRİ VEYA TUTUKLAMA
KARARI BULUNAN VEYA BU EMİR VEYA
KARARIN VERİLMESİNİ GEREKTİREN NEDENLER
BULUNAN BİR KİMSENİN İSTEMEDİĞİ HALDE ÜSTÜ
VEYA KONUTU, YAKALAMA AMAÇLI OLARAK
HAKİM VEYA MAHKEME KARARI VEYAHUT
SAVCI EMRİ OLMADAN ARANABİLİR Mİ?**

Öncelikle belirtelim ki, burada öncelikle yapılan aramanın kişinin üstünde mi yoksa konutunda mı yapıldığı ayırımını göre sorunun cevaplandırılması gerekmektedir:

Eğer kişinin üstü aranıyorsa bu takdirde kural hâkim kararı ile ve soruda olduğu gibi gecikmesinde sakınca bulunan hallerde Cumhuriyet Savcısı'nın yazılı emri ile yapılmasıdır. Cumhuriyet Savcısı'na (gecikmesinde sakınca bulunan hallerde) ulaşamıyorsa bu kez de kolluk amirinin yazılı emri ile arama yapılabilir. Ancak kolluk amirinin emri ile arama yapıldığında, bu yapılan aramanın derhal Cumhuriyet Başsavcılığı'na bildirilmesi gerekmektedir (CMK m. 119/1, cümle 1 ve 3).

Buna karşılık, arama ilgili kişinin konutunda yapılacak ise, bu takdirde öncelikle bu aramanın gece mi yoksa gündüz mü olduğu belirlenmelidir. Gece yapılacak aramalar açısından hem aşağıda konutta, işyerinde veya diğer kapalı yerlerde yapılacak aramalar bakımından yetkili mercie yönelik açıklamalar dikkate alınmalı hem de konutta gece arama yapılmasının kural olarak yasak olduğu ve ancak CMK m. 118/2'deki ko-

37

şullarla (suçüstü veya gecikmesinde sakınca bulunan haller ile gözaltına alınmış olup da firar eden kişi veya tutuklu veya hükümlünün tekrar yakalanması amacıyla yapılan arama koşulları) mümkün olacağına dikkate alınması gerekmektedir (Bkz., CMK m. 118/1-2 ve CMK m. 119/1, cümle: 2). Gündüzün konutta yapılacak aramalar açısından ise, CMK m. 118'deki koşullara ihtiyaç bulunmaksızın aramanın genel koşulları ile yetki kuralına ilişkin 119/1, cümle 2'deki hüküm dikkate alınmalıdır. Buna göre, gündüzün konutta (veya işyerinde veyahut diğer kapalı yerlerde) yapılacak arama açısından, kanun koyucu m. 118/2'deki koşullar olsa dahi kolluk amirinin emri ile aramaya izin vermemiştir. Buna karşılık, kural olarak hâkimin ve gecikmesinde sakınca bulunan hallerde Cumhuriyet Savcısı'nın yazılı emri ile arama yapılabilecektir (CMK m. 119/, cümle 2).

Ayrıca belirtelim ki, konutta yapılacak aramada aramanın yapıldığı yerde Cumhuriyet Savcısı'nın hazır bulunması durumunda herhangi ilave bir koşula gerek olmadığı halde, Cumhuriyet Savcısı hazır olmaksızın konut, işyeri veya diğer kapalı yerlerde arama yapabilmek için o yer ihtiyar heyetinden veya komşulardan iki kişi bulundurulmalıdır (CMK m. 19/4). Keza, askerî mahallerde yapılacak arama, hâkim veya Cumhuriyet Savcısı'nın istem ve katılımıyla askerî makamlar tarafından yerine getirilir (CMK m. 119/5).

Burada arama emrinin gerek kolluk gerek savcılık açısından "yazılı" olmasının şart koşulmasının amaca uygun olmayıp yerindelik açısından sakıncalı olduğu düşüncesindeyiz. Hâlbuki çoğu kez uygulanmayıp, görevlileri sonradan geçmiş saat veya tarihli evrak düzenlemeye zorlayan bu hatalı ve gecikmesinde sakınca bulunun ve suçüstü kavramı ile bağdaşmayan bu yazılı emir yerine, tıpkı elkoymada olduğu gibi (Bkz., CMK

m. 127/3) savcının veya kolluk amirinin verdiği emrin azami 24 saatlik bir süre dahilinde hâkim (yargı) kontrolüne tabi tutulması daha yerinde olurdu.

Diğer yandan burada, sanki arama sadece soruşturma evresinde yapılabilecekmiş gibi sadece “hâkim” kararından söz edilip, soruşturma evresinde sulh ceza hâkimi ve kovuşturma evresinde ise yetkili mahkemenin karar vereceğinin düzenlenmeyişi de hatalı olmuştur. Bu eksikliğin yapılacak kanun değişikliği ile giderilmesi ve kovuşturma evresi açısından mahkemenin yetkili olduğunun kanun metninde açıkça düzenlenmesi gereklidir.

**KESİNTİSİZ İZLENEN KİŞİ KAÇARAK
BİR EVE GİRERSE, HENÜZ HAKİM VEYA MAHKEME
KARARI VEYA SAVCININ YAZILI EMRİNİ ALMAYAN
KOLLUĞUN O KİŞİYİ YAKALAMAK AMACIYLA
EVDE ARAMA YAPMASI HUKUKA UYGUN MUDUR?**

Burada en sağlıklı yaklaşım, suçüstü halinin hala devam edip etmediğinin saptanmasıdır. Eğer kesintisiz izleme sonrasında yakalanmak istenen ve o an izlenen kimse tek bir ailenin oturduğu anlaşılın somut bir eve/apartmana girerse veya dairelerinde farklı ailelerin oturduğu anlaşılın bir apartmanın hangi dairesine girdiği görülürse veyahut bir karavan, çadır vs. gibi bir konuta veya kapalı alana girerse, bu takdirde suçüstü halinin kesilmediğini ve halen devam ettiğini kabul ederek, ayrıca (hâkim/ mahkeme veya savcı veyahut kolluk amirinin vereceği) yazılı emir koşulu aranmaksızın, kolluğun o yere girerek o kimseyi arama yetkisinin bulunduğu ve konunun arama kurumu yerine, burada suçüstü haline bağlı yakalama yetkisini düzenleyen hükümler nazarında ele alınması gerekmektedir. Bu gibi hallerde CMK m. 90/2 gereğince herhangi bir kişi veya makamın yazılı emrine gerek bulunmamaktadır. Nitekim hukuka uygun yapılan bir arama sonrasında elde edilen delil, müsadereye veya başka bir suça ilişkin bir şeye elkoymak için arama için verilen hâkim/savcı kararı dışında ve arama sonrasında bu eşyalara elkonulması için de ayrı ve yeni bir hâkim/savcı kararına ihtiyaç olmaması da bu yorumu desteklemektedir (bkz., CMK m. 121).

Buna karşılık, izlenen kimsenin, her dairesinde birden fazla ailenin oturduğu büyük bir bina veya bir sitedeki bir apartman veya daireye veyahut bir mahalle veya sokaktaki dairelerden birisine girdiği görülen ve fakat kısa süreli de olsa izi kaybedildiği için hangi dairede saklandığı anlaşılamayan durumlarda, suçüstü halinin bulunmadığı ve araya kesinti girdiği gerekçeyle, artık suçüstü kavramına bağlı yakalama hükümlerinin işletilemeyeceğinin ve burada arama koruma tedbirine ilişkin hükümlerin işletilmesi ve hâkim/mahkeme kararı, (örnekte olduğu gibi) gecikmesinde sakınca bir halin olduğu hallerde savcının yazılı emri ile o kişinin aranması ve bulunduğu yakalanması olanağı bulunmaktadır. Gece veya gündüz olması fark etmeksizin, konutta (veya işyeri veyahut kamuya açık olmayan bir alanda) arama yapılacağı için, kanun bu gibi yerlerde kolluk amirinin yazılı emrini tek başına yeterli görmediğinden, en azından savcının yazılı emri gerekecektir. Başka bir yerde olsaydı ve gecikmesinde sakınca bulunan hallerde savcıya ulaşılamayan bir hal olsaydı, derhal savcıya bildirilmek kaydıyla, kolluk amirinin yazılı emri ile de arama yapılabilirdi (Bkz., CMK m. 119/1). Burada gece vaktinde konutta arama yapılması istisnai bir yetkiye dayanmakta olup, ancak CMK m. 118/2'deki suçüstü veya gecikmesinde sakınca bulunan hal (=kanuna göre, bazen yakalanmış veya gözaltına alınmış olup da firar eden veya tutuklu veya hükümlünün tekrar yakalanması amacıyla yapılan aramalar) bulunduğu anda, gece dahi olsa konutta arama yapılabilir (Bkz., CMK m. 118/1-2)

Nitekim CMK m. 117/3'de CMK'nın şüpheli veya sanık dışındaki diğer bir kişinin üstü, eşyası, konutu, işyeri veya ona ait diğer yerlerin aranabilmesi için CMK m. 117/1 ve 2'de düzenlenen sınırlama ve aranan koşulların, şüpheli veya sanığın bulunduğu yerler ile izlendiği sırada girdiği yerler hakkında geçerli olmadığını belirterek, belirttiğimiz yorum biçimini vurgulamıştır.

Hayır. Hakkında arama işlemi uygulanan kimsenin belge veya kâğıtlarını inceleme yetkisi, Cumhuriyet Savcısı ve hâkime aittir. Polis, arama sırasında ele geçen belge veya kâğıtlara, suçla ilgisi olup olmadığını tespit amacıyla, incelemeksizin bakabilir. Suçla ilgisi olabileceğinden şüphelendiği anda kanunun öngördüğü şekilde incelenecek belge ve kâğıtları ambalajlayarak mühürler (CMK m. 122, Adli ve Önleme Aramaları Yönetmeliği m. 16).

Belge ve kâğıt terimi geniş anlaşılmalıdır. Bu nedenledir ki, düşünsel bir içeriği bulunan yazılı ya da basılı her şeyin bu madde kapsamında olduğunu kabul etmek gerekir. Hatta öğretilerde hükmün amacı göz önünde bulundurularak film, mikrofilm, fotoğraf, fotoğraf albümü, kaset, CD vb. şeylerin de fikri içerik taşıyan kâğıt olarak kabul edilmesi gerektiği ileri sürülmektedir. Kolluğa kabaca dahi olsa, önemsiz olanları ayıklamak amacıyla kâğıt ve belgeleri inceleme yetkisi verilmiştir. Kanun kolluğun "*incelemeksizin*" bakacağından bahsetmektedir. Bu durumda kolluğun dış belirtilere göre ayıklama yapabileceğini kabul etmek gerekir.³⁵

³⁵ Özbek, 445.

Aranacak yerlerin sahibi veya eşyanın zilyedi aramada hazır bulunabilir. Kendisi bulunmazsa temsilcisi veya akrabalarından biri veya kendisiyle birlikte oturmakta olan bir kişi veya komşusunun mutlaka hazır bulundurulması gerekir. Ayrıca kişinin müdafii de o sırada orada bulunuyorsa aramada bulunabilir. Avukat orada değilse, arama işlemine başlanması için gelmesi beklenmez (CMK m. 120). Esasen 2001 Tasarısı'nın ilgili hükmünde (m. 102), *"kendiliğinden gelen avukat da aramada hazır bulunabilir"* denilmekteydi. Fakat, bilim komisyonunda *"savunma hakkını daha iyi sağlayabilmek için, kendiliğinden gelen avukat yerine kişinin avukatının aramada hazır bulunmasına engel olunamaz hükmüne yer verilmiştir"*.

"Bu yeni düzenleme, avukatın yargının kurucu unsurlarından olan bağımsız savunmayı temsil etmesinin (Avukatlık Kanunu, m.1/2) dolaylı bir sonucudur. Yargı organları ve emniyet makamları da, avukatlara görevlerinin yerine getirilmesinde yardımcı olmak zorundadır. (Avukatlık Kanunu, m. 2/3) Bu düzenleme, savunma hakkına değer verildiğini gösterdiği gibi, ceza usul hukukunda geçerli olan silahların eşitliği ilkesinin de bir gereğidir. Nitekim benzer bir düzenlemeye, yürürlükteki İtalyan Ceza Usul Kanunu'nda (m. 356)

38

da rastlanmaktadır. Bu Kanun'a göre, hakkında soruşturma yapılan kişinin avukatı, arama konusunda kendisine önceden haberdar edilme hakkı olmaksızın, hazır bulunma yetkisine sahiptir".³⁶

Konutta, işyerinde veya diğer kapalı yerlerde gece vakti arama yapılamaz. Ancak suçüstü veya gecikmesinde sakınca bulunan haller ile yakalanmış veya gözaltına alınmış olup da firar eden kişi veya tutuklu veya hükümlünün tekrar yakalanması amacıyla yapılan aramalar geceleyin de yapılabilir (CMK m. 118).

1412 sayılı CMUK'un 96/2. maddesine paralel olarak 2001 Tasarısı'nın gece yapılacak aramayı düzenleyen 99. maddesinin 2. fıkrasında şu düzenleme yapılmıştı: *"Bu sınırlama, gece vaktinde herkesin girip çıkabileceği yerler veya mahkûmların toplanma veya sığınma veya suç ile elde edilen şeyleri saklama yeri veya gizli kumar yerleri veya genelevler gibi kollukça bilinen yerler hakkında geçerli değildir".* Ancak bu hüküm kanunumuza alınmadı. Bunun gerekçesi bilim komisyonu raporunda şöyle açıklanmaktadır: *"İkinci fıkrada gece aramanın şartları gösterilmiştir. Böyle bir düzenleme varken, ayrıca kumar yeri, genel ev veya suçluların toplanma yerinden bahsedilmesine gerek görülmemiştir".* Böylece, *"suçüstü veya gecikmesinde sakınca bulunan hâller ile yakalanmış veya gözaltına alınmış olup da firar eden kişi veya tutuklu veya hükümlünün tekrar yakalanması amacıyla yapılan aramalar"* gece de yapılabileceğinden, ayrıca herkesin girip çıkabileceği yerler, sığınma yerleri, gizli kumar yerleri veya genel evler gibi yerler bakımından ikinci bir istisna tekrar niteliğinde görülerek, düzenlenmemiştir.

³⁶ Gülşen, Recep, "Yeni Ceza Muhakemesi Kanunu'nda Arama", www.adalet.gov.tr

Yukarıda belirtilen koşullar, bir suçla ilgili olarak yapılan aramalar yani adli aramalar bakımından geçerlidir. Belli bir suçun soruşturma veya kovuşturulması ile bağlantılı olmaksızın, önleme amaçlı olarak yapılacak aramalar bakımından ise kurallar daha farklı belirlenmiştir (Adli ve Önleme Aramaları Yönetmeliği m. 19). Buna göre,

a. Toplantı ve Gösteri Yürüyüşleri Kanunu kapsamına giren toplantı ve gösteri yürüyüşlerinin yapıldığı yerde veya yakın çevresinde,

b. Özel hukuk tüzel kişileri ile kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşları veya sendikaların genel kurul toplantılarının yapıldığı yerin yakın çevresinde,

c. Halkın topluca bulunduğu veya toplanabileceği yerlerde,

d. Her derecede öğretim ve eğitim kurumlarının ve üniversite binaları ve ekleri içerisinde, kurumun imkânlarıyla önlenmesi mümkün görülmeyen olayların çıkması olasılığı karşısında rektör, acele hâllerde de dekan veya bağlı kuruluş

41

yetkililerinin kolluktan yardım istemeleri hâlinde, girilecek üniversite, bağımsız fakülte veya bağlı kurumların içerisinde, bunların yakın çevreleri ile giriş ve çıkış yerlerinde,

e. Umumî veya umuma açık yerlerde veya öğrenci yurtlarında veya eklentilerinde,

f. Yerleşim yerlerinin giriş ve çıkışlarında,

g. Her türlü toplu taşıma veya seyreden taşıt araçlarında,

h. Spor müsabakalarıyla ilgili olarak, müsabakaların yapılacağı spor alanlarının çevresinde, stadyum veya spor salonu girişleri ile turnike girişlerinde,

Hâkim, gecikmesinde sakınca bulunan hallerde ise mülki amirin (vali, kaymakam) yazılı emri ile arama yapılabilir. Ancak konutta, yerleşim yerinde ve kamuya açık olmayan özel işyerlerinde ve eklentilerinde önleme araması yapılamaz.

Umuma açık veya açık olmayan özel işletmelerin, kurumların veya teşebbüslerin girişlerindeki kontroller, buralara girmek isteyen kimselerin rızasına bağlıdır. Kontrol edilmeyi kabul etmeyenler, bu gibi yerlere giremezler. Bu gibi yerlerde kontrol, esasta özel güvenlik görevlileri tarafından yerine getirilir. Ancak, bu yerlerin ve katılanların taşıyabilecekleri özel niteliklere göre, önleme aramaları kolluk güçleri tarafından da yapılabilir (Adli ve Önleme Aramaları Yönetmeliği m. 25).

Özel güvenlik görevlileri,

a. Koruma ve güvenliğini sağladıkları alanlara girmek isteyenleri duyarlı kapıdan geçirme, bu kişilerin üstlerini detektörle kontrol etme, eşyaları X-ray cihazından veya benzeri güvenlik sistemlerinden geçirme,

b. Toplantı, konser, spor müsabakası, sahne gösterileri ve benzeri etkinlikler ile cenaze ve düğün törenlerinde kimlik sorma, duyarlı kapıdan geçirme, bu kişilerin üstlerini detektörle kontrol etme, eşyaları X-ray cihazından veya benzeri güvenlik sistemlerinden geçirme,

42

c. Hava meydanı, liman, gar, istasyon ve terminal gibi toplu ulaşım tesislerinde kimlik sorma, duyarlı kapıdan geçirme, bu kişilerin üstlerini detektörle kontrol etme, eşyaları X-ray cihazından veya benzeri güvenlik sistemlerinden geçirme konularında yetkili kılınmıştır.

*HAVAALANINA, KAMU BİNALARINA VS.
GİRERKEN YAPILAN ARAMALARIN
DAYANAĞI NEDİR?*

43

Aşağıdaki hallerde bir karar veya emir olmaksızın arama yetkisi verilmiştir (Adli ve Önleme Aramaları Yönetmeliği m. 25):

a. Devletçe kamu hizmetine özgülenmiş bina ve her türlü tesislere giriş ve çıkışın belirli kurallara tâbi tutulduğu hâllerde, söz konusu tesislere girenlerin üstlerinin veya üzerlerindeki eşyanın veya araçlarının aranmasında,

b. Sivil hava meydanlarında, limanlarda ve sınır kapılarında, binaların, uçakların, gemilerin ve her türlü deniz ve kara taşıtlarının, giren çıkan yolcuların X-ray cihazından geçirilerek, gerektiğinde üstünün ve eşyasının aranması ile buralarda görevli kamu kuruluşları ve özel kuruluşlar personelinin, üstlerinin, araçlarının ve eşyalarının aranmasında.

Yukarıda tanıklık kısmında açıkladığımız CMK 47. maddenin “devlet sırrı niteliğindeki bilgilerle ilgili tanıklık” konusundaki hükmüne paralel bir düzenleme de 125. maddede yapılmıştır.

Önceki Kanunumuzun “teslim olunmayacak vesikalar” başlıklı 88. maddesinde “resmi dairelerde saklı evrakin ifşasının memleketin selametine zarar vereceği o dairenin en büyük amiri tarafından beyan edildiği takdirde, bu evrakin tesliminin istenemeyeceği, bu beyan yeterli görülmediği takdirde ilgili bakanlığa müracaat olunabileceği” hükme bağlanmaktaydı. 2001 Tasarısı’nda da bu konuda ilgili bakanın bu konudaki bildirimini üzerine belgelerin verilmesine veya gösterilmesine karar verilemeyeceği şeklinde bir hüküm sevk edildikten sonra, mahkemenin bu belgelerin davanın sonuçlandırılması bakımından zorunlu olduğu hallerde başbakanlığa başvurabileceği açıklanmaktaydı. Dolayısıyla 2001 Tasarısı’nda 1412 sayılı Kanun’dan içerik olarak farklı bir hüküm bulunmamakta, sadece yetkili amir konusunda farklı bir hüküm sevk edilmekteydi. Bu bakımdan 2004 Kanunu’nun bu düzenlemesi önemli bir yenilik arz etmektedir.

Konu üzerinde ayrıntılı bilgiyi yukarıda verdiğimiz için burada sadece Adalet Komisyonu raporunun ilgili kısmına temas etmekle yetiniyoruz:

“Tasarının 93 üncü maddesinin başlığı ‘İçeriği Devlet sırrı niteliğindeki belgelerin mahkemeye incelenmesi’ olarak değiştirilmiş, Devlet sırrı, ancak belirli görevliler tarafından vakıf olunabilen, Türkiye Cumhuriyeti Devletinin güvenliği ve milli savunma bakımından yetkisiz kişilere karşı gizli tutulması gereken bilgilerdir. Güvenlik kuvvetleri tarafından kullanılan teknik donanımlara ya da askeri bakımdan önem arz eden üretim tesislerine ilişkin bilgiler de, devlet sırrı niteliği taşımaktadır.

Maddenin birinci fıkrasında, 26/9/2004 tarihli ve 5237 sayılı Türk Ceza Kanununun 328 inci maddesinin gerekçesinde vurgulanan düşünceye paralel olarak, bir suç olgusuna ilişkin bilgi ve belgelerin, devlet sırrı olarak mahkemeye karşı gizli tutulamayacağı hükmü altına alınmıştır.

İkinci fıkra hükmüne göre; devlet sırrı niteliğindeki bilgileri içeren belgeler mahkeme tarafından incelenebilmekle birlikte, kovuşturma evresine katılma hakkına sahip bulunan diğer kişiler, doğrudan bu bilgilere ulaşamayacaklardır. Ancak, mahkeme tarafından, kovuşturma konusu suçu açıklığa kavuşturabilecek nitelikte görülen belgelerin içeriğiyle ilgili olarak, hükmünde açıklamaya yer verilmesi gerekir. Böylece, bu bilgilerle ilgili olarak savunma hakkının kullanılabilmesine, ilk defa olağan kanun yoluna başvuru aşamasında imkan tanınmış olacaktır.

Maddenin üçüncü fıkrasında, bu hükmün ancak, belirli ağırlık derecesine ulaşmış olan suçlarla ilgili olarak uygulanabileceği hükmü altına alınmıştır. Bu itibarla, belirlenen ağırlık ölçüsüne ulaşmayan suçlardan dolayı bir bilgi veya belgenin devlet sırrı olduğundan bahisle soruşturma ve kovuşturma sürecinde tartışılmasına sınırlama getirilemeyecektir. Madde bu görüşler doğrultusunda yeniden üç fıkra olarak düzenlenmiş ve 125 inci madde olarak kabul edilmiştir”.

Yeni Kanunumuzun 130. maddesinde avukat bürolarında arama, el koyma ve avukatlarla müvekkili arasındaki mesleki ilişkiye ilişkin belge ve varakalara el koyma ile ilgili işlemler ayrı ve genel hükümlerden farklı usullere ve özel hükümlere bağlanmış bulunmaktadır. Bunun nedeni, “savunma hakkını sağlam tutmaktır. Avukat ile müvekkili arasındaki ilişkilerin tam bir gizlilik içerisinde yürütülmesi, savunma hakkını sağlam tutmanın ve avukatın mesleki sırlarının korunmasının temel koşuludur” (2001 Tasarısı 101. madde gerekçesi). Esasen maddenin görüşmeleri sırasında gerek Adalet Komisyonu’nda gerekse Genel Kurul’da avukat bürolarındaki ve postadaki evraka hiçbir şekilde el konulamaması yönünde görüşler ileri sürülmüş ise de, bu görüşler kabul görmemiştir.

Ceza Muhakemesi Kanunu’nun bu konuya ilişkin düzenlemesi 2001 Tasarısı’nın 101. maddesi hükmünün hiçbir değişiklik yapılmaksızın alınması suretiyle şekillendirilmiştir. Bu sebeple, tasarının ilgili kısımlarının gerekçesini buraya almakta yarar görüyoruz:

“1. Avukat büroları ancak mahkeme kararı ile ve kararda belirtilen olayla ilgili olarak Cumhuriyet Savcısı’nun denetiminde

aranabilecektir ve aramaya baro başkanı mutlaka çağırılacak veya kendisi yahut onu temsil eden bir avukat aramada mutlaka hazır bulundurulacaktır.

2. Maddenin (2) numaralı fıkrasına göre bürosunda arama yapılan avukat ile müvekkili arasındaki meslekî ilişkiye ait olan şeylere el konulamaz. Arama sırasında avukat veya baro başkanı yalut temsilcisi el konulmak istenilen şeyin avukat ile müvekkili arasındaki ilişkiye ait olduğunu öne sürerek bunlara el konulmasına karşı koyduklarında, bu şey ayrı bir zarf veya paket içerisine konulacak ve hazır bulunanlarca mühürlenecektir. İşlemi soruşturma evresi sırasında yapılmakta ise paket sıhı ceza hâkimine verilecek ve adı geçen gerekli incelemeleri yaparak yirmi dört saat içinde bu husustaki kararı verecektir; işlem kovuşturma evresi içinde gerçekleştirilmiş ise bu takdirde, yine yirmi dört saat içinde gerekli karar, 298 inci maddede gösterilen merci tarafında verilecektir.

Her iki hâlde yetkili hâkim, el konulan şeyin avukat ile müvekkili arasındaki meslekî ilişkiye ait olduğunu saptadığında bunu derhal avukata iade etmekle beraber, yapılan işlemi belirten bütün tutanakların ortadan kaldırılmasına karar verecektir. Aksi hâlde ise şeyler ilgili savcıya veya hâkim veya mahkemeye verilecektir.

3. Maddenin (3) numaralı fıkrası, postada el koyma durumunu düzenlemektedir; bu hâlde de avukat, baro başkanı veya adı geçen temsil eden avukatın şeylere el konulmasına karşı koyması hâlinde, maddenin (2) numaralı fıkrasında belirtilen hükümlerin uygulanması suretiyle sorun çözülecektir”.

Benzer bir düzenleme Avukatlık Kanunu'nun 58. maddesinde de yer almaktadır. Bu maddeye göre, avukatların avukatlık veya Türkiye Barolar Birliği ya da baroların organlarındaki görevlerinden doğan veya görev sırasında işledikleri suçlardan dolayı haklarında soruşturma, Adalet Bakanlığı'nun

vereceği izin üzerine, suçun işlendiği yer Cumhuriyet Savcısı tarafından yapılır. Avukat yazıhaneleri ve konutları ancak mahkeme kararı ile ve kararda belirtilen olayla ilgili olarak Cumhuriyet Savcısınun denetiminde ve baro temsilcisinin katılımı ile aranabilir.

Avukatlık Kanunu'ndan farklı olarak arama bakımından görevle bağlantılı olarak görev dolayısıyla veya görev sırasında şeklindeki bir ayrım, Yeni Ceza Muhakemesi Kanunu'nda yapılmadığından, yeni kanunumuzdaki düzenlemenin avukatların işledikleri görevle bağlantılı olmayan kişisel suçlar ile diğer kişilerin bu şekildeki suçları bakımından da uygulama alanına sahip olabileceği öğretilmektedir.³⁷

³⁷ Gülşen, www.adalet.gov.tr

**CEZA MUHAKEMESİ KANUNU'NDA
EL KOYMA KORUMA TEDBİRİNE İLİŞKİN OLARAK
YAPILAN TEMEL YENİLİKLER NELERDİR?**

46

Bir koruma tedbiri olarak el koyma, rıza bulunmayan hallerde zorla şeyi alma yetkisini ifade etmektedir (2001 Tasarısı, 91. madde gerekçesi). İspat aracı olarak yararlı görülen ya da eşya veya kazanç müsaderesinin konusunu oluşturan malvarlığı değerleri rıza ile verildiği takdirde muhafaza altına alınacaktır (CMK 123/1).

El koyma bakımından yeni kanunumuzda ne tür yenilikler yapıldığına bakıldığında, CMK'da getirilen en önemli değişiklik olarak eşya müsaderesinin yanı sıra kazanç müsaderesinin konusunu oluşturan malvarlığı değerlerine de el konulması olanağının sağlanması olduğu görülmektedir. İkinci olarak, "*taşınmazlara, hak ve alacaklara el koyma*" da 4422 sayılı Kanun'dan sonra ilk defa Ceza Muhakemesi Kanunu'nda düzenlenmiş bulunan bir koruma tedbiridir (CMK 128).

Bunların dışında, diğer önemli bir yenilik "*içeriği devlet sırrı niteliğindeki belgelerin mahkemeye incelenmesi*"ne ilişkin 125. maddede getirilmiştir. Bu hüküm çok radikal bir adımı ifade etmektedir ve buna yukarıda temas etmiştik.

Taşınmazlara, hak ve alacaklara el koyma konusu da daha önce 4422 sayılı Çıkar Amaçlı Suç Örgütleriyle Mücadele Ka-

nunu'nda düzenlenmiş bulunmaktaydı. Kanunumuzun 128. maddesindeki düzenlemede ise bu koruma tedbirinin uygulanacağı suçlar katalog olarak sayılmıştır. Bu hükmün 3 ve 4. fıkralarının şekillendirilmesinde de Alman CMK m. 111/c hükmünden yararlanılmıştır.

128. madde ile ilgili olarak belirtilmesi gereken husus, taşınmaz, hak ve alacaklara ancak şüpheli veya sanığa ait olmaları halinde el konulabileceğidir. Ancak bu taşınmaz, hak, alacak veya diğer malvarlığı değerleri şüpheli veya sanıktan başka bir kişinin zilyetliğinde bulunması halinde dahi el koyma işlemi yapılabilir. Burada dikkat edilmesi gereken konu, bu değerlerin şüpheli veya sanıktan başka bir kişinin zilyetliğinde olsa dahi, el koyma işlemi için bunların şüpheli veya sanığın mülkiyetinde olması gerekmektedir. Bu itibarla Adalet Komisyonu raporundaki *"bu taşınmaz, hak, alacak ve diğer malvarlığı değerlerinin mutlaka şüpheli veya sanığa ait olması gerekmektedir"* şeklindeki ifade yanlıştır.

Bir diğer yenilik, postada el koyma bakımından resmi kuruluşların dışında, her türlü özel kuruluştaki bulunan gönderilere de el konulma olanağının sağlanmış bulunmasıdır (CMK m. 129). Böylece kargo şirketleri gibi kurumlardaki gönderilere de el konulabilecektir. Aynı şekilde otobüs seyahat firmalarına teslim edilerek gönderilen şeylere de el konulması mümkündür. Fakat özel bir kişiye teslim edilmiş şeyler gönderi kapsamında kabul edilemeyecektir. El koyma bakımından gönderinin ticari amaçla teslim edilmiş veya taşınmış olması gerekmektedir.

2001 Tasarısı'nın postada el koymaya ilişkin 96. maddesinde *"postada bulunan mektup, telgraf veya elektromanyetik araçlarla gönderilmiş bilgileri içeren yazı, belge veya diğer gönderiler"* den bahsedilirken, kanunumuz bu tür el koymanın konusu olarak

sadece “gönderiler”i düzenlemiştir. Böylece elektromanyetik araçlarla gönderilmiş yazı, belge ve diğer gönderiler iletişimin denetlenmesi koruma tedbirine tabi olacaktır. Bu kapsamda faks ve elektronik posta örnek olarak verilebilir.

130. maddede düzenlenen “avukat bürolarında arama, el koyma ve postada el koyma” koruma tedbirinin ise 2001 Tasarısı’nın 101. maddesinden aynen alındığına yukarıda işaret etmiştik.

Alman Ceza Muhakemesi Kanunu 111e/3 maddesinde “el koyma işlemi suçtan zarar görene, bilinmesi veya muhakeme sürecinde tanınması durumunda gecikmeksizin bildirilir” denmektedir. Bu hüküm 127. maddenin 5. fıkrasında şu şekilde ifadesini bulmuştur: “El koyma işlemi, suçtan zarar gören mağdura gecikmeksizin bildirilir”. Böylece mağdurun kendisine ait olabilecek eşyaların akıbeti hakkında bilgi sahibi olması istenmiştir. Nitekim 131. maddenin ikinci fıkrasına göre, “128 inci madde hükümlerine göre el konulan eşya veya diğer malvarlığı değerleri, suçtan zarar gören mağdura ait olması ve bunlara delil olarak artık ihtiyaç bulunmaması halinde, sahibine iade edilir”. Ayrıca CMK 141/1-j “eşyasına veya diğer malvarlığı değerlerine, koşulları oluşmadığı halde el konulan veya korunması için gerekli tedbirler alınmayan ya da eşyası veya diğer malvarlığı değerleri amaç dışı kullanılan veya zamanında geri verilmeyen” kimselerin tazminat hakkı olduğunu belirtmektedir. Bu hakkın kullanılabilmesi için de bildirim gerekli görülmüştür.

Mağdurun bilinmemesi halinde bildirim yapılamayacaktır.³⁸ Ancak bu durumun kötüye kullanılmaması ve mağdurun tespiti yönünde gerekli çabaların gösterilmesi gerekmektedir.

³⁸ Meyer-Gofşner, §111e, kn. 14

Suç Eşyası Yönetmeliği'nin 5/5. maddesi hükmü gereğince bildirme işlemi Cumhuriyet Başsavcılığı tarafından yapılacaktır. Alman Hukuku'nda yönetmeliğimizde olduğu gibi bildirim daima savcılıkça yapılması gerektiğini ileri süren yazarlar olduğu gibi (Löwe-Rosenberg/Schäfer), davanın açılmasından sonra bildirim mahkeme tarafından yapılması gerektiğini ileri süren yazarlar da bulunmaktadır.³⁹

Bildirim, el koyma kararının infazından sonra yapılacaktır. Zira kanun el koyma kararının değil, el koyma işleminin bildirilmesinden bahsetmektedir.

Bildirim kanunumuza göre "gecikmeksizin" yapılacaktır. Bildirimin başarısız kalacağı veya bildirim masraflarının el konulan şeyin değeriyle orantısız olarak yüksek olacağı anlaşıldığında bildirimden vazgeçilebilir.⁴⁰

CMUK'un 103. maddesinde "mağdurdan alınan eşyanın iadesi" düzenlenmişti. 2001 Tasarısı'nın 106. maddesinde ise "geri verilmesi gereken şeyler" başlığı altında şüpheli, sanık, mağdur veya üçüncü kişilerden alınmış şeylerin geri verilmesine ilişkin bir hüküm sevk edilmişti. CMK da Hükümet Tasarısı gibi, CMUK'tan farklı olarak, sadece mağdurdan alınan eşyanın değil, şüpheli, sanık, üçüncü kişilerden alınarak el konulmuş eşyanın da iadesini düzenlemiş bulunmaktadır. Böylece özellikle suç eşyasının satın alınması veya kabul edilmesi suçu (TCK 165) dolayısıyla kuyumculardan alınan "emsal altın"ın, soruşturma için bir önemi kalmadığı hallerde de adliyenin eli altında bulundurulmaya devam edilmesinin önüne geçilmesi amaçlanarak, mülkiyet hakkının ihlaline neden olunması önlenmek istenmiştir (2001 Tasarısı 106. madde gerekçesi).

³⁹ Meyer-Gofner, §111e, kn. 13

⁴⁰ Meyer-Gofner, §111e, kn. 14; Pfeiffer, *Strafprozessordnung*, 5. Auflage, München 2005, §111e, kn. 3.

Suç Eşyası Yönetmeliği'ne göre, "geri verilmesine karar verilmiş olup da sonuçları açıklanan usulüne uygun meşruiyetli tebligata rağmen sahipleri tarafından bir ay içinde alınmayan veya kendilerine tebligat yapılamayan kimselere ait eşya en geç iki ay içerisinde satılarak bedeli millî bankalardan birinde ilgisi adına açılacak faizli bir hesaba yatırılır. Satışa karar verecek merci suç eşyasının bulunduğu yer sulh ceza hâkimidir. Satışın şekli ve satış için emanet memuru yanında kimlerin görevlendirildiği kararda gösterilir. Satış için yapılan bütün masraflar satış bedelinden karşılanır. Satılacak suç eşyasının değerinin, satış masraflarını karşılamayacağı bu işlemler sırasında anlaşılması hâlinde, satışa karar veren hâkimin kararı üzerine" eşya imha edilir (m. 19).

1412 sayılı CMUK ile 2001 Tasarısı'nda yer almayan bir hüküm ise 132. maddede düzenlenmiş bulunan ve esas itibarıyla Alman Ceza Muhakemesi Kanunu 111/c ve 111/1 maddelerinden esinlenilerek şekillendirilmiş bulunan "el konulan eşyanın muhafazası veya elden çıkarılması"dır. Buna göre, "el konulan eşya, zarara uğraması veya değerinde esaslı ölçüde kayıp meydana gelme tehlikesinin varlığı halinde, hükmün kesinleşmesinden önce elden çıkarılabilir". Suç Eşyası Yönetmeliği'nin 14. maddesine göre, "Cumhuriyet Savcısı, hâkim veya mahkeme tarafından emanet eşyasının elden çıkarılmasına ilişkin verilen kararlar, dosyadaki emanet makbuzu ile birlikte en geç iki gün içerisinde Cumhuriyet Başsavcılığı'na tevdi edilir. Cumhuriyet Başsavcılığı'nca bu kararlar, suç eşyasının elden çıkarılmasını temin amacıyla emanet memurluğuna gönderilir. Suç eşyasının elden çıkarılmasına, teminat ya da rayiç değerinin ödenmesi karşılığında karar verilmiş ise, bunun mahallin en büyük mal memurluğuna yatırıldığına dair makbuz ya da belge evraka eklenir." Aynı Yönetmeliğin 9/son maddesine göre de, "bu kabilden eşya, verilecek karar doğrultusunda ve kararda gösterilen mercilere teslim edilir veya satılır. Satış ve tevdi için yapılan masraflar cezaya veya güvenlik tedbirine malikim edilen sanıktan

alınmak üzere kovuşturma giderlerinden karşılanır". Benzer işlemler suç eşyasının iadesi bakımından uygundur.

132. madde gereğince elden çıkarılabilecek şeyler imha edilmesi gerekmeyen şeylerdir. Delil olarak el konulmuş eşyanın zarara uğraması veya değerinde esaslı ölçüde kayıp meydana gelme tehlikesi varsa, eşya elden çıkarılmadan önce fotoğrafını çekme, şahitlere gösterme, bilirkişi incelemesi yaptırma gibi delil değerini muhafaza etmek amacına yönelik tedbirlerin alınması gerekir. Eşyanın elden çıkarılması durumunda elde edilen değer, eşyanın yerine geçer.⁴¹ Dolayısıyla muhakeme sonunda müsadere kararı verilecek olduğunda, bu değerın müsaderesine hükmolunmak gerekir.

132. maddenin 1. fıkrası gereğince yapılacak "*elden çıkarma*" işlemi, ancak aynı maddenin son fıkrası gereğince ilgiliye teslimin mümkün olmaması durumunda yapılmalıdır. Orantılılık ilkesinin bir sonucu olarak, ilgiliye teslimin koşullarının gerçekleştiği takdirde artık elden çıkarma yoluna başvurulmamalıdır.⁴² Bu itibarla delil değeri kalmayan ve zarara uğraması ya da değerinde esaslı ölçüde kayıp meydana gelme tehlikesinin bulunduğu eşyalar ilgilisinin rayiç değerini ödemesi halinde, ilgisine teslim edilmelidir.

Yine yeni bir hüküm de, şirket yönetimi için kayyım tayinidir (CMK 133). Bu hüküm Ceza Muhakemesi Kanunu'nda ilk defa düzenlenmiş bulunmaktadır. Söz konusu hükmün CMK Bilim Komisyonu ile Adalet Komisyonu'ndaki şeklinde katalog belirlenmemiştir. Maddenin 4. fıkrasında yer alan katalog Büyük Millet Meclisi'ndeki görüşmeler sırasında eklenmiştir.

⁴¹ Meyer-Gofşner, §1111, kn. 1, 3.

⁴² Pfeiffer, §1111, kn. 2.

Bilgisayarlarda, bilgisayar programlarında ve kütüklerinde arama, kopyalama ve el koymaya ilişkin 134. madde de yeni bir hükümdür. Bu hüküm ile amaçlanan husus, bilgisayarların içeriğine ulaşılmasının olanaklı olduğu hallerde, tümüne el konulmasının önüne geçmektir. Maddenin Adalet Komisyonu'ndaki görüşmeleri sırasında, sadece şifreleme dolayısıyla girilememesi değil, ayrıca bazı silinmiş kayıtlara ulaşılabilmesini temin açısından "gizlenmiş bilgilere ulaşılamaması halinde" ifadesi eklenmiş bulunmaktadır.

Bilgisayarlara şifre dolayısıyla girilememesi dolayısıyla el konulması halinde de, gerekli çözüm yapıldıktan sonra el konulan cihazların gecikme olmaksızın iade edilmesi gerektiği hükme bağlanmıştır.

Bilim Komisyonu'nda "Bilgisayar Sistemlerinde Veri Taraması ve Karşılaştırması" başlıklı aşağıdaki hüküm 135. madde olarak benimsenmişti. Ancak madde kanunlaşmamıştır. Ülke-
miz bakımından bir ihtiyaç olduğunu düşündüğüm ve benzerleri yabancı ülke kanunlarında bulunan hüküm şöyleydi:

"(1) Bir suç dolayısıyla yapılan soruşturmada, başka surette failin belirlenememesi veya delil elde etme imkanının bulunmaması halinde, Cumhuriyet Savcısı'nın istemi üzerine, kamu kurum ve kuruluşları veya özel hukuk gerçek veya tüzel kişilerine ait bilgisayar sistemlerinde kayıtlı verilerin taramasının ve karşılaştırmasının yapılmasına, bu kayıtlardan kopya çıkarılmasına, kayıtların çözülerek metin haline getirilmesine, hâkim tarafından karar verilebilir.

(2) Birinci fıkra hükmü ancak aşağıda sayılan suçlarla ilgili olarak uygulanabilir.

a) Türk Ceza Kanununda yer alan,

1. Göçmen kaçakçılığı ve insan ticareti (madde 79, 80),

2. Çevrenin kasten kirletilmesi (birinci fıkra hariç, madde 181),

3. Uyuşturucu veya uyarıcı madde imal ve ticareti (madde 188),

4. Suç işlemek amacıyla örgüt kurma (iki, yedi ve sekizinci fıkralar hariç, madde 220),

5. Suçtan kaynaklanan malvarlığı değerlerini aklama (madde 282),

6. Silahlı örgüt (madde 314) veya bu örgütlere silah sağlama (madde 315),

suçları,

b) Ateşli Silahlar ve Bıçaklar İle Diğer Aletler Hakkında Kanunda tanımlanan silah kaçakçılığı (madde 12) suçları,

c) Kaçakçılıkla Mücadele Kanununda tanımlanan ve hürriyeti bağlayıcı cezayı gerektiren suçlar,

d) Kültür ve Tabiat Varlıklarını Koruma Kanununun 68 ve 74 üncü maddelerinde tanımlanan suçlar.

(3) Birinci fıkra hükmü,

a) Devlet sırrı niteliğindeki bilgiler,

b) Tanıklıktan çekinebilecek kişilere ait bilgisayar sistemlerindeki bilgiler,

hakkında uygulanmaz.

(4) Tarama ve karşılaştırma işlemleri sonucunda elde edilen veriler, soruşturma bakımından iltiyaç duyulmadığının anlaşılması

halinde, Cumhuriyet Savcısı'nın denetiminde derhal yok edilir ve bu husus, dosya içerisinde muhafaza edilmek üzere bir tutanağa bağlanır”.

Yukarıdaki hükmü tam olarak karşılamakla beraber, 3.7.2005 tarih ve 5397 sayılı Kanun ile kolluğun kamu kurum ve kuruluşları ile kamu hizmeti veren kuruluşların ihtiyaç duyulan bilgi ve belgelerinden yararlanabilmek için gerekçesini de göstermek suretiyle yazılı talepte bulunabileceği hükmü sevk edilmiştir. Bu kurum ve kuruluşların kanuni sebeplerle veya ticari sır gerekçesiyle bu bilgi ve belgeleri vermemeleri halinde ancak hâkim kararı ile bu bilgi ve belgelerden yararlanılabilecektir.

Son olarak, 2001 Tasarısı'nın 111. maddesinde düzenlenmiş olan arama, kopyalama ve elkoyma konusunda başka ülkelerin işbirliğine gereksinim olduğu takdirde uluslar arası adli yardımlaşma kurallarına göre bu tedbirlerine başvurulacağına ilişkin hüküm, Bakanlık Komisyonu'nda bu konuda böyle bir hükme ihtiyaç bulunmadığı ve genel kurallara göre adli yardımlaşmanın mümkün olabileceği düşüncesiyle ve kanımızca hatalı olarak madde metninden çıkarılmıştır.

Elkoyma koruma tedbiri açısından önemli bir eksiklik ve arama koruma tedbirine nazaran önemli bir çelişki, elkoyma kararında nelerin bulunması gerektiğinin yazılmasının unutulmasıdır. CMK.m.119/2' de arama karar veya emride bulunması gereken hususlar detaylı olarak kanunda düzenlendiği halde, elkoyma kararına ilişkin CMK.m.127 ve diğer hükümlerde el koyma kararında kanuni olarak nelerin bulunması gerektiği yazılmamıştır.

El koyma kararını gerek 1412 sayılı Kanun'a göre gerekse yeni Kanun'a göre hâkim verecektir. Ancak gecikmesinde sakınca bulunan hallerde, bütün kanun ve tasarılar da savcıya yetki verilmekte, fakat 1412 sayılı Kanun'da kolluğun da el koyma işlemini yapabilmesine imkân tanınırken, bu olanak 2001 Tasarısı'nda daraltılarak savcı veya kolluk amirinin yazılı emri koşulu getirilmiş, Bilim Komisyonu'nda hazırlanan metinde ise kolluğa verilen yetki daha da daraltılarak sadece savcının vereceği yazılı emir ile adli kolluk görevlilerinin el koyma işlemini gerçekleştirebilecekleri hükmü sevk edilmiştir (m. 127/1). Adalet Komisyonu'nda da "kolluk amirlerinin yazılı emri ile el koyma hükmü, Anayasa'nın 20 ve devamı maddelerinde yapılan düzenlemeye paralel olarak ... metinden çıkarılmış"tır gerekçesiyle bu haliyle kabul edilen madde kanunlaşmış, ancak Kanun'un 1 Nisan'da yürürlüğe girişinin ertelenmesinden sonra yapılan hazırlıklarda 25.5.2005 tarih ve 5353 sayılı CMK'da Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un 16. maddesi ile "gecikmesinde sakınca bulunan hallerde Cumhuriyet Savcısı'nın, Cumhuriyet Savcısı'na ulaşamadığı hallerde ise kolluk amirinin yazılı emri ile kolluk görevlileri"nin de el koyma işlemini gerçekleştirebileceği hükmü konulmak suretiyle, uyum yasaları çerçevesinde

Anayasa'da yapılan değişiklikler göz ardı edilerek ve hatta 2001 Tasarısı'nın getirmiş olduğu düzenlemenin de gerisine gidilmek suretiyle "*Cumhuriyet Savcısı'na ulaşılamayan hal*" gibi günümüz Türkiye'sinde fiiliyatta çok nadir hallerde gerçekleştirilecek olan bir hal kabul edilerek kolluk görevlilerine de el koyma yetkisi tanınmıştır. Umarız "*savcıya ulaşılamayan hal*" istisnaen gerçekleşecek bir durum olarak kalır ve kural haline dönüşmez. Ayrıca önemle belirtmek gerekir ki, kanun savcıya ulaşılamamasından bahsetmektedir; bu itibarla, savcıya ulaşılmasına rağmen savcının bu hüküm gereğince kolluk amirini yetkili kılması yasaya aykırı olur.

Gerek 1412 sayılı Kanun ve gerekse 2001 Tasarısı hâkim kararı olmaksızın yapılan el koyma işleminde ilgili kişi veya onun ayırt etme gücüne sahip hısımlarından biri hazır bulunmamış veya bunlardan biri veya avukatı hazır bulunup da el koyma işlemine açıkça karşı çıkmışsa el koyma işlemini yirmi dört saat içinde hâkim onayına sunulması gerektiğini açıklamaktaydı. CMK ise hâkim kararı olmaksızın yapılan tüm el koyma işlemlerinde işlemin hâkim onayına sunulması gerektiği yönünde hüküm sevk etmiştir. Böylece ilgili kişinin veya hısımının hazır bulunmaması veya itiraz etmiş olması gibi ek koşullar aranmaksızın hâkim onayı gerekliliği konulmuştur (m. 127/3).

Yeni CMK'nın 135. maddesinde yer alan "*iletişimin tespiti, dinlenmesi ve kayda alınması*" koruma tedbiri konusunda ayrıntılı bilgiler aktarmadan önce belirtmek gerekir ki, bu ve devamı maddelerdeki düzenlemelerde 2001 CMUK Tasarısı,4422 sayılı Çıkar Amaçlı Suç Örgütleriyle Mücadele Kanunu'nun ve Alman CMK'nın ilgili hükümleri göz önünde bulundurulmuştur. Böylece bu hükümlerin değerlendirilmesinde bu normlara da göz atılmasında yarar bulunmaktadır.

I. İLETİŞİM KAVRAMI

Öncelikle "*iletişim*" kavramından ne anlaşılacak gerekir, bunun üzerinde durmak gerekir. Zira, 2001 CMUK Tasarısı'nın 107. maddesinde, "*sinyalleri, yazıları, resimleri, görüntü veya sesleri veya diğer nitelikteki bilgileri kablo, radyo veya diğer elektromanyetik sistemlerle veya tek yönlü sistemlerle alan veya ileten araçlar*"dan bahsedilmiş ve ilgili bölümün başlığı ise "*Telekomünikasyon Yoluyla Yapılan Haberleşmeye Girme*" şeklinde belirlenmişti 4422 sayılı Kanun'da (m. 2) ise "*telefon, faks ve bilgisayar gibi kablolu, kablosuz veya diğer elektromanyetik sistemlerle veya*

tek yönlü sistemlerle alınan veya iletilen sinyaller, yazılar, resimler, görüntü veya sesler ve diğer nitelikteki bilgiler” denilmektedir. Maddenin başlığı ise “iletişimin dinlenmesi veya tespiti” idi. CMK ise bu şekilde ayrıntılı bir düzenlemeye girmemiş, tedbirin düzenlendiği bölümün başlığı “telekomünikasyon yoluyla yapılan iletişimin denetlenmesi”, maddenin başlığı ise “iletişimin tespiti, dinlenmesi ve kayda alınması” şeklinde belirlenmiştir.

Bu durumda tedbirin uygulanacağı alanın daha geniş mi yoksa daha dar mı belirlendiği, yani iletişim kavramının neleri kapsadığı konusu üzerinde durmak gerekmektedir. Öncelikle ifade etmek gerekir ki, AlmanCMK 100/a maddesinin başlığı “haberleşmenin denetlenmesidir”. Görüldüğü gibi çok geniş bir kavram kullanılmıştır. Ancak burada normal posta veya kargo yoluyla yapılan haberleşme ile bir karışıklığa yol açmamak bakımından kanunumuzda “iletişim” kavramına yer verilmiş ve bu sebeple de, ilgili bölümün başlığında “telekomünikasyon yolu”ndan özellikle bahsedilmiştir. Böylece yine Alman Kanunu’nda olduğu gibi geniş bir kavram kullanılmış, ancak bu kavramın sınırı olarak sadece telekomünikasyon dışı haberleşme belirlenmiş, yani bu tür haberleşme madde kapsamı dışında tutulmuştur. Bu itibarla, klasik posta dışındaki her türlü iletişim, elektronik posta, faks vs. de dahil olmak üzere madde kapsamındadır. Nitekim, “telekomünikasyon” kavramı Türkçe Sözlük’te⁴³ şöyle tanımlanmaktadır: Haber, yazı, resim veya her çeşit bilginin tel, radyo, optik ve başka elektro manyetik sistemlerle iletilmesi, bunların yayımı ve alınması.

II. TEMEL ŞART

Bu koruma tedbirine başvurulabilmesinin en temel şartı maddede katalog şeklinde belirtilen bir suç dolayısıyla yapılan

⁴³ www.tdk.gov.tr

soruşturma veya açılmış dava bulunmasıdır 4422 sayılı Kanun sadece örgütlü suçlarda bu koruma tedbirine imkân vermekteyken, CMK ilk şeklinde on altı suç bakımından 5353 sayılı Kanun ile fuhuş ve Bankalar Kanunu'nun 22. maddesinin 3 ve 4 numaralı fıkralarında tanımlanan zimmet suçu da eklenmek suretiyle toplam on sekiz suç bakımından bu tedbiri olanaklı kılmıştır. 2001 Tasarısı ise beş yıl veya daha fazla hürriyeti bağlayıcı ceza gerektiren suçlarda bu tedbirin uygulanabileceğini açıklamaktaydı.

Böylece CMK bu tedbiri daha sınırlı sayıda suç için öngörmüş bulunmaktadır. Bu suçlar, belirli ağırlıkta olan ve işleniş şekilleri itibarıyla, iletişimin denetlenmesi tedbirine en çok ihtiyaç duyulacak suçlar olarak belirlenmiştir. Bu katalog tespit edilmek suretiyle, bunların dışındaki suçlarla ilgili olarak bu tedbire başvurulması engellenmiştir. Bu noktada belirli ağırlıktaki bütün suçlarla ilgili olarak bu tedbire imkan veren hükümet tasarısından ayrılmıştır.

Maddenin ilk şeklinde yer alan *“bu madde hükümleri”* ifadesi, *“bu madde kapsamında dinleme, kayda alma ve sinyal bilgilerinin değerlendirilmesine ilişkin hükümler”* olarak değiştirilmiştir (5353 s.K. m. 17). Bu değişikliğin nedeni, katalogda sayılan suçlarla ilgili olarak müsaade edilen tedbirlerin sadece dinleme, kayda alma ve sinyal bilgilerinin değerlendirilmesi olup; mobil telefonun yerinin tespitinin katalog suçlarla sınırlanmış olmamasıdır.⁴⁴ Böylece mobil telefonun yerinin tespiti işlemi bütün suçlarla ilgili olarak yapılabilecektir.

Burada akla şu soru gelmektedir: İletişimin denetlenmesi sırasında katalog dışındaki bir suçun öğrenilmesi durumunda bu kaydın kullanılması mümkün olmamaktadır. Ancak din-

⁴⁴ Kırş., Özbek - Doğan, *CMK İzmir Şerhi*, Ankara 2005, s. 567.

leme yapan görevlinin kamu görevlisi olması karşısında, bu suçu bildirme yükümlülüğünün bulunup bulunmadığı ele alınmalıdır. Kanımızca TCK m. 279 karşısında kamu görevlisinin göreviyle bağlantılı olarak öğrendiği bir suç söz konusudur ve bunu ilgili makamlara bildirme zorunluluğu bulunmaktadır. Her ne kadar CMK m. 138’de tesadüfen elde edilen delillerin ancak bu katalog suçlarla ilgili olması halinde kullanılabilceği belirtilmekteyse de, madde bu bildirim yapılması zorunluluğunu kaldırmamaktadır.

III. DİĞER ŞARTLAR

Bu temel şartın dışında, kanunumuz bu tedbir bakımından iki şart daha aramaktadır. Bunlar maddede belirtilen bir suçun işlendiğine yönelik kuvvetli şüphe sebeplerinin bulunması (aynı yönde Avusturya CMK 149/a) ve başka suretle delil elde edilmesi imkânının bulunmamasıdır. Bu şartlar esas itibarıyla 4422 sayılı Kanun’dan alınmıştır. Ancak söz konusu kanun kuvvetli şüphe değil, kuvvetli belirti demektedir. CMK’nın bütün koruma tedbirleri bakımından tercih ettiği terim ise “*şüphe*”dir (Bkz., m. 100, 116, 128, 129, 133, 139, 140).

Burada hem kuvvetli şüphenin varlığı şartının, hem de başka suretle delil elde edilmesi imkânının bulunmaması şartının aranmasının bu tedbirin uygulanmasını güçleştireceği düşünülebilir. Öncelikle ifade etmek gerekir ki, bu iki şart 4422 sayılı Kanun’da da bulunmaktaydı. İkinci olarak, kanun koyucu iletişimin denetlenmesi kişilerin özel hayatına, haberleşme özgürlüğüne yönelik ağır ve derin bir müdahale olduğundan, suçları aydınlığa kavuşturmakla yükümlü makamların kolaycılığa saparak, hemen de iletişimin denetlenmesi yoluyla delil elde etmelerini önlemek istemiştir. Böylece bu tedbirin son çare olarak uygulanması amaçlanmış bulunmaktadır. Bu itibarla

tedbir istisnai olarak uygulanacak bir tedbir olmak gerekir. Bu konuda örnek olarak uyuşturucu madde suçları gösterilebilir. Uyuşturucu madde imal ve ticareti suçlarında mevcut kuvvetli şüpheye rağmen başka türlü delil elde edilmesinin mümkün olmadığı hallerde, delil elde edilmesi amacına yönelik olarak bu tedbire başvurulması ve bu suretle ayrıca bu suçlardaki üst düzey, arka plandaki kimselere ulaşma olanağının da sağlanması mümkün olacaktır.

IV. ŞÜPHELİ VE SANIK/TANIKLIKTAN ÇEKİNME HAKKI OLANLAR

CMK 135/2 hem şüpheli hem de sanıktan bahsetmek suretiyle, bu tedbirin dava açıldıktan sonra da uygulanmasına olanak tanımıştır.⁴⁵ Özellikle iletişimin tespiti bakımından, aranan sanıkların yakalanması amacıyla bu tedbir uygulanabilecektir. Burada hemen belirtelim ki, maddenin ilk şeklinin 2. fıkrasında sadece şüpheliden bahsedilmesinin, sanık ile tanıklıktan çekinebilecek kişiler arasındaki iletişimin kayda alınması imkânını vermediği ve sanığın da bu kapsamda değerlendirilmesi gerekeceği düşüncesindeyiz. Nitekim, 5353 sayılı Kanun ile yapılan değişiklik ile buraya “sanık” terimi de eklenmiştir.

Hüküm Adalet Bakanlığı’nda oluşturulan Bakanlık Komisyonu’nda hazırlanırken, iletişimin dinlenememesi de önerilmişti. Ancak dinlenemeyecek iletişimin tanıklıktan çekinebilecek kişilerle olup olmadığının tespit edilemeyeceği gerekçesiyle sadece kayda alınamayacağı hususu hükme

⁴⁵ Öğretide bu tedbire sadece soruşturma evresinde başvurulabileceğini savunan yazarlar vardır, Centel, Nur - Zafer, Hamide, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 3. Bası, İstanbul 2005, s. 316, 317.

bağlanmıştı. Bu vesileyle belirtelim ki, maddenin ikinci fıkrasındaki hüküm, İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi'nin içtihatlarına uygun olarak eklenmiş olup, birçok Avrupa ülkesinde bu yönde hükümlerin bulunmaması dolayısıyla mahkûmiyet kararları verilmiş bulunmaktadır. Bu itibarla, kanunumuz çok ileri bir adım atmış bulunmaktadır. Aslında burada tanıklıktan çekinen kimselerle olan iletişimin dinlenmesine dahi olanak tanınmamak gerekirdi. Ancak öncelikle dinleme yapılarak bunun belirleneceği düşünülerek, böyle bir düzenlemeye gidilmiştir. Kanımca, dinlemeyi yapan kimseler örneğin eşyle bir kimsenin yaptığı görüşmeyi fark ettikleri anda dinlemeyi bırakabilirlerdi. Halbuki şimdi, dinleme yapılabilecek fakat kayıt altına alınamayacaktır. Bu suretle de, dinleme suretiyle edinilen bilgilerin kötüye kullanılması söz konusu olabilecektir. Bununla beraber, bu tip durumlarda elde edilen delillerin hukuka aykırı olacağı ve yargılamada kullanılamayacağıının altını çizmek gerekir.

Burada belirtmek gerekir ki, kanunumuz teknik gelişmeler sayesinde mümkün olan, örneğin belirli kelimelerin geçtiği bütün telefon konuşmalarını otomatik olarak kayda alan sistemlere imkân tanımamaktadır. Bir suç ile ilgili olarak bu tür bir kaydın yapılması kanuna aykırıdır ve bu suretle elde edilen deliller de kullanılamaz.

V. DİĞER KİMSELER

2001 Tasarısı'nın tedbiri düzenleyen 107. maddesinin gerekçesinde şöyle denilmekteydi: *"Hâkim, müdahale kararını sadece hakkında soruşturma açılmış kişiler için değil ve fakat, iletişimlerine girildiğinde soruşturma yapılan suç ve suçlular bakımından delil, iz, eser ve emare elde edilebilecek diğer kişiler hakkında da verebilecektir"*. 4422 sayılı Kanun'da da örgütlü suçlara iştirak veya

işlendikten sonra faillere her ne suretle olursa olsun yardım veya aracılık veya yataklık etme kuşkusunu altında bulunan kimselerin iletişiminin denetlenmesine olanak tanınmaktaydı.

CMK ise bu konuya ilişkin bir hüküm sevk etmemiştir. 2004 yılında yapılan CMK hazırlık çalışmaları sırasında bilim komisyonunda Alman CMK'dan esinlenilerek *"bu tedbir, şüpheli için belirli mesajları ileten veya getiren ya da şüpheli tarafından iletişim bağlantılarının kullanıldığının anlaşıldığı takdirde, şüpheli dışındaki kişiler hakkında da uygulanabilir"* şeklinde bir hüküm önerilmiş ve fakat bu öneri, *"bununun ayrıca yazılmasına gerek olmadığı, gerekli olan herkesin dinlenebileceği"* gerekçesiyle metne alınmamıştır. Böylece, iştirak, yardım yataklık aracılık yapanlara ilişkin hükmün CMK'ya alınmamasını bunlara yönelik olarak bu tedbirin kesinlikle uygulanamayacağı şeklinde yorumlamak mümkün olmaz. Kanaatimce burada ikili bir ayırım yapmak gerekmektedir. Öncelikle, maddede sayılan suçlardan biri söz konusu olduğunda ve kuvvetli şüphe ve başka türlü delil elde etme olanağının bulunmaması şartları gerçekleştiğinde, 135. maddenin üçüncü fıkrası gereğince, bu suçlara iştirak edenler hakkında da, kimliği, iletişimin aracının türü, telefon numarası veya iletişim bağlantısını tespiti imkân veren kodu, tedbirin türü, kapsamı ve süresi de belirtilmek suretiyle, bu tedbir uygulanabilecektir. Buna karşılık işlendikten sonra faillere yardım veya aracılık veya yataklık eden kimselerin iletişimi, bunların fiili suçtan önceki bir iştirak ilişkisi çerçevesinde olmadığı sürece denetlenemeyecektir, zira suç delillerini yok etme, gizleme veya değiştirme (TCK m. 281) ile suçluyu kayırma (TCK m. 283) suçları maddedeki katalogda sayılmamıştır.

Belirtilen bu çerçeve dışında dinleme sırasında tespit edilen ve dinlenmesi gereken başka iletişimin de varlığı halinde, bunlar için ayrıca 135. maddedeki şartlar dahilinde ve oradaki usul takip edilerek, yeniden karar alınmak gerekmektedir.

VI. İLETİŞİMİN TESPİTİ

2001 Tasarısı'nda, 4422 sayılı Kanun'dan farklı olarak sadece dinleme ve kayda alınma düzenlenmekteyken, CMK'da bunların yanı sıra iletişimin tespitine de olanak tanınmıştır. Böylece 4422 sayılı Kanun'da olduğu gibi, dinleme yapılırsa sadece iletişimin yapılıp yapılmadığının belirlenmesi de mümkün olacaktır.

Bunun için bilim komisyonunda "*aktif durumdaki mobil telefonun yeri*" ifadesi önerilmişken, "*kullanmakta olduğu mobil telefonun yeri*" ifadesi kanuna alınmıştır. Böylece kendi kullandığı telefon dışındaki telefonların tespitine olanak tanınmamıştır.

5353 sayılı Kanun ile yapılan değişiklikle sinyal bilgilerinin değerlendirilmesi de 135. madde çerçevesinde mümkün kılınmıştır. Keza dördüncü fıkradaki "*kullanmakta olduğu*" ve "*kullanılan*" ibareleri metinden çıkarılarak, şüpheli veya sanığa ulaşılabilmesini sağlayabilecek olan diğer kişilerin mobil telefonunun yerinin tespiti mümkün kılınmıştır (5353 sayılı Kanun m. 17).⁴⁶

⁴⁶ Belirtelim ki, madde metninin ilk şeklinde yer alan 'şüpheli veya sanığın ... kullanmakta olduğu' ifadesi hatalı bir ifade biçimi ve hayatın olağan akışı ile bu maddede belirtilen suçların işlenişi ve açığa çıkarılması usullerine aykırı idi. Madde bu ilk şekli ile kalsaydı, özellikle maddedeki (m. 135/6) suçların ispatı açısından hiçbir fonksiyon görmeyecek ve üstelik aynı maddenin 1 ve 2. fıkralarındaki belirli koşullarla dinleme ve kayıt evrakının imhası hükümleri nedeniyle oldukça da sakıncalı olacaktı. Bir süre sonra bu hata fark edilerek madde metninde 2005 tarih ve 5353 sayılı Kanun ile değişiklik yapılarak bu belirttiğimiz ifade madde metninden çıkarılmıştır. Bu değişiklik yerindedir. Çünkü o araç halen şüpheli veya sanık tarafından kullanılmakta olmayacağı gibi, başkasının kullandığı araç ve hatta başkası vasıtasıyla aynı amaç için de kullanılabilir. Hatadan erken dönülmesi sevindirici olmuştur.

VII. DENETLENECEK İLETİŞİMİN SOMUT OLARAK BELİRLENMESİ VE SÜRE

135. maddenin 3 ve 4. fıkralarında yer alan denetlenecek iletişimin somutlaştırılmasına yönelik hüküm Alman CMK'dan alınarak düzenlenmiştir. Böylece denetlenecek iletişimi belirlemeye yarayacak bütün unsurlar kararda belirtilecektir. Bunun için de, denetleme talebinde bu belirtilen hususların ayrıntılı olarak açıklanması gerekecektir. Bu suretle, başka kimselerin iletişimin denetlenmesine fırsat verilmeyecektir.

Tedbir; yukarıda açıklanan usul ve koşullara uyularak uzatılabilecektir. 4422 sayılı Kanun ile 2001 Tasarısı'nda tedbirin süresi en çok iki defa üçer aydan fazla olmamak üzere uzatılabilecek iken, CMK en çok bir defa uzatma olanağı tanınarak, tedbirin süresi kısaltılmıştır. Fakat 5353 sayılı Kanun ile örgüt faaliyeti çerçevesinde işlenen suçlarla ilgili olarak gerekli görülmesi halinde, hâkime her defasında bir ay olmak üzere sürenin ila-nihaye uzatılmasına olanak tanınmıştır.

VIII. TEDBİRE KARAR VERME YETKİSİ

Tedbir bakımından 4422 sayılı Kanun'da olduğu gibi hâkim güvencesi getirilmiştir. Ancak 2001 Tasarısı'ndan farklı olarak gecikmesinde sakınca bulunan hallerde Cumhuriyet Savcısı'na yetki tanınmıştır. Ancak, Cumhuriyet Savcısı'nın kararı derhal hâkim onayına sunulacaktır. Hâkim kararını en geç yirmi dört saat içinde verir. Sürenin dolması veya hâkim tarafından aksine karar verilmesi halinde tedbir Cumhuriyet Savcısı tarafından derhal kaldırılır. Bu noktada 4422 sayılı Kanun'dan farklı olarak kayıtların incelenmesi konusundaki hâkim yetkisi kaldırılmıştır. Böylece dinleme ve kayda alınma konusunda hâkim kararı verildiği veya Cumhuriyet

Savcısı'nın bu konudaki kararı onaylandığı takdirde, kayıtların incelenmesi konusunda ayrıca hâkim kararına gerek bulunmamaktadır.

İletişimin tespiti, dinlenmesi, sinyal bilgilerinin değerlendirilmesi ve kayda alınması konularında yetkili ve görevli hâkim, talepte bulunan savcının bulunduğu yer itibarıyla yetkili olan sulh ceza hâkimidir (CMK m. 162). Kovuşturma aşamasında ise davaya bakan mahkeme yetkilidir.

IX. GİZLİLİK

Gizliliğe ilişkin 4422 sayılı Kanun'da bir hüküm bulunmamaktadır. 2001 Tasarısı'nda ise bu tedbire "*sulh ceza hâkimi tarafından gizli olarak karar verilir*" denilmekteydi. 135. madde hükmüne göre ise hem alınan karar, hem de yapılan işlemler tedbir süresince gizli tutulacaktır. Böylece karar verilirken hâkim tarafından gizlice verilecek, tedbirin uygulanması sırasında da gizliliğe riayet edilecektir. Özellikle emniyet amirlerinin veya diğer kimselerin tedbire ilişkin olarak bilgilendirilmemesi gerekecektir. Bu noktada tek yetkili kimse hâkim veya savcıdır. Bunlar dışındaki kimselere bilgi verilmesi gizliliğin ihlali olacaktır. Bu durumda TCK m. 132 (haberleşmenin gizliliğini ihlal), 258 (göreve ilişkin sırrın açıklanması) veya 285. (gizliliğin ihlali) maddelerden sorumluluk söz konusu olabilecektir.

Kanunda karar ve yapılan işlemlerin gizliliğinden bahsedilmekte ise de, kolluğun savcılığa yönelik talebinin de gizli olması gerekmektedir.

X. KARARIN İCRASI

İletişimin denetlenmesine ilişkin kararın yerine getirilmesi esas itibarıyla CMK 137'de düzenlenmiştir. Ancak Telekomüni-

kasyon İletişim Başkanlığı'nın kurulmasıyla beraber bu işlemlerin tek elden yürütülmesi öngörülmüş bulunmaktadır. 5397 sayılı Kanun'a göre, söz konusu kanun çerçevesinde yapılan işlemler ile 5271 sayılı Kanun'un 135. maddesi kapsamında yapılacak dinlemeler, Telekomünikasyon Kurumu bünyesinde, Kurum başkanına doğrudan bağlı "*Telekomünikasyon İletişim Başkanlığı*" adıyla kurulan tek bir merkezden yürütülür. Oluşturulan bu Başkanlık bir başkan ile teknik, hukuk ve idari olmak üzere üç uzmandan oluşur. Bu Başkanlıkta Millî İstihbarat Teşkilatı, Emniyet Genel Müdürlüğü ve Jandarma Genel Komutanlığı'nın ilgili birimlerinden birer temsilci bulundurulur.

1. Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 135 vd. maddelerine göre yapılacak denetimde verilecek kararlar, Cumhuriyet Savcısı veya görevlendireceği adli kolluk görevlileri tarafından Telekomünikasyon İletişim Başkanlığı'na iletilir. Kararlar işletmecilere gönderilmez. Söz konusu kararlar ilgili kurum görevlileri ve Başkanlık çalışanları aracılığıyla teknik uzmanın nezaretinde yerine getirilir. İşin başladığı ve bitirildiği tarih ve saatler saptanarak bir tutanağa bağlanır.

2. Telekomünikasyon İletişim Başkanlığı, 2559 sayılı Kanun'un (Polis Vazife ve Selahiyet Kanunu) Ek 7. maddesi, 2803 sayılı Kanun'un (Jandarma Teşkilatı, Göreve ve Yetkileri Kanunu) ek 5. maddesi ve 2937 sayılı Kanun'un (Devlet İstihbarat Hizmetleri ve Millî İstihbarat Teşkilatı Kanunu) 6. maddesi uyarınca, telekomünikasyon yoluyla yapılan iletişimin tespiti, dinlenmesi, sinyal bilgilerinin değerlendirilmesi ve kayda alınmasına yönelik iş ve işlemleri ve 5271 sayılı CMK'nın 135. maddesi kapsamında yapılacak iletişimin tespiti, dinlenmesi, kayda alınması ve sinyal bilgilerinin değerlendirilmesine yönelik iş ve işlemleri tek bir merkezden yürütür (Telekomünikasyon Yoluyla Yapılan İletişimin Tespiti, Dinlenmesi, Sinyal Bilgi-

lerinin Değerlendirilmesi ve Kayda Alınmasına Dair Usul ve Esaslar ile Telekomünikasyon İletişim Başkanlığının Kuruluş, Görev ve Yetkileri Hakkında Yönetmelik m. 17).⁴⁷

3. Elde edilen kayıtlar, Cumhuriyet Savcılığı'nca veya görevlendireceği kolluk memuru tarafından çözülür ve metin hâline getirilir; yabancı dildeki kayıtlar da Türkçeye çevirtirilir.

4. Şüpheli hakkında kovuşturamama kararı verilmesi veya hâkim onayı alınamaması halinde tedbir uygulamasına derhal son verilecek ve kayıtlar en geç on gün içinde yok edilecektir. Bununla beraber, şüphelinin başka bir suçu veya başka bir kişi ile ilgili soruşturma ve kovuşturma açısından delil olarak kullanılabilecek kayıtlar CMK 138/2. maddedeki şartlar çerçevesinde yok edilmeyecektir.

5. İlgililere hakkında yapılan işlemlerden haberdar olmalarını temin amacıyla, tedbire son verilmesi durumunda Cumhuriyet Başsavcılığı tarafından tedbir ile ilgili bilgi verilmesine dair hüküm konulmuştur.

XI. İLETİŞİM İÇERİĞİNİN İKRAR DELİLİ OLAMAMASI

2001 Tasarısı'nın 108/3. maddesinde "yukarıdaki fıkralar gereğince gerçekleştirilecek kayıt ve saptamalar yargılamada sanığın ikrarına ilişkin delil olarak değerlendirilemez" denilmekteydi. Bu hükmün gerekçesi şuydu: "İlgilinin 147 nci maddede (5271 sayılı CMK'da da 147. maddeye tekabül etmektedir), ifade almada ve sorguda, isnat açıklandıktan, susma hakkı tanındıktan sonra, serbest

⁴⁷ RG, 10.11.2005.

irade ile yapılan açıklamaların delil niteliği kazandığı belirtildiği için, gizlice yapılan telefon ve benzeri dinlemelerde, ilgilinin beyanda bulunması, ikrar delili değil, bir belirti delili olarak anlam kazanır. İkrar, suçun doğrudan doğruya ispatı açısından elverişli bir delil olduğu hâlde, emare delili, parmak izi gibi dolaylı bir ispat gücüne sahiptir ve başka delillerle bütünüleşmeden tek başına ispat bakımından yeterli olmaz. Bu nedenle maddenin üçüncü fıkrasında kayıt ve saptamaların yargılamada sanığın ikrarına ilişkin delil olarak değerlendirilemeyeceği belirtilmiştir". Bu hüküm kanunumuza alınmamıştır. Ancak bunun nedeni gerekçede belirtilen sonucun kabul edilmeyişi olmayıp, bunun doğal olarak kabul edildiği ise de, bu sonuç eleştirilmelidir.⁴⁸

XII. İLETİŞİM İÇERİKLERİNİN YOK EDİLMESİ

Öğretide elde edilen delillerin saklanması gerektiği, bunların ileride yeniden kullanılabilmesi şeklinde görüşler ileri sürülmekle beraber, gerek 4422 sayılı Kanun ve gerekse 2001 Tasarısı (m. 108/4) verilerin yok edilmesini öngörmüş olduğundan, CMK'da bu talepleri dikkate almamıştır. Ancak, 4422 sayılı Kanun'da Alman Kanunu'nda olduğu gibi, suçların işlendiğine ilişkin şüphe ortadan kalktığı takdirde; 2001 Tasarısı'nda ise dava zamanaşımı gerçekleştiğinde kayıt ve tespitlerin yok edileceği hükme bağlanmışken, CMK kovuşturmayaya yer olmadığı kararının verilmesi veya hâkim onayının alınamaması halinde kayıtların yok edileceği hükmünü sevk etmiştir.

Kanaatimizce hâkim onayının alınamaması durumunda kayıtların yok edilmesi şeklindeki düzenleme çok isabetli olmuştur. Ancak kovuşturmayaya yer olmadığı kararı her zaman

⁴⁸ Bkz., aşağıda soru 53.

için kaldırılabilir bir karar olduğundan burada verileri yok etme konusunda en azından savcıya bir takdir yetkisi tanınması yararlı olurdu.

Bu vesileyle belirtelim ki, kovuşturmayaya yer olmadığı kararı üzerine iletişimin denetlenmesi yoluyla elde edilen bilgilerin yok edilmesine ilişkin düzenlemenin hemen hemen hiçbir Avrupa ülkesinde bulunmadığı ifade edilmektedir.⁴⁹ Böylece kanunumuz bu bakımdan Avrupa ülkelerinden daha aşırı bir düzenleme getirmiş bulunmaktadır.

XIII. BİLDİRİM VE DENETİM

İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi birçok kararında tedbirle ulaşılmak istenen amaç tehlikeye düşmeyecek ise tedbire ilişkin olarak ilgiliye sonradan haber vermenin önemine işaret etmektedir.⁵⁰ Bakanlık Komisyonu'nda (=Adalet Bakanlığı'nın kurduğu ve birkaç akademisyenle hakimlerden oluşan komisyon.Yeni mevzuat hazırlanırken esas itibarıyla bu komisyonun görüşü belirleyici olmuştur). Tedbirin sona ermesinden sonra başsavcılığın tedbirin nedeni, kapsamı, süresi, sonucu ve maliyeti hususunda tedbirin muhataplarına bilgi vereceğine yönelik bir hüküm önerilmişti. Ancak kanuna tedbirin maliyetine ilişkin bilgi verilmesi hususu alınmamıştır. Esasen, bir hukuk devletinde vergi ödeyen kimselerin bu konuya ilişkin olarak da bilgilendirilmesi gerekli iken, diğer yandan böyle bir bildirim zorunluluğu tedbire başvuranları da bu tedbirin getirecekleri konusunda iyi bir değerlendirme yapmaya sevk edeceğinden yararlı olacaktır.

⁴⁹ Kühne,Hans-Heiner, "Türk Ceza Muhakemesi Kanunu'nda Koruma Tedbirleri", *Hukuki Perspektifler Dergisi*, S. 3, Nisan 2005, s. 47.

⁵⁰ Tezcan, Durmuş - Erdem, Mustafa Ruhan - Sancaktar, Oğuz, *AIHS Işığında Türkiye'nin İnsan Hakları Sorunu*, Ankara 2004, s. 406.

Bilim Komisyonu'nda ayrıca, tedbirin sona ermesinden sonra da tedbire muhatap olan kişinin tedbirin hukuka uygunluğunun denetlenmesini talep edebileceğine ilişkin bir hüküm önerilmişti. Böylece bildirim sonucunda kişilerin tedbirin denetlenmesini isteyerek gerek tazminat gerekse cezai sorumluluk yönlerinde gerekli girişimlerde bulunmalarına imkân tanınmış olacaktı. Kanunun bu haliyle ise tazminat kabul edilmemekte, ancak idari makamların eylemleri dolayısıyla genel tazminat sorumluluğu söz konusu olabilmektedir. Ayrıca tedbire karar verilmesi veya uygulanması ile ilgili olarak görevi kötüye kullanma suçu bakımından ilgili kamu görevlilerin bir sorumluluğu düşünülebilecektir.

Kanun'un ilk şeklinde bildirim tespit ve dinlemeye ilişkin kayıtların yok edilmesinden sonra en geç on beş gün içinde yapılacağı hükme bağlanmıştı. 5353 sayılı Kanun ile bildirim için soruşturma evresinin bitmesinin beklenmesi öngörülmüş bulunmaktadır. Böylece söz konusu on beş günlük süre, soruşturma evresinin bitiminden itibaren başlayacaktır (CMK m. 137/4).

XIV. BAŞKA TÜRLÜ İLETİŞİMİN DENETLENMESİ YASAĞI

135. maddenin son fıkrasında, *"bu maddede belirlenen esas ve usuller dışında hiç kimse, bir başkasının telekomünikasyon yoluyla iletişimini dinleyemez ve kayda alamaz"* denilmektedir. Bu hükmün sonuçlarının ne olduğu üzerinde durmak gerekir.

Bu konuda öncelikle 135/son hükmünün önleme, istihbarat niteliğindeki iletişim denetlemesini yasaklamak amacını taşıdığı düşünülebilir. Ancak ceza muhakemesi kanunu bir suç ile ilgili olarak düzenlenmiş hükümleri içerdiğinden, bu kanun

hükümlerinin ancak bir suç bakımından geçerli olacağı, buna karşılık suç işlenmeden önceki önleme aşamasındaki hükümler niteliğinde olmadığı açıktır. Bu itibarla, böyle bir hükmün önleme, istihbarat amacıyla yapılan iletişim denetlemelerini kapsamadığı sonucuna ulaşmak gerekir. Fakat bu kez de, böyle bir sonuca zaten bu hüküm olmaksızın da ulaşılabileceği, dolayısıyla bu hükmün amacının ne olduğu sorusuyla karşılaşmaktayız. Acaba mağdur iletişiminin denetlenmesi bakımından da bu maddedeki usul ve esasların geçerli olmasını sağlamak amacıyla mı bu hüküm sevk edilmiştir? Örneğin, bir kimse huzur ve sükûnunu bozmak maksadıyla kendisine ısrarla telefon edildiği (TCK m. 123) şikâyetiyle savcılığa başvurursa, savcılık bu kimsenin telefonunu dinlemek suretiyle faili tespit etmek isterse, 135. maddedeki esas ve usullere tabi olmak durumunda mıdır? Kanımca, bu tür durumlarda kişinin telefonunun dinlenmesinde rızası bulunduğu ve telefonu dinlenen şüpheli veya sanık değil, mağdur olduğundan, 135. madde hükümleri uygulanmayacaktır. Ancak 135/son hükmünün bu tür iletişim denetlemelerini de yasaklamayı amaçladığı söylenebilir, zira maddenin ifadesi mutlaklıdır.

Sonuç olarak, 135/son hükmünün gereksiz bir hüküm olduğu kanaatindeyiz. Aynı sonuca zaten genel yorum kararlarıyla ulaşılmakta hiçbir güçlük yoktur. Aksine maddenin bu fıkrası gereksiz tereddütler uyandırmaktadır. Bu hüküm istihbarat niteliğindeki denetlemeleri engellemekte, mağdur bakımından da uygulama alanı bulamamaktadır.⁵¹

XV. TESADÜFEN ELDE EDİLEN DELİLLER

Öncelikle belirtmek gerekir ki, Alman CMK 100/f' de yer alan "*yukarıda elde edilen bilgiler ancak ceza muhakemesi amaçla-*

⁵¹ Bu konuda bkz., XVI.

rıyla veya bir kimsenin yaşam, vücut veya hürriyetine yönelik ağır bir tehlikenin bulunması halinde tehlikenin önlenmesi amacıyla kullanılabilir” şeklindeki hüküm bilim komisyonunda kanuna eklenmek üzere önerilmiş, ancak kanunlaşmamıştır. Böylece ilkin iletişimin denetlenmesi suretiyle elde edilen bilgilerin önleme amacıyla kullanılmasına Alman Kanunu’ndan farklı olarak olanak tanınmamıştır. Ceza muhakemesi amaçları ile ilgili olarak ise, esasen ceza yargılaması kanununda düzenlenen bir tedbir uygulanmak suretiyle elde edilecek bilgilerin ceza yargılamasında kullanılacağı açıktır. Ancak burada bu bilgilerin ilgilinin başka suçlarıyla ilgili olarak ve başka kimselerin suçlarıyla ilgili olarak kullanılması sorunu ile karşılaşmaktayız ki, bu sorunun cevabını burada ele almak istiyoruz.

Bu konuya ilişkin olarak 1412 sayılı CMUK’un 100. maddesinde muvakkat zabıt başlığı altında bir düzenleme bulunmaktaydı. Benzer şekilde tasarıda da sadece arama ve el koyma ile ilgili olarak, 104. maddede “geçici el koyma” başlıklı şu hüküm düzenlenmişti: “Arama sonunda yapılmakta olan soruşturma ile ilgisi olmayan ve ancak, diğer bir suçun işlendiği şüphesini uyandırmayacak eşya bulunursa, bunlara geçici olarak el konulur ve durum Cumhuriyet Savcılığı’na bildirilir”. Madde gerekçesi ise şöyledir: “Madde, arama sonunda, aramanın esasını oluşturan soruşturma ile ilgisi bulunmayan ve fakat diğer bir suç şüphesini harekete geçirecek şeylerin bulunması hâlinde yapılacak işlemi göstermektedir. Bu eşyaya geçici olarak el konulacak ve durum Cumhuriyet Savcılığı’na, geciktirilmeksizin bildirilecektir”.

Türkiye Barolar Birliği’nin önerisinde ise “telefon dinlemesi” sırasında tesadüfen elde edilen bilgilerin ancak telefon dinlemesine ilişkin koşulların mevcut olması durumunda delil olarak kullanılabilmesine ilişkin bir hüküm teklif edilmiştir.

Sorun Bakanlık komisyonunda tartışılırken, konunun daha ayrıntılı olarak düzenlenmesi kararlaştırılmıştır. Gerçek-

ten de, “tesadüfen elde edilen deliller konusu, özellikle delil yasakları bakımından çok önemlidir; bu nedenle esaslı bir şekilde düzenlenmesi gerekir” (Bilim Komisyonu gerekçesi).

Genelde Avrupa ülkelerinde ki kanunlarda tesadüfen elde edilen delillerin sınırlı surette kullanılması kabul edilmektedir.⁵² CMK’ da bu yöndeki eğilime uymuş, tesadüfen elde edilen delillerin sınırsız olarak kullanılmasına olanak tanımamıştır.

Madde ikili bir ayırım yapmıştır. Tesadüfen elde edilen delilin

1. arama veya el koyma koruma tedbirlerinin uygulanması sırasında veya

2. telekomünikasyon yoluyla yapılan iletişimin denetlenmesi sırasında

elde edilmesine ayrı sonuçlar bağlanmıştır.

Buna göre, tesadüfen elde edilen delil arama veya el koyma tedbirlerinin uygulanması sırasında elde edilmişse bu deliller sınırsız olarak kullanılabilirken; telekomünikasyon yoluyla yapılan iletişimin denetlenmesi sırasında elde edildiği takdirde ancak yukarıda belirttiğimiz on sekiz suçtan biri ile ilgili olarak tesadüfen elde edilecek delillerin de kullanılabilceğini açık bir hükümle düzenlemiş bulunmaktadır. Bu durumda tesadüfen elde edilen deliller bu belirtilen on sekiz suçun dışında bir suç ile ilgili olduğu takdirde kullanılamayacaktır.

Yukarıda da ifade ettiğimiz gibi tesadüfen elde edilen deliller kullanılamayacak da olsa, bunlara vakıf olan kamu görevlisinin bir suçun varlığı durumunda ilgili makamlara bildirme yükümlülüğü bulunmaktadır (TCK m. 279).

⁵² Kühne, 47.

XVI. İLETİŞİMİN ÖNLEME VE İSTİHBARAT AMAÇLI DENETİMİ

Önleme ve istihbarat amaçlı iletişim denetlenmesine ilişkin olarak hukukumuzda açık bir yasal dayanak bulunmamakta, sadece Polis Vazife ve Selahiyet Kanunu'nun Ek 7. maddesindeki "*istihbarat faaliyetlerinde bulunur*" hükmü esas alınarak, kolluk tarafından istihbarat niteliğinde iletişim denetlenmesi yapılmaktaydı. Ancak gerek istihbarat teşkilatları ve gerekse kolluğun önleme amaçlı istihbarat faaliyeti bakımından yasal bir dayanağa gereksinim bulunmaktaydı ve bu dayanak 3.7.2005 tarih ve 5397 sayılı Kanun ile sağlanmış bulunmaktadır. Burada, bu kanun ile getirilen düzenlemelere kısaca değinmekte yarar görüyorum:

Söz konusu kanun ile Polis Vazife ve Selahiyet Kanunu'nun Ek 7. maddesine ve 10.3.1983 tarihli ve 2803 sayılı Jandarma Teşkilat, Görev ve Yetkileri Kanunu'na eklemeler yapılmış ve 1.11.1983 tarihli ve 2937 sayılı Devlet İstihbarat Hizmetleri ve Millî İstihbarat Teşkilatı Kanunu'nun 6. maddesinin birinci fıkrası değiştirilerek maddeye bazı fıkralar eklenmiştir. Böylece bir soruşturma başlamadan da iletişimin denetlenmesi olanağı sağlanmıştır.

Belirtmek gerekir ki, bu düzenleme birçok hukuksal sorulara da yol açmaktadır. CMK 135. maddede bir suç dolayısıyla yapılan soruşturma ve kovuşturmada ve suç işlendiğine ilişkin kuvvetli şüphe sebeplerinin varlığı durumunda bu tedbire başvurulabilecekken, henüz bir suçun olmadığı halde bu tedbire başvurulması daha basit ve kolay kılınmıştır. Ayrıca hâkim kararı aransa da, hâkimin hangi ölçütlere ve şartlara göre değerlendirme yapıp kararını belirteceği düzenlenmemiş,⁵³ bu konuda keyfilige yol açılmıştır.

⁵³ Şahin, Cumhuriyet, *Ceza Muhakemesi Kanunu Gazi Şerhi*, Ankara 2005, s. 379.

1. KOLLUĞUN YETKİLERİ

5397 sayılı Kanun ile kolluğa bu alanda verilen yetkiler şöyledir: “Ceza Muhakemesi Kanununun, casusluk suçları hariç, 250 nci maddesinin birinci fıkrasının (a), (b) ve (c) bentlerinde yazılı suçların işlenmesinin önlenmesi amacıyla, telekomünikasyon yoluyla yapılan iletişim tespit edilebilir, dinlenebilir, sinyal bilgileri değerlendirilebilir, kayda alınabilir. Jandarma bu faaliyetleri sadece kendi sorumluluk alanında yapabilecektir.

Bu işlemler ancak hâkim kararı veya gecikmesinde sakınca bulunan hallerde polis bakımından Emniyet Genel Müdüri veya İstihbarat Dairesi Başkanının; jandarma bakımından Jandarma Genel Komutanı veya istihbarat başkanının yazılı emriyle yapılabilir.

Gecikmesinde sakınca bulunan hallerde verilen yazılı emir, yirmi dört saat içinde yetkili ve görevli hâkimin onayına sunulur. Hâkim, kararını en geç yirmi dört saat içinde verir. Sürenin dolması veya hâkim tarafından aksine karar verilmesi halinde tedbir derhal kaldırılır. Bu halde dinlemenin içeriğine ilişkin kayıtlar en geç on gün içinde yok edilir; durum bir tutanakla tespit olunur ve bu tutanak denetimde ibraz edilmek üzere muhafaza edilir.

Yetkili ve görevli hâkim, talepte bulunan kolluk biriminin bulunduğu yer itibarıyla yetkili olan ve 5271 sayılı Kanun’un 250 nci maddesinin birinci fıkrasına göre kurulan ağır ceza mahkemesinin üyesidir.

Kararda ve yazılı emirde, hakkında tedbir uygulanacak kişinin kimliği, iletişim aracının türü, kullandığı telefon numaraları veya iletişim bağlantısını tespiti inkân veren kodundan belirlenebilenler ile tedbirin türü, kapsamı ve süresi ile tedbire başvurulmasını gerektiren nedenler belirtilir. Kararlar, en fazla üç ay için verilebilir;

bu süre aynı usulle üçer ayı geçmeyecek şekilde en fazla üç defa uzatılabilir. Ancak, terör örgütünün faaliyeti çerçevesinde devam eden tehlikelere ilişkin olarak gerekli görülmesi halinde, hâkim üç aydan fazla olmamak üzere sürenin müteaddit defalar uzatılmasına karar verebilir. Görüldüğü gibi burada süre adli amaçlı iletişimin denetlenmesine nazaran daha uzun belirlenmiştir.

Uygulanan tedbirin sona ermesi halinde, dinlemenin içeriğine ilişkin kayıtlar en geç on gün içinde yok edilir. Durum bir tutanakla tespit olunur ve bu tutanak denetimde ibraz edilmek üzere muhafaza edilir.

Bu madde hükümlerine göre yürütülen faaliyetler çerçevesinde elde edilen kayıtlar, birinci fıkrada belirtilen amaçlar dışında kullanılamaz. Elde edilen bilgi ve kayıtların saklanması ve korunmasında gizlilik ilkesi geçerlidir. Bu fıkra hükümlerine aykırı hareket edenler hakkında, görev sırasında veya görevden dolayı işlenmiş olsa bile Cumhuriyet Savcılarınca doğrudan soruşturma yapılır.

Hâkim kararları ve yazılı emirler, Emniyet Genel Müdürlüğü İstihbarat Dairesi Başkanlığı/Jandarma Genel Komutanlığı İstihbarat Başkanlığı görevlilerince yerine getirilir. İşlemin başladığı ve bitirildiği tarih ve saat ile işlemi yapanın kimliği bir tutanakla saptanır.

Bu maddede belirlenen usûl ve esaslara aykırı dinlemeler hukuken geçerli sayılmaz ve bu şekilde dinleme yapanlar hakkında Türk Ceza Kanunu hükümlerine göre işlem yapılır (m. 1, 2).

Bu maddenin uygulanmasına ilişkin esas ve usûller Adalet, İçişleri ve Ulaştırma Bakanlıklarının görüşü alınarak Başbakanlık tarafından çıkarılan yönetmelikte düzenlenmektedir (10.11.2005 tarihli RG)."

2. MİLLİ İSTİHBARAT TEŞKİLATININ YETKİLERİ

Milli İstihbarat Teşkilatı;

a. Bakanlıklar ve diğer kamu kurum ve kuruluşları ile kamu hizmeti veren kuruluşların yöneticileri ve istihbarat hizmetlerinden sorumlu kişileri ile istihbaratın tevcihi, istihbaratın istihbarata karşı koyma konularında doğrudan ilişki kurabilir, uygun koordinasyon yöntemlerini uygulayabilir.

b. Bakanlıklar ve diğer kamu kurum ve kuruluşları ile kamu hizmeti veren kuruluşlara ait arşivlerden, elektronik bilgi işlem merkezlerinden ve iletişim alt yapısından kendi görev sahasına giren konularda yararlanabilmek, bunlarla irtibat kurabilmek, bilgi ve belge almak için gerekçesini de göstermek suretiyle yazılı talepte bulunabilir.

Anayasa'nın 2. maddesinde belirtilen temel niteliklere ve demokratik hukuk devletine yönelik ciddi bir tehlikenin varlığı halinde Devlet güvenliğinin sağlanması, casusluk faaliyetlerinin ortaya çıkarılması, Devlet sırrının ifşasının tespiti ve terörist faaliyetlerin önlenmesine ilişkin olarak, hâkim kararı veya gecikmesinde sakınca bulunan hallerde MİT Müsteşarı veya yardımcısının yazılı emriyle telekomünikasyon yoluyla yapılan iletişim tespit edilebilir, dinlenebilir, sinyal bilgileri değerlendirilebilir, kayda alınabilir. Gecikmesinde sakınca bulunan hallerde verilen yazılı emir, yirmi dört saat içinde yetkili ve görevli hâkimin onayına sunulur. Hâkim, kararını en geç yirmi dört saat içinde verir. Sürenin dolması veya hâkim tarafından aksine karar verilmesi halinde tedbir derhal kaldırılır. Bu halde dinlemenin içeriğine ilişkin kayıtlar en geç on gün içinde yok edilir; durum bir tutanakla tespit olunur ve bu tutanak denetimde ibraz edilmek üzere muhafaza edilir. Bu işlemler, 4.7.1934 tarihli ve 2559 sayılı Polis Vazife ve Salah-

yet Kanunu'nun Ek 7. maddesinin 10. fıkrası hükmüne göre kurulan merkez tarafından yürütülür. 4.12.2004 tarihli ve 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 135. maddesi kapsamında yapılacak dinlemeler de bu merkez üzerinden yapılır.

Yetkili ve görevli hâkim, talepte bulunan birimin bulunduğu yer itibariyle yetkili olan ve 5271 sayılı Kanun'un 250. maddesinin birinci fıkrasına göre kurulan ağır ceza mahkemesinin üyesidir.

Kararda ve yazılı emirde, hakkında tedbir uygulanacak kişinin kimliği, iletişim aracının türü, kullandığı telefon numaraları veya iletişim bağlantısını tespiti imkân veren kodundan belirlenebilenler ile tedbirin türü, kapsamı ve süresi ile tedbire başvurulmasını gerektiren nedenler belirtilir. Kararlar, en fazla üç ay için verilebilir; bu süre aynı usûlle üçer ayı geçmeyecek şekilde en fazla üç defa uzatılabilir. Ancak, terör örgütünün faaliyeti çerçevesinde devam eden tehlikelere ilişkin olarak gerekli görülmesi halinde, hâkim üç aydan fazla olmamak üzere sürenin müteaddit defalar uzatılmasına karar verebilir.

Uygulanan tedbirin sona ermesi halinde, dinlemenin içeriğine ilişkin kayıtlar en geç on gün içinde yok edilir; durum bir tutanakla tespit olunur ve bu tutanak denetimde ibraz edilmek üzere muhafaza edilir.

Bu madde hükümlerine göre yürütülen faaliyetler çerçevesinde elde edilen kayıtlar, bu Kanun'da belirtilen amaçlar dışında kullanılamaz. Elde edilen bilgi ve kayıtların saklanması ve korunmasında gizlilik ilkesi geçerlidir. Bu madde hükümlerine aykırı hareket edenler hakkında, görev sırasında veya görevden dolayı işlenmiş olsa bile Cumhuriyet Savcılarınca doğrudan soruşturma yapılır.

Hâkim kararları ve yazılı emirler, MİT Müsteşarlığı görevlilerince yerine getirilir. İşlemin başladığı ve bitirildiği tarih ve saat ile işlemi yapanın kimliği bir tutanakla saptanır (m. 3).

Bu maddede belirlenen usûl ve esaslara aykırı dinlemeler hukuken geçerli sayılmaz ve bu şekilde dinleme yapanlar hakkında 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu hükümlerine göre işlem yapılır.

XVII. YÖNETMELİK

Başbakanlık tarafından çıkarılan ve 10.11.2005 tarihli *Resmî Gazete'* de yayınlanan "*Telekomünikasyon Yoluyla Yapılan İletişimin Tespiti, Dinlenmesi, Sinyal Bilgilerinin Değerlendirilmesi ve Kayda Alınmasına Dair Usul ve Esaslar ile Telekomünikasyon İletişim Başkanlığının Kuruluş, Görev ve Yetkileri Hakkında Yönetmelik*" bu tedbire ilişkin ayrıntılı düzenlemeler içermektedir. Bunlara kısaca göz atmakta yarar görüyoruz:

Öncelikle belirtmek gerekir ki, yönetmelik hem adli hem de önleme amaçlı iletişim denetlenmesine ilişkin hükümler içermektedir (m. 1).

Telekomünikasyon her türlü işaret, sembol, ses ve görüntünün ve elektrik sinyallerine dönüştürülebilen her türlü verinin kablo, telsiz, optik, elektrik, manyetik, elektromanyetik, elektro kimyasal, elektro mekanik ve diğer iletim sistemleri vasıtasıyla iletilmesi, gönderilmesi ve alınmasını ifade eder.

İletişimin dinlenmesi ve kayda alınması telekomünikasyon yoluyla gerçekleştirilmekte olan konuşmalar ile diğer her türlü iletişimin uygun teknik araçlarla dinlenmesi ve kayda alınmasına yönelik işlemleri; iletişimin tespiti ise iletişimin

içeriğine müdahale etmeden iletişim araçlarının diğer iletişim araçlarıyla kurduğu iletişime ilişkin arama, aranma, yer bilgisi ve kimlik bilgilerinin tespit edilmesine yönelik işlemleri; sinyal bilgisi, bir şebekede haberleşmenin iletimi veya faturalama amacıyla işlenen her türlü veriyi ifade etmektedir (m. 3).

Önleme ve istihbarat amaçlı tedbir için verilen hâkim kararı veya yetkili merci emri işletmecilere gönderilmez. Kararlar ile yapılan inceleme sonucunda bu yönetmeliğe uygun olduğu tespit edilen yazılı emirler, ilgili kurum görevlileri ve Başkanlık çalışanları aracılığıyla teknik uzmanın nezaretinde yerine getirilir. İşlemin başlatıldığı ve bitirildiği tarih ve saat ile işlemi yapanın kimliği bir tutanakla saptanır. Bu Yönetmeliğe aykırı biçimde verilen yazılı emirler yerine getirilmez (m. 10). Hâkim kararları ile yazılı emirler hakkındaki gelişmeler ilgili kurum tarafından derhal Başkanlığa bildirilir. Uygulanan tedbirin sona ermesi, gecikmesinde sakınca bulunan hallerde verilen yazılı emir hakkında hâkim tarafından aksine karar verilmesi ya da yazılı emir hakkında yirmi dört saat içinde hâkim onayının alınamaması hallerinde, kararın veya yazılı emrin uygulanmasına Başkanlık tarafından derhâl son verilir. Dinlemenin içeriğine ilişkin kayıtlar Başkan'ın ve ilgili kurumların en üst amirinin denetimi altında en geç on gün içinde yok edilir. Durum bir tutanakla tespit olunur ve bu tutanak denetimlerde ibraz edilmek üzere muhafaza edilir (m. 11).

Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 135 vd. maddelerine göre yapılacak denetimde ise verilecek kararlar, Cumhuriyet Savcısı veya görevlendireceği adli kolluk görevlileri tarafından Başkanlığa iletilir. Kararlar işletmecilere gönderilmez. Söz konusu kararlar ilgili kurum görevlileri ve Başkanlık çalışanları aracılığıyla teknik uzmanın nezaretinde yerine getirilir. İşlemin başladığı ve bitirildiği tarih ve saat ile işlemi yapanın

kimliği bir tutanakla saptanır (m. 14). Uygulanan tedbirin sona ermesi, kararın uygulanması sırasında şüpheli hakkında kovuşturmaya yer olmadığına dair karar verilmesi ya da gecikmesinde sakınca bulunan hallerde Cumhuriyet Savcısı tarafından verilen kararlar hakkında hâkim tarafından aksine karar verilmesi halinde, tedbirin kaldırıldığı Cumhuriyet Savcısı tarafından derhal başkanlığa bildirilir. Cumhuriyet Savcısı tarafından verilen karar, süresi içerisinde hâkim tarafından onaylanarak başkanlığa gönderilmemiş ise kararın uygulanmasına başkanlık tarafından derhal son verilir. Yapılan tespit veya dinlemeye ilişkin kayıtlar, 26. maddede belirtilen yetkili ve görevli mahkeme nezdindeki Cumhuriyet Savcısı'nın denetimi altında en geç on gün içinde yok edilerek durum bir tutanakla tespit edilir (m. 15).

Yönetmelik hükümlerine göre yürütölen faaliyetler çerçevesinde elde edilen bilgiler, yönetmeliğin dayanağını oluşturan kanunlarda belirtilen amaç ve usul dışında kullanılamaz. Elde edilen bilgi, belge ve kayıtların saklanması ve korunmasında gizlilik ilkesine riayet edilir. Bu fıkra hükümlerine aykırı hareket edenler hakkında görev sırasında veya görevden dolayı işlenmiş olsa bile Cumhuriyet Savcılarınca doğrudan soruşturma yapılır (m. 27).

XVIII. TELEKOMÜNİKASYON İLETİŞİM BAŞKANLIğI

Telekomünikasyon yoluyla denetimin tek elden yürütölmesi için Telekomünikasyon İletişim Başkanlığı kurulmuştur. Yönetmeliğin 16. maddesine göre:

Telekomünikasyon İletişim Başkanlığı, Telekomünikasyon Kurumu bünyesinde doğrudan Kurum Başkanı'na bağlı olarak faaliyet gösterir.

Başkanlık, Telekomünikasyon İletişim Başkanı ile teknik uzman, hukukçu uzman ve idarî uzmandan oluşur.

Başkanlık'ta, Başkan'ın görüşü doğrultusunda Kurum Başkanı tarafından kurum içinden veya kurum dışından yeteri kadar teknik, hukukçu ve idarî personel görevlendirilir.

Başkanlıkta, Millî İstihbarat Teşkilatı, Emniyet Genel Müdürlüğü ve Jandarma Genel Komutanlığı'nın ilgili birimlerinden birer temsilci bulundurulur. Bu temsilciler Başkanlık-taki görevleri esnasında Başkan'ın talimatlarına ve Başkan'lık tarafından belirlenen kurum içi düzenlemelere riayet eder.

Başkanlığın görevleri ise şunlardır (m. 17):

a. 2559 sayılı Kanun'un Ek 7. maddesi, 2803 sayılı Kanun'un ek 5 inci maddesi ve 2937 sayılı Kanun'un 6. maddesi uyarınca, telekomünikasyon yoluyla yapılan iletişimin tespiti, dinlenmesi, sinyal bilgilerinin değerlendirilmesi ve kayda alınmasına yönelik iş ve işlemleri tek bir merkezden yürütmek,

b. 5271 sayılı Kanun'un 135. maddesi kapsamında yapılacak iletişimin tespiti, dinlenmesi, kayda alınması ve sinyal bilgilerinin değerlendirilmesine yönelik iş ve işlemleri tek bir merkezden yürütmek,

c. (a) ve (b) bentleri kapsamındaki taleplerin bu Yönetmeliğe ve diğer ilgili mevzuata uygun olup olmadığını incelemek ve gerektiğinde yetkili mercilere başvuruda bulunmak,

d. (a) ve (b) bentleri uyarınca gerçekleştirilen işlemler sonucunda elde edilen verileri ve bilgileri ilgisine göre Millî İstihbarat Teşkilatı Müsteşarlığı'na, Emniyet Genel Müdürlüğü'ne ve Jandarma Genel Komutanlığı'na, talep etmeleri halinde mahkemeye ve Cumhuriyet Başsavcılıklarına iletme,

e. Bu Yönetmelik çerçevesinde yapılacak tespit, dinleme, sinyal bilgilerinin değerlendirilmesi ve kayda alınması faaliyetlerini olanaklı kılacak her türlü teknik alt yapının, kamu kurum ve kuruluşları ile kamu hizmeti veren kuruluşlar ve işletmeciler tarafından kurulmasını sağlamak, sağlamak, gerekli alt yapıyı kurmayan işletmecilerin cezalandırılması yönünde girişimde bulunmak,

f. 11. maddenin 3. fıkrası, 12. maddenin 2. fıkrası ile 15 inci maddenin 3. fıkrası saklı kalmak kaydıyla, Başkanlık faaliyetleriyle ilgili olarak kamu kurum ve kuruluşları ile kamu hizmeti veren kuruluşlar ile işletmecilerden gelen her türlü bilgi, belge ve kayıtların bilgi güvenliği kriterlerine uygun olarak arşivlenmesini sağlamak.

IX. YAPTIRIM VE TAZMİNAT

Ceza Muhakemesi Kanunu'ndaki ve önleme/istihbarat amaçlı telekomünikasyon yoluyla yapılan iletişimin denetlenmesine ilişkin hükümlere aykırılıklar Türk Ceza Kanunu'nun 132. maddesi ile yaptırım altına alınmış bulunmaktadır. Aynı Kanun'un 137. maddesinde de "*haberleşmenin gizliliğini ihlal*" suçunun kamu görevlisi tarafından ve görevinin verdiği yetki kötüye kullanılmak suretiyle işlenmesi halinde verilecek cezanın yarı oranında artırılacağı hükmü sevk edilmiştir.

Telekomünikasyon yoluyla yapılan iletişimin denetlenmesinde gizlilik kuralına uyulmamasının müeyyidesi ise Türk Ceza Kanunu'nun 285. maddesinde düzenlenmiştir. Ayrıca 258. maddenin (göreve ilişkin sırrın açıklanması) uygulanması da söz konusu olabilir.

Telekomünikasyon yoluyla iletişimin denetlenmesi tedbiriyle ilgili olarak doğan zararların tazmini konusunda

48

kanunumuzun bir düzenleme yapmamış olması büyük bir eksiklik. Özellikle bu tedbirin gizliliği⁵⁴ ve ancak tedbirin sona ermesi ile beraber tedbirden haberdar olunması ve ayrıca denetlenmesi olanağının şüpheli veya sanığa verilmemiş olması karşısında bu eksikliğin çok önemli bir eksiklik olduğu açıktır. Esasen tazminatın bütün koruma tedbirleri ile ilgili olarak kabul edilmesi bir hukuk devletinde olması gereken vazgeçilemez, önemli bir gerekliliktir.

⁵⁴ Özbek - Doğan, 578.

**ŞÜPHELİ VEYA SANIĞA YÜKLENEN SUÇ DOLAYISIYLA
MÜDAFİN TELEKOMÜNİKASYON ARAÇLARIYLA
İLETİŞİMİ TESPİT EDİLEBİLİR Mİ, DİNLENEBİLİR Mİ
VE KAYDA ALINABİLİR Mİ?**

Müdafilere telefonlarının dinlenmesine ilişkin olarak bir ayırım yapmak gerekmektedir:

a. Eğer müdafii kendisinin tek başına veya bir üçüncü şahısla veyahut müdafii olduğu kimse ile birlikte işlediği iddia olunun bir suç isnadına maruz kalmış ise, yani bizatihi şüpheli veya sanık ise CMK m. 135'deki koşullar çerçevesinde kendisinin kullandığı veya bürosunda, işyerinde veyahut yerleşim yerindeki ve hatta mobil telefonu dahi dinlenebilir, tespit yapılabilir ve kayda alınabilir. Dikkat edilirse, burada müdafii bulunduğu kimseye ilişkin bir suç isnadı dolayısıyla değil, kendisinin suçlandığı bir suç dolayısıyla (ve bu suçun CMK m. 135/6'daki suçlardan birisi olması nedeniyle) dinlenmekte, saptanmakta ve kayda alınmaktadır.

b. Buna karşılık, müdafii kendisine bir suç isnadı yapılmamış ve fakat müvekkili olan şüpheli veya sanığa isnat olunan bir suç dolayısıyla telekomünikasyon yoluyla yapılan iletişimin denetlenmesi iletişimin tespiti, dinlenmesi ve kayda alınması söz konusu ise, bu CMK gereğince yasaklanmıştır. Yani burada bir delil kaynağı ve dolayısıyla da ispat aracı yasağı söz konusudur. CMK m. 136'ya göre, "şüpheli veya sanığa

49

yüklenen suç dolayısıyla müdafinin bürosu, konutu ve yerleşim yerindeki telekomünikasyon araçları hakkında, 135 inci madde hükmü uygulanamaz.”. Yani, “müdafinin bürosu, konutu ve yerleşim yerindeki telekomünikasyon araçları, CMK m. 135 uyarınca dinlenemez, saptanamaz ve kayda alınamaz ve hatta CMK m. 135/4’deki hükmüm uygulanarak mobil telefonun yeri tespit dahi edilemez”. Çünkü, CMK m. 136, genel olarak CMK m. 135’deki tüm önlemlerin uygulanmasını, başka bir ifadeyle m. 135’in uygulanmasını yasaklamaktadır.

Bu hükme aykırı olarak m. 135’deki tedbirlere başvurulur ve bir delil elde edilirse, bir delil yasağı ihlal edilerek hukuk aykırı biçimde delil elde edildiği için, CMK m. gereğince bu hukuka aykırı delil hiçbir surette değerlendirilemeyecektir. Bu ispat aracı değerlendirme yasağı hem m. 135 uygulanarak elde edilen doğrudan hem de dolayısıyla, tesadüfen (m. 138/2) ele geçen deliller açısından geçerli bir yasak olacaktır.

Ancak dikkat edilmelidir ki, müdafinin açısından getirilen bu sınırlama amaca aykırı olup, müdafilik görevini icra eden avukatlar açısından gerekli korumayı sağlamayacaktır. Çünkü, şüpheli veya sanığa isnat olunan suç nedeniyle müdafinin telekomünikasyon araçlarıyla yaptığı iletişimin açısından tespit edilemeyecek, dinlenemeyecek ve kayda alınamayacak haller sınırlı olarak ve tahdidi biçimde sayılarak düzenlenmiştir. Bu düzenlemede ise, özellikle müdafilerin günümüzde çoklukla kullandıkları mobil telefonların ifade edilmesi (sanırsız unutma veya düşünememe dolayısıyla) madde metninde düzenlenmiştir. Madde metnine göre, getirilen yasak, sadece müdafinin konutu, bürosu ve işyeri açısından olup, sadece o yerlerdeki araçlar açısından getirilmiştir. O yerler dışında bulunan telekomünikasyon araçları açısından bir yasak getirilmediği gibi, mobil telefonlar (ve diğer mobil telekomünikasyon araçları)

açısından da bir yasaklama getirilmemiştir. Yasak olmayınca, gerek m. 135 gerek (özellikle de) m. 136'nın mefhumu muhalifinden, müdafilerin belirtilen yerler dışındaki araçlarla görüşmeleri ve bu bağlamda mobil telekomünikasyon araçları (mobil telefonlar) dinlenebilecek, kayda alınabilecek ve tespit edilebilecektir. Getirilen yasak, belirli yerdeki telekomünikasyon araçları açısından olup, aracın türü açısından bir sınırlama olmadığı için, şüphesiz müdafinin konutu, işyeri ve bürosunda olmak kaydıyla, mobil telekomünikasyon araçlarıyla iletişimi saptanabilecek, dinlenebilecek ve kayda alınabilecektir. Fakat aracın türü ne olursa olsun bu yerler dışındaki araçlar ile bu yerler dışında sıklıkla kullanılan mobil iletişim araçlarıyla yapılan iletişimi, iletişim müdafi ile kimin arasında yapılırsa yapılsın, “*şüpheli veya sanığa isnat olunan suç dolayısıyla*” tespit edebilecek, dinlenebilecek ve kayda alınabilecektir. Madde bu içeriğiyle, amaçlanan korumaya ve bu yasağın düzenleniş nedenine aykırıdır. Olması gereken hukuk açısından sakıncalı olduğumuz bu hükmün değiştirilerek, belirtilen ve unutulmuş veya düşünülmeden düzenlenen bu madde hükmündeki eksikliğin giderilmesi gerektiği düşüncesindeyiz. Bununla beraber, 135. maddenin 2. fıkrasında sayılan tanıklıktan çekinebilecek kişiler arasında müdafi de bulunduğundan, eksikliğin bu hüküm ile karşılandığı da söylenebilir.⁵⁵

⁵⁵ AİHM açısından bu konunun değerlendirilmesine ilişkin bilgi için bkz., Kühne, Hans-Heiner, *Avukat Telefonlarının Dinlenmesi (AİHM Kararı Değerlendirilmesi)*, (Çev.: Hakan Hakeri), *Adil Yargılanma Hakkı ve Ceza Hukuku*, *Karşılaştırmalı Güncel Ceza Hukuku Serisi*, C. 3, Ankara 2004, s. 99-108.

**NEŞTER 2 OPERASYONUNDA YARGITAY,
TELEFONLARI HÂKİM KARARIYLA DİNLENEN
KİMSELERLE KONUŞAN YARGITAY ÜYELERİ
HAKKINDA TESADÜFEN ELDE EDİLEN DELİLLERİN
KULLANILAMAYACAĞI YÖNÜNDE
GÖRÜŞ BİLDİRDİ
KANUNUMUZUN BU KONUDAKİ
DÜZENLEMESİ NEDİR?**

Öncelikle belirtmek gerekir ki, Alman CMK prg. 100/ f' de yer alan *"yukarıda elde edilen bilgiler ancak ceza muhakemesi amaçlarıyla veya bir kimsenin yaşam, vücut veya hürriyetine yönelik ağır bir tehlikenin bulunması halinde tehlikenin önlenmesi amacıyla kullanılabilir"* şeklindeki hüküm bilim komisyonunda kanuna eklenmek üzere önerilmiş, ancak kanunlaşmamıştır. Böylece ilkin iletişimin denetlenmesi suretiyle elde edilen bilgilerin önleme amacıyla kullanılmasına Alman kanunundan farklı olarak olanak tanınmamıştır. Ceza muhakemesi amaçları ile ilgili olarak ise, esasen ceza yargılaması kanununda düzenlenen bir tedbir uygulanmak suretiyle elde edilecek bilgilerin ceza yargılamasında kullanılacağı açıktır. Ancak burada bu bilgilerin ilgilinin başka suçlarıyla ilgili olarak ve başka kimselerin suçlarıyla ilgili olarak kullanılması sorunu ile karşılaşmaktayız ki, bu sorunun cevabını burada ele almak istiyoruz.

Bu konuya ilişkin olarak 1412 sayılı CMUK'un 100. maddesinde muvakkat zabıt başlığı altında bir düzenleme bulunmaktadır. Benzer şekilde tasarıda da sadece arama ve el koyma ile ilgili olarak, 104. maddede *"geçici el koyma"* başlıklı şu hüküm düzenlenmişti: *"Arama sonunda yapılmakta olan soruşturmayla*

*ilgisi olmayan ve ancak, diğ er bir suçun işlendiğ i şüphesini uyandı-
rabilecek eşya bulunursa, bunlara geçici olarak el konulur ve durum
Cumhuriyet Savcılığ ı'na bildirilir". Madde gerekçesi ise şöyledir:
"Madde, arama sonunda, aramanın esasını oluşturan soruşturma ile
ilgisi bulunmayan ve fakat diğ er bir suç şüphesini harekete geçirecek
şeylerin bulunması hâlinde yapılacak işlemleri göstermektedir. Bu eş-
yaya geçici olarak el konulacak ve durum Cumhuriyet Savcılığ ı'na,
geciktirilmeksizin bildirilecektir".*

Türkiye Barolar Birliğ i'nin önerisinde ise "telefon dinle-
mesi" sırasında tesadüfen elde edilen bilgilerin ancak telefon
dinlemesine ilişkin koşulların mevcut olması durumunda delil
olarak kullanılabilmesine ilişkin bir hüküm teklif edilmiştir.

Sorun Bakanlık komisyonunda tartışılırken, sağlıklı bir
çözüm ve gerekçe ortaya konmamış ve fakat konunun ayrıntılı
olarak düzenlenmesi kararlaştırılmıştır. Gerçekten de, "tesadü-
fen elde edilen deliller konusu, özellikle delil yasakları bakımından
çok önemlidir; bu nedenle esaslı bir şekilde düzenlenmesi gerekir"
(Bakanlık Komisyonu gerekçesi)

Genelde Avrupa ülkelerindeki kanunlarda tesadüfen elde
edilen delillerin sınırlı surette kullanılması kabul edilmekte-
dir.⁵⁶ Kanunumuz da bu eski ve genel eğilime uymuş, tesadü-
fen elde edilen delillerin sınırsız olarak kullanılmasına olanak
tanımamıştır. (ileride bunun sakıncalarına değ inecegiz).

Madde ikili bir ayırım yapmıştır. Tesadüfen elde edilen
delilin

1. arama veya el koyma koruma tedbirlerinin uygulanması
sırasında veya

⁵⁶ Kühne, 47.

50

2. telekomünikasyon yoluyla yapılan iletişimin denetlenmesi sırasında elde edilmesine ayrı sonuçlar bağlanmıştır.

Buna göre, tesadüfen elde edilen delil arama veya el koyma tedbirlerinin uygulanması sırasında elde edilmişse bu deliller sınırsız olarak kullanılabilirken; telekomünikasyon yoluyla yapılan iletişimin denetlenmesi sırasında elde edildiği takdirde ancak yukarıda belirttiğimiz on sekiz suçtan biri ile ilgili olarak tesadüfen elde edilecek delillerin de kullanılabilceğini açık bir hükümle düzenlemiş bulunmaktadır. Bu durumda tesadüfen elde edilen deliller ancak bu belirtilen on sekiz suçun dışında bir suç ile ilgili olduğu takdirde kullanılamayacaktır.

2001 Tasarısı'nda bulunmayan bu tedbir, 4422 sayılı Kanun'un 5. maddesi ile Alman Ceza Kanunu'nun 110/a maddesi göz önünde tutularak şekillendirilmiştir. Gizli görevli ancak kamu görevlisi olabilir. Gizli soruşturmacı görevlendirilmesinin koşullarına geçmeden önce, maddeye ilişkin bilim komisyonu gerekçesini buraya almakta yarar görüyoruz:

“Kışkırtıcı ajan kullanılmasının hukuk devleti ilkesi bakımından büyük sorunlar yaratması karşısında, Batı ülkelerinde giderek artan ve buna paralel olarak da toplum hayatında tamiri kabil olmayan yaralar açan organize suçlulukla mücadelede gizli soruşturma yapan bir görevliden yararlanma düşüncesi ortaya çıkmıştır. Gizli görevli kışkırtıcı ajan değildir. Bunun kışkırtıcı ajandan en önemli farkı, gizli soruşturmacının hiç bir zaman azmettiren durumunda bulunamamasıdır.

Almanya'da 1992 yılında gizli soruşturmacı CMUK'un koruma tedbirleri ile ilgili bölümünde 110/a dan 110/e ye kadar olan maddelerinde ayrıntılı olarak düzenlenmiş; bu suretle bu alandaki kötüye kullanmalar önlenmek istenmiştir. Almanya'ya diğer Avrupa ülkeleri takip etmiştir. Bu müessese ülkemize 1999 yılında 4422 sayılı

Kanun'la girmiştir. Gizli görevli, özellikle organize suçla mücadele için özel olarak eğitilmiş olan ve yetki ve sorumluluklarını bilen bir kamu görevlisidir.

Gizli soruşturmacı, görevi sırasında suç işlemeyecektir.

Gizli görevlinin, içine girdiği örgüt içerisinde uzun süre kalabilmesi, onun "uydurma kimlik" sahibi olması ve bu kimlik altında bazı işlemlerde bulunabilmesine de bağlıdır. Nitekim Almanya'da gizli soruşturmacının uydurma kimlik altında hukuki işlem ve eylemlerde bulunmasına, bu çerçevede ticaretle uğraşmasına, firma kurmasına, davacı ve davalı olabilmesine olanak tanınmaktadır.

Fransız Hükümeti'nin, 20.12.1988 tarihli İlegal Uyuşturucu Ticaretine Karşı Birleşmiş Milletler Sözleşmesi ile Avrupa Birliği'nin kurulmasında önemli kilometre taşlarından olan ve üye ülkeler arasında sınır kontrollerinin kaldırılmasını öngören Schengen Sözleşmesi'nin gereklerini yerine getirmek üzere hazırladığı "Uyuşturucu Madde Ticareti İle Mücadele Kanun Tasarısı" 14.1.1992 günü mecliste kabul edildi. Bu kanunda gizli soruşturmacıya ilişkin bazı düzenlemeler mevcuttur.

Buna karşılık söz konusu müessesenin uygulaması Belçika'da Adalet Bakanlığı'nın 24.4.1990 tarihli sirküleri, İngiltere'de İçişleri Bakanlığı'nın 1969 tarihli sirküleri, Hollanda'da 5 Başsavcı'nın 1991 de müştereken yayınladıkları sirküler, ABD'de de Adalet Bakanlığı'nın FBI görevlilerinin gizli soruşturmacılık faaliyetleri departmanının sirkülerine dayanırken, Almanya, Danimarka, İtalya gibi ülkelerde doğrudan doğruya bir kanuna dayanmaktadır.

Gizli soruşturmacı örneğin, Danimarka ve Almanya'da açıkça ve özellikle de Almanya'da oldukça ayrıntılı bir şekilde Ceza Muhakemesi Kanunu'nda öngörülmüşken, diğer bazı ülkelerde özel kanunlarda yer almıştır. Ne var ki, bu yer alışı, İtalya gibi bazı ül-

kelerde uygulamanın bütününe kapsar nitelikte değildir. Gerçekten bu ülkede ekonomik ve siyasî mafya (terör örgütleri) ile mücadelede de gizli soruşturmacı uygulaması var olmasına rağmen anılan müesseseye sadece uyuşturucu maddelerle ilgili kanunda, son derece sınırlı bir şekilde yer verilmiştir. Buna göre adli polis, uyuşturucu madde üreten ve ticaretini yapanlar hakkında delil toplayabilmek amacıyla alıcı kılığına girerek uyuşturucu madde satın alabileceği; bunu yaptığında da, polis delillerin toplanıp muhafaza altına alınması gibi yasal bir yükümlülüğü (Art. 55 Codice procedura penale) yerine getirdiği için fiilinin hukuka aykırılığı ortadan kalkacaktır (Art. 51 Codice penale).

Mehaz ülke durumunda bulunan Almanya'da gizli soruşturmacının görevi, CMUK m. 110/a da katalog halinde sayılan ve organize bir şekilde işlenen illegal uyuşturucu ve silâh trafiği, para ve kıymetli evrak sahtekârlığı suçlarıyla Devlet Güvenlik Mahkemesi'nin yetkisine giren suçlarla (§ 74/a, 120 GVG) sınırlıdır. Buna karşılık Danimarka'da altı yıl veya daha fazla hürriyeti bağlayıcı cezayı gerektiren fiillerle ağır gümrük suçları söz konusu olduğunda gizli soruşturmacı görevlendirilebilmektedir. Bu görev Fransa'da, yeni kanunun kabulü ile uyuşturucu madde suçlarıyla sınırlı bulunmaktadır. Belçika'da gizli soruşturmacı terör ve uyuşturucu madde suçlarında söz konusu olmaktadır.

Gizli soruşturmacının görev süresi de uygulamada ülkeden ülkeye değişiklik arz etmektedir. Örneğin Belçika'da bu süre üç ilâ beş yıl arasında değişirken, Hollanda'da birkaç gün veya dört yıldan fazladır.

İsviçre, Avusturya, Almanya ve İngiltere'de yasal düzenleme çerçevesinde ikincillik ilkesine yer verilmiş bulunmaktadır. Bu ilke uyarınca, başka tedbirlere başvurulduğunda delilin elde edilmesi sonuçsuz kalacak veya en azından önemli ölçüde güçleşecekse, ancak bu takdirde gizli soruşturma tedbirlerine başvurulamayacaktır.

Almanya'da, temel hak ve özgürlükleri önemli ölçüde sınırladığı düşünüülerek, olayın soruşturulması veya sanığın oturduğu yerin araştırılması başka türlü sonuçsuz kalacak veya önemli ölçüde güçleşecekse, ancak bu takdirde söz konusu tedbirlere karar verilmesine olanak tanınmaktadır. Oranlılık ilkesinin bir yansıması olan bu düzenleme çerçevesinde, öncelikle tedbirin istenen sonuca ulaşmaya yarayacak nitelikte, yani delil elde etmeye elverişli olması aranmaktadır. Ayrıca bunun dışında ultima ratio olarak tedbirin gerekliliği açısından bir değerlendirme yapılmalı; bu nedenle, başka bir tedbire başvurulduğunda da olayın aydınlatılması şansının eşit olduğu durumlarda gizli soruşturma tedbirlerine başvurulmamalıdır.

Karşılaştırmalı hukukta, bu tedbirler vasıtasıyla bireyin temel hak ve özgürlüklerine ağır biçimde müdahale edilmesi nedeniyle, tedbire karar verme yetkisi konusunda özel yetki kuralları öngörülmüştür. Karşılaştırmalı hukukta genel olarak bu konuda iki ayrı çözüm yolunun benimsendiği görülmektedir: Birçok ülkede bu yetki adli organlara ait iken, İngiltere'de bu yetki yürütme organına tanınmış bulunmaktadır. Almanya, Avusturya, İsviçre ve Fransa'da esas itibarıyla tedbire karar verme yetkisi hâkime tanınmaktadır. Almanya'da bu, kural olarak sulh ceza hâkimi iken; Avusturya'da üç hâkimden oluşan bir hâkimler kurulu tedbire karar vermektedir. Buna karşılık İsviçre ve Fransa'da tedbire karar verme yetkisi, sorgu hâkimine tanınmıştır.

Tedbire ilişkin dokümanların yok edilmesi yükümlülüğü Almanya, Avusturya, İsviçre, İngiltere ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin Kruslin/Huwig kararının da etkisiyle Fransa'da açıkça düzenlemeye kavuşturulmuştur.

Komisyonumuz gizli görevli ile ilgili olarak yukarıda yapılan değerlendirmeleri dikkate almıştır".⁵⁷

⁵⁷ Bkz., Öztürk - Erdem - Özbek, 684 vd.

Maddenin uygulanma koşulları ise şunlardır:

1. Öncelikle bu tedbir ancak maddede sayılan suçlarla ilgili olarak uygulanabilecektir.
2. Suçun işlendiğine yönelik kuvvetli şüphe sebeplerinin bulunması gerekmektedir.
3. Başka suretle delil elde edilmesinin mümkün olmadığı hallerde bu tedbire başvurulabilecektir (ultima ratio)
4. Gizli görevlinin kimliğinin değiştirilmesine ilişkin gerekli tedbirler alınabilecektir.
5. Gizli görevli kullanılmasına ilişkin karar ve belgeler Cumhuriyet Başsavcılığı'nda özenle muhafaza edilecek ve görevi sona erse dahi, bu görevlinin kimliği gizli tutulacaktır.
6. Gizli görevliye suç işleme yetkisi verilmemiş ve fakat görevlendirildiği örgütün işlediği suçlardan sorumlu tutulmayacağı benimsenmiştir.
7. Elde edilen kişisel bilgilerin sadece gizli görevli kullanılmasına ilişkin ceza soruşturma ve kovuşturmasında kullanılması olanağı tanınmıştır.

Gizli izleme denilen husus, polisin şüpheli veya sanığın kamuya açık yerlerdeki faaliyetlerini ve işyerini teknik araçlarla izlemesi, ses veya görüntü kaydı almasıdır. Kanunumuza göre bu tedbir ancak on dört suç ile ilgili olarak uygulanabilir (göçmen kaçakçılığı, adam öldürme, uyuşturucu madde imal ve ticareti, para sahtecilik, suç işlemek amacıyla örgüt kurma, fuhuş, rüşvet, silah kaçakçılığı gibi). Bu tedbire hâkim, gecikmesinde sakınca bulunan hallerde savcı tarafından karar verilir. Savcı tarafından verilen karar yirmi dört saat içinde hâkim onayına sunulur. Tedbir en fazla iki ay süreyle uygulanabilir ve kişilerin konutuyla ilgili olarak uygulanamaz (CMK 140). Ancak örgüt faaliyeti çerçevesinde işlenen suçlarla ilgili olarak gerekli görülmesi halinde, hâkim bir haftadan fazla olmamak üzere sürenin defalarca uzatılmasına karar verebilir.

Hukukumuzda ilk defa 3.7.2005 tarih ve 5397 sayılı Kanun ile istihbarat alanında da gizli izleme yapılması olanağı tanınmış bulunmaktadır. Buna göre, istihbarat faaliyetlerinde, kanunda belirtilen suçların önlenmesi amacıyla ve hâkim kararı alınmak koşuluyla, teknik araçlarla izleme yapılabilir. Bu madde hükümlerine göre yürütülen faaliyetler çerçevesinde

elde edilen kayıtlar, birinci fıkrada belirtilen amaçlar dışında kullanılamaz. Elde edilen bilgi ve kayıtların saklanması ve korunmasında gizlilik ilkesi geçerlidir. Bu fıkra hükümlerine aykırı hareket edenler hakkında, görev sırasında veya görevden dolayı işlenmiş olsa bile Cumhuriyet Savcılarınca doğrudan soruşturma yapılır.

**TELEFONLARIN DİNLENMESİ, GİZLİ SORUŞTURMACI
VE TEKNİK İZLEMEDEN ELDE EDİLEN DELİLLERİN
HUKUKA UYGUNLUK VE İSPAT AÇISINDAN
DELİL DEĞERLERİ NEDİR?**

CMK'nın 5353 sayılı Kanun ile değiştirilmesinden önceki metni, bu koruma tedbirlerinin⁵⁸ hangi ceza muhakemesi evresinde kullanılacağı hususunda hatalı düzenlenmişti ve madde metninde yalnızca "soruşturma" evresinden söz edilmekteydi. Oysa kamu davası açılırken tüm deliller toplanmış olmadığı ve daha sonra da delil toplanacağı gibi, maddi gerçeği sadece kolluk ve savcının soruşturmada toplayıp iddianameyle sunduğu delillerin kullanımıyla sınırlamak ceza muhakemesine tümüyle aykırıdır. Madde metni 5353 sayılı Kanun ile değiştirildi ve halen mevcut metinde, kanımızca yine yeterli açıklık ve doğru düzenlemeyi içermemekle birlikte, soruşturma terimi yanında "kovuşturma" teriminden de söz edildi. Oysa olması gereken hukuk açısından, bu değişiklik yapılırken, bu tedbire karar verecek mercinin sadece Cumhuriyet Savcısı ve hakim olarak

⁵⁸ Bu tedbirlerin koşulları ve düzenleniş biçimi açısından kitabın ilk kısımlarındaki açıklamalar burada göz önünde tutulmalıdır. CMK m. 135-140'da düzenlenen koruma tedbirlerinin mehz Alman CMK ve ilgili mevzuattaki düzenlenişi ve bu konuda doktrindeki görüş ve değerlendirmeler için bkz., Ünver, *Federal Almanya'da Terör ve Organize Suçluluk İle İlgili Düzenlemeler*, s. 400-440.

hatalı düzenlenmesi yerine, soruşturma evresinde (sulh ceza hakimi kastedilerek) kural olarak hakimin ve gecikmesinde sakınca bulunan hallerle sınırlı olarak ve sonradan hakimce denetlenmek kaydıyla hakimin karar vereceğini, buna karşılık kovuşturma evresinde ise “*yetkili mahkeme*”nin karar vereceğini ve ancak gecikmesinde sakınca bulunan hallerle sınırlı olarak ve sonradan denetlenmek üzere Cumhuriyet Savcısı’nın da kararıyla uygulanabileceği düzenlenmeliydi; madde ileride değiştirilerek bu içeriğe kavuşturulmalıdır. Halen mevcut düzenlemede sadece “*hâkim*”den söz edilmesi sakıncalıdır. Bu terimle genelde kastedilen “*sulh ceza hâkimi*” olup, mahkemenin de ifade edilmek istendiği düşünülemez. Eğer zorlama bir yorumla bu terimin mahkemeyi de içerdiği kabul edilirse, bu hem ifade ve sisteme aykırıdır hem de (işlemin yapıldığı yere göre belirlenecek sulh ceza hâkiminden farklı olarak) dava nezdinde açılan ve tek yetkili mahkemenin belirtilmemesi ve neden tek hâkimli mahkemelerde “*mahkeme*”den vazgeçilip bunun “*hâkimlik işlemi*” gibi anlaşılacağı ve toplu mahkemelerde ise hem mahkeme işlemi hâkimlik işlemine dönüştürme hem de sanki zorunlu olarak “*naip hâkimlik*” kurumunun uygulanması gerektiği amaçlanmış gibi, maddenin tamamen Türkçe hatalı ifadesinden doğan ve esasta amaçlanmayan tereddüt ve yanlış yorum ve uygulamalara neden olunacaktır.

CMK m. 135/2 açısından bir açıklığa ihtiyaç vardır. Tanıklıktan çekinme hakkı bulunanların aralarındaki iletişim de dinlenebilmekte ve fakat sadece kaydedilmemektedir. Ancak burada yasak ağacın meyvesi kuramının ihlali tehlikesi vardır. Bunlar için özel mekanizma olmalı ve kayda alınmama gibi dinlenilmesini önleyici, erken dinlemeye son verme v.s. düzenleme getirilmelidir. Burada hem hukuksal düzenlemeye hem de teknik alt yapıya ihtiyaç vardır. Ancak halen mevcut düzenlemede, kanunen nasıl yapılacağı düzenlenmediği için,

53

eğer bu kişilerin olduğu görülür ve kendiliğinden dinlemeye son verilirse, bu iyi niyetli uygulama bazen dinlenilmeleri yasak olanlar dışındaki kimselerin araya giren konuşmalarının izlenememesi ve önemli delillerin elde edilme fırsatının kaçırılması gibi (çünkü bu tedbir süreyle sınırlıdır ve sürekli yapılamadığı gibi tekrar tekrar karar verilerek uygulanamakta ve her zaman (örgütlü suçlar hariç) müteaddit defalar uzatılmamaktadır), diğer yandan ise araya kesinti girdiği için bir taraftan delilin sağlamlığı, hukuka uygunluğu ve üzerinde ekleme ve daha çok da kayıtların bir bölümünün çıkarılıp çıkarılmadığı tartışmasını getirecek hem de bazen şüpheli ve/veya sanık lehine delillerin de elde edilmesini olanaksızlaştırarak, amaca aykırı sonuçlara neden olacaktır.

Tesadüfi olarak elde edilen deliller açısından, CMK m. 138/2'deki suçların sınırlı olarak sayılması yerinde değildir. Yabancı CMK'larının da izlediği bu yöntem, bizatihi tesadüfi delil kuramına aykırıdır.

Diğer koruma tedbirlerinden bazılarında, örneğin m.140/4'de tıpkı m. 138/1-2'nin mantığına uygun biçimde, başka suçların soruşturulması ve kovuşturulmasında kullanılmasının engellenmesi hatalıdır.

Bununla birlikte belirtelim ki, CMK m. 135 hükmünün hukuka uygun biçimde uygulanması koşulu ve ilgili kimse- nin iletişiminin dinlenmesi ve/veya kayda alınması kararının hukuka uygun olması yeterli olup; iletişimi dinlenen kimsenin irtibatla bulunduğu diğer kişi veya kişilerin iletişimlerinin de dinlenilmesi için ayrıca bir karar alınmasına gerek yoktur. CMK m. 135-137 ve 138/2 uyarınca, alınan bir kararın icrası sırasında dinlenen kimse ile iletişim kuran kimsenin konuşmalarının dinlenilmesinden elde edilen delil hukuka uygun olup, CMK m. 135/6'daki suçlardan birine ilişkin olmak kaydı

ile, hukuka uygun bir delil olarak muhakemede kullanılması mümkün ve hukuka uygun olacaktır.

Cumhuriyet Savcısı'nın CMK m. 135'in uygulanması yönündeki kararını hâkim (doğrusu sulh ceza hâkimi veya kovuşturmada yetkili mahkeme olmalıydı) kaldırırsa, burada tedbire derhal son verilecektir (CMK m. 135/1). Ancak hâkim veya mahkemece yapılan bu tespit hem tedbirin hukuka aykırı olduğu ve devam edilmemesi gerektiğini hem de o zamana kadar bu tedbirin uygulanması suretiyle elde edilen delillerin hukuka uygun elde edilmediklerini saptayarak, yasak delil saptaması niteliğindedir. Bu delillerin hiçbir şekilde kullanılmaması gerekir. Denetime bu sonuç bağlanmaz ve başlangıçta Cumhuriyet Savcısı'nın kararı doğru kabul edilerek elde edildiği ve bu tespitin tedbirin uygulanmasına devam edilmesini önlediği kabul edilirse, hem hukuka aykırılığı saptanan bir delilin kullanılması gibi çelişkili ve yanlış bir uygulama yapılacak hem de uygulamada bu suiistimal edilecektir.

Burada asıl olarak ortaya çıkan başka bir boşluk ise, hâkim tarafından Cumhuriyet Savcısı'nın verdiği bu kararın onaylanmaması sonrasında soruşturma veya kovuşturma evresinde hâkim veya mahkeme tarafından aynı tedbire aynı kişiler ve olaylarla ilgili olarak yeniden ve sanki ilk kez başvuruluyormuş gibi başvurulabilip başvurulamayacağı hususunun düzenlenmemesidir. Bu konunun kanunda düzenlenmesi gereklidir. Kanımızca, ilgili koşullar var olunca bir kez olmak üzere ve uzatmalarla ilgili fıkraya uyularak tedbire başvurulabilir. Ancak, madde metninin düzenlenişinden, aksi görüşün savunulması da aynı derecede mümkündür. Kanun değişikliği oluncaya kadar, bu görüşlerden hangisine itibar edileceğini uygulama belirleyecektir.

53

Esasen aynı zamanda bu delilin dosyadan çıkarılması da düzenlenmeli ve ileride bu saptamanın hukuka uygunluğunun denetimi için başka bir yerde gizli olarak muhafazası veya o tespit için sonraki karara karşı bir kanun yoluna başvurulması olanağı yaratılmalıdır.

CMK m. 135/2'nin uygulamada dikkatli kullanılması gerekmektedir. Her suçta iştirak eylemi, suçta katılanların sayısının fazlalığı dolayısıyla örgüt olarak tavsif edilip buna ilişkin hüküm uygulanırsa, elde edilen delil 'hukuka aykırı delil' itirazı ile karşılaşacaktır. Üst derece mahkemeleri, önündeki kanun yolları vasıtasıyla bu delillerin kullanıldığı kararları bozacak ve belki de klasik metotlarla hukuka uygun biçimde elde edilebilecek deliller, sırf bu hukuka aykırı yol nedeniyle hem tüketilecek ve yeniden elde edilmeleri mümkün olmayacak hem de sırf bu tavsifle karartılmış olacaklardır.

CMK m. 135/4'de örgütlü suçla ilişkin özel hükme yer verilmeliydi. Bu tür bir hüküm belirtilen maddede olmayınca, ortaya bir tehlike çıkmaktadır: Sürenin uzatılması üç ay ve bir kez de uzatma üç ay olarak kullanılabilir ve bundan sonra artık süre uzatılmayacaktır. Kaldı ki, madde metninde bu sürelerin kesik kesik (kısa aralıklarla) kullanımı düzenlenmediği gibi, bu sürelerin işlemesine ara verme de düzenlenmemiştir. Sürelere dayalı önlem uygulanmaya başlayınca, sonuna kadar ve uzatma da asıl süre ile zaman aralığı olmaksızın devam ettirilmelidir. Bu nedenle, kolay ele geçirilecek bir şans olmayıp başka türlü telafisi de mümkün olmadığı için, bu koruma tedbirlerinden, bu sürelerle dayalı olarak yararlanmada uygulamayı başlatma anına dikkat edilmelidir; aksi takdirde süre boşuna harcanacak ve tedbir doğru zamanda uygulansaydı elde edilebilecek delillerin elde edilmesi olanaksız veya elde edilememe riskine sokulacak ve özellikle de bu delillere dayalı

yargılama, hüküm ve uygulanan (yakalama gibi) bir tedbirin icrası hukuka aykırı olacaktır.

CMK m. 135/5 hatalı düzenlenmiştir. Örneğin bu tedbir uygulandığı halde delil elde edilememiş, kişi yakalanamamış ve henüz dava açılmamışsa, bu aşamada uygulanan tedbiri açıklamak, hem diğer delillerin karartılmasına neden olacak veya hukuka uygun biçimde toplanmasını olanaksız veya çok güç kılacak hem de ilgili diğer kimselerin kaçmasına veya yargılamanın yürütülmesini tehlikeye sokacaktır. Tedbirlerin bu aşama yerine, daha sonraki güvenceli bir aşamada açıklanması hem hukuka hem de amaca uygun olacaktır.

CMK m. 135/6-a ve 8 çok sakıncalı hükümlerdir. Bu hükme göre, her ne kadar suç işlemek amacıyla örgüt kurma (TCK m. 220) suçu açısından telefonların dinlenmesine ilişkin CMK m. 135 uygulama alanı bulacak ise de, aynı hükmün mahfuz tutması dolayısıyla TCK'nın 220. maddesinin 2, 7 ve 8. fıkralarına konu eylemler/kişiler hakkında CMK m. 135 uygulanamayacaktır. CMK'nın 135. maddesinin uygulanması yasaklanan fıkra hükümleri, suç işlemek için kurulan örgüte üye olanları, örgüt içinde hiyerarşik yapıya sahip olmamakla birlikte (madde metni gereğince örgüt üyesi olarak cezalandırılan) örgüte bilerek ve isteyerek yardım eden kişiyi ve örgütün veya amacının propagandasını yapan kimseyi düzenlemektedir. Bu hükmü izah etmek olanaksızdır. Bu kimseler hakkında (uygulamada bazı önlemlerin uygulanmaması amacıyla ve önemsizlik vurgusunu yapmak üzere "*silahsız örgüt*" tanımlaması içine sokularak) bu önlemleri uygulamamak, özellikle Türkiye'deki bu tür örgütlerin faaliyetleri, güçleri ve gerektiğinde başvurdukları ciddi silahlı eylemler dikkate alındığında, bunların telefon v.s. dinlenerek izlenmemesini istemek, hukuksal bir dayanaktan yoksun olup, bir taraftan örgütlü suç olduğunu kabul ederek ciddi yaptırımlar uygularken diğer taraftan bu suçlarla müca-

53

deleyi ciddi olarak istememekle eşdeğerde sonuç doğuran bir düzenlemeyi kabul etmek tarafımızdan anlaşılammaktadır. Bu yaklaşım, özellikle örgüte eleman temin etme, ekonomik destek ve yardım toplama ve bu bağlamda gizlice kara para aklama, bir suç örgütünün toplumda zemin ve taraftar kazanmasını ve destek bulmasını sağlama eylemlerini (eylem yaptıkları ana ve eylemlerine bakmayarak), genelde eylem önceki faaliyetlerini icra ederken ciddi yoğunlukta silahlı araç olarak kullanmamalarına bakarak bu organize suçlulukla ciddi mücadeleyi istememekle eşdeğerdir. Bu düzenleme, bilerek veya bilmeyerek yapılmış, ancak her halükarda çok önemli hukuksal hata olup, örgütlü suçla mücadeleyi hiç de hukuksal bir gerekçesi olmaksızın zayıflatmaktadır.

Belirtelim ki, aynı sakıncalı düzenleme, teknik araçların kullanılması koruma tedbirini düzenleyen CMK m. 140 açısından da söz konusu olup, yukarıda silahlı örgüt koşuluna ilişkin olarak yaptığımız değerlendirme ve önerilerimiz bu madde açısından da geçerlidir.

Nitekim 16 Mart 2005’de imzaya açılan Avrupa Konseyi Terörizmin Önlenmesi Sözleşmesi’nde, örgüte adam temini ve eğitimi, örgüte yardım ve yataklık fiili terör suçu sayılmıştır. Silahsız örgütlerin izlenmesine ilişkin hükümde, belirli bir kişi dışında, eleman temin eden, para tedarik eden, yardım ve yataklık edenlere ilişkin istisnalar bu nedenle sakıncalıdır. CMK m. 135’deki suçlar dogma halinde saptanmış listeler olmayıp, örneğin terör, yağma, bölücülük propagandası v.s. suçları da olması gereken hukuk açısından açıkça madde metnine eklenmelidir. Katalog/liste yöntemi iyi uygulanırsa, hem suçla mücadeleyi hem de temel hakları koruyacak ve fakat gereksiz ve çelişkili bir sınırlamayla oluşturulursa, pek yararlı olmayarak işlevsiz kalabilecektir. Aynı etki, CMK m. 138/2’de bu koruma tedbirleri ile elde edilen delillerin yalnızca sınırlı

suçlarda uygulanması sakıncalı düzenlemesinde de (tesadüfi delilin ve hukuksal sonuçlarının hatalı düzenlenmesi suretiyle) karşımıza çıkmaktadır.

CMK'nın 135. maddesi metninde sonradan 2005 tarih ve 5353 sayılı Kanun ile değişiklik yapılarak, uygulama alanı ve biçimi ve amaçları açısından önemli değişiklikler getirilmiştir. Artık, eğer "*iletişimin tespiti*" önlemini uygulanması gerekli ise artık CMK m. 135/1 "*her suç için*" söz konusu olacaktır. Bu düzenleme, bizzatıhi CMK m. 135/6'nın düzenleniş mantık ve amacıyla çelişmektedir. CMK m. 135/1'in uygulanması için, işlendiği iddia edilen veya işlendiğinden kuşku edilen suçun CMK'nın 135. maddesinin 6. fıkrasındaki suçlardan birisinin olması gerekmemektedir. 135/1'de dört hal sayılmıştır: şüpheli veya sanığın telekomünikasyon yoluyla yaptığı iletişiminin tespiti, dinlenmesi, kayda alınması ve sinyal bilgilerinin değerlendirilmesi. Buna karşılık aynı maddenin 6. fıkrasında bunlardan sadece üçü düzenlenmiş ve fakat "*iletişimin tespiti*" düzenlenmeyerek, 6. fıkranın uygulanması hali sadece üç işlemin ve buna karşılık (sonradan yapılan kanun değişikliği ile) birinci fıkra hükmü ise her dört işlemin yapılması için uygulanabilir biçimde düzenlenmiştir. Bu iki fıkradan farklı olarak, aynı maddenin CMK'nın 135. maddesinin 4. fıkrasında ise, "*mobil telefonun yerinin tespiti*", karar verecek merci, uygulama biçimi ve süresi açısından bazı gereklilikleri içermekle birlikte, 6. fıkradan farklı olarak, belirli bir suç katalogu/ listesi ile sınırlandırılmamış ve CMK m. 135/6'da yazılı olsun olmasın her suç açısından uygulanabilir hale getirilmiştir. Hatta madde metninin ilk şeklinde olan "*kullanmakta olduğu*" ibaresi de çıkarılarak, bu koşulun getirdiği kısmi sınırlandırma da kaldırılmıştır.

CMK m. 135/7 özel kişilerin elde ettiği görüntüler açısından önemlidir: a) hukuka aykırı elde edilmişse kullanılamaz,

53

hukuka uygun elde edilmiş veya o kişinin uhdesine geçirilmiş-se kullanılır: tıpkı e-mailler gibi sms, fotoğraf vs. gönderilen kişi açısından bu delil kullanılabilir veya kişi telesekretere yönlendirmiş ve ilgili kayda alındığını bildiği halde konuşuyorsa “*rızasının bulunduğu*” kabul edilebileceği gibi, kendisine mesaj gönderilenin değil gönderenin bir eyleminin bulunduğu dikkate alınmalıdır. Üçüncü kişi kayda alırsa veya ilgili kaydedilmemesini isterse veya kendisinden habersizce alınırsa TCK m. 132-133 vd. suç olduğu için bunlar kullanılamaz.

CMK m. 136, şüpheli veya sanığa yüklenen suç dolayısıyla müdafinin bürosu, konutu ve yerleşim yerindeki telekomünikasyon araçları hakkında, CMK'nın 135. maddesinin uygulanmayacağını, yani telekomünikasyon araçlarının dinlenilmesi, kayda alınması, sinyal bilgilerinin dinlenilmesi ve iletişimin tespit edilmesi işlemlerine konu edilemeyeceğini düzenlemektedir. Bir anlamda, şüpheli veya sanığa yüklenen suç dolayısıyla müdafinin açısından koruma getiren bu hüküm, zannedildiği kadar güvenceli değildir. Dikkat edilirse, madde metnindeki koruma yalnızca üç yerdeki araçlar (müdafinin bürosu, konutu ve yerleşim yerindeki telekomünikasyon araçları) açısından koruma getirmekte ve fakat iletişim açısından müdafinin sınırsız bir koruma getirmemektedir: Bunun pratik sonucu, burada bir yasak delil türü yaratmayıp, bu maddede belirtilen üç yer dışındaki iletişim araçları hakkında CMK'nın 135. maddesi uygulanmak suretiyle elde edilen delillerin muhakemede kullanılmasını yasaklamamaktadır. Örneğin, müdafinin kullandığı mobil telefon veya müdafinin bir telefon kulübesinden yaptığı konuşma açısından koruma getirmemektedir. Aslında bu şekliyle madde metni, amaca aykırı biçimde çok dar bir koruma getirmekte ve kanımızca, dolaylı da olsa, CMK'nın 46. maddesinde avukatlar açısından meslek sırrı açısından getirilen tanıklıktan çekinme hakkının arkasına dolanma im-

kânu vermekte ve bu hakka ilişkin güvenceyi zayıflatmaktadır (ancak bkz., CMK m. 135/2).

Kanımızca, CMK'nın 137/3, maddesi önemli bir hatayı içermektedir. Bu madde hükmüne göre, CMK'nın 135. maddesine göre verilen kararların uygulanması sırasında şüpheli hakkında *"kovuşturmaya yer olmadığına dair karar verilmesi"* ya da aynı maddenin birinci fıkrasına göre *"hakim onayının alınmaması"* halinde bunun uygulanmasına Cumhuriyet Savcısı tarafından derhal son verilecek ve yapılan tespit ve dinlemeye ilişkin kayıtlar Cumhuriyet Savcısı'nın denetimi altında en geç on gün içinde yok edilerek, durum bir tutanakla tespit edilecektir. Oysa burada, kovuşturmama kararının kesinleşmesi beklenilmeliydi. Örneğin, kovuşturmama kararına itiraz ve itirazın kabulü halinde, madenin halen mevcut haline göre, itiraz kabul edilip kamu davası açılması gerektiği halde, madde metninin gereğini yerine getiren Cumhuriyet Savcısı'nın delilleri yok ettiği ve çoğu kez de ne o delillerin yeniden toplanması mümkün olacak ne de yeni bir delil toplanabilecektir ki, bu da o eylem hakkındaki delillerin haksız biçimde ortadan kaldırıldığı ve hukuken açılması mümkün ve gerekli bir kamu davasının açılmasının hukuka aykırı biçimde bir olanaksız hale getirilmesi anlamına gelecektir. Bu tespit ve dinlemeye ilişkin kayıtların imhası açısından madde metnindeki düzenleme hatalı olup, en azından kovuşturmama veya Cumhuriyet Savcısı'nın kararının onaylanmaması kararlarının kesinleşmesi sürecinin geçmesi aranmalıydı.

CMK m. 135'in uygulanması sırasında tesadüfen ele geçen delil açısından (kanımızca CMK m. 138/2'deki kısıtlama yerinde olmamakla birlikte, şimdilik CMK'da yer aldığı için) CMK m. 138/2 uygulanmalı ve bu 135. maddenin 6. fıkrasında sayılan suçlara ilişkin olmaları halinde ele geçen veriler

derhal gereği yapılmak üzere Cumhuriyet Savcısı'na iletilmelidir. Cumhuriyet Savcısı bunlara dayanarak soruşturma başlatabilecek ve eğer ileride dava açılırsa tüm muhakeme aşamasında bu delillerin kullanılması hukuken mümkün olacaktır. CMK'nın 135/6. maddesinde düzenlenmeyen bir suça ilişkin olarak elde edilen delil ise, CMK'da bu deliller yasak delil sayıldığı için (bkz., CMK m. 138/2), bu delillerin hiçbir ceza muhakemesi evre veya safhasında ve hiçbir işlem için kullanılması mümkün olmayacaktır. Kolluğun bu tür delilleri Cumhuriyet Savcılığı'na iletmesi yükümlülüğü bulunmadığı ve kendisinin imha etme yetkisi bulunduğu açıktır; ancak ileride bu delillerin sağlamlık, hukuka aykırılık veya CMK m. 135/6 ve/veya 138/2 kapsamında olup olmadığı hususunda çıkabilecek tartışmaların önlenmesi için hiç vakit geçirilmeden Cumhuriyet Savcılığı'na (delillerin bu özelliği de belirtilerek) iletilmesi ve Cumhuriyet Savcılığı'nın da aynı kanıda ise hiç vakit geçirmeksizin ve zehirli ağacın meyvesinin de zehirli (=yasak) olduğu delil/ispat kuramını ihlal etmeksizin imha etmesi yerindelik ve hukuka uygunluk açısından tercih edilmelidir; bu CMK'nın Cumhuriyet Savcılığı'na kolluk ve diğer merciler karşısında tanıdığı statü ve yetkilere de daha uygun bir uygulama olur.

CMK m. 137/4'e göre ise, CMK m. 137/3. maddesi uyarınca tespit ve dinlemeye ilişkin kayıtların yok edilmesi halinde, soruşturma evresinin bitiminden itibaren en geç on beş gün içinde, Cumhuriyet Başsavcılığı tarafından, tedbirin nedeni, kapsamı, süresi ve sonucu hakkında ilgisine yazılı olarak bilgi verilecektir. Burada, ilgisine bilgi verilmesi sürecinin soruşturma evresinin bitiminden itibaren en fazla on beş günlük bir süre ile sınırlandırılması uygulamada sorun çıkaracaktır. Bu bilgi vermenin davanın sonucunda veya eğer dava açılmaz ise kovuşturamama kararının kesinleşmesi sonrasında en geç on beş

gün içinde yapılması daha yerinde olurdu. Maddenin halen mevcut hali, davanın açıldığı hallerde, önemli birçok delilin karartılmasına neden olabilecek ve hukuka uygun biçimde toplanması mümkün birçok delilin toplanmasını olanaksız kılarak, hukuk devletini zayıflatacaktır. Çünkü tüm deliller dava açılmadan önce toplanmamakta, toplanmamaktadır. Kovuşturmama kararına itiraz edilir ve eğer dava açılırsa, soruşturmanın bitirilmesinden itibaren en geç on beş gün içinde ilgisine de haber verilirse, hem bu deliller imha edildiği hem de o ana kadar toplanamamış diğer deliller karartıldığı için toplanması mümkün olmayacak ve sağlıklı bir muhakeme yapılamayacaktır. Sonradan elde edilen delillerle davanın açılması ihtimali de hukuka aykırı bu hüküm vasıtasıyla fiilen ortadan kaldırılmış olacaktır. Oysa burada önemli olan, bu delillerin (madde metni hatalı) yukarıda belirttiğimiz süreç sonrası imha edilmesi ve bunun bir tutanakla saptanması sonrasında, o kimse veya suç ortakları veya diğer kimseler hakkındaki muhakemenin ilerideki safhalarına geçildikten ve muhakeme ve hukuka uygun toplanabilecek deliller riske sokulmadan, daha sonraki bir zaman diliminde ilgiliye haber vermek ve bu delilin şüpheli/sanık aleyhine kullanılmamasını sağlamaktır.

CMK m. 139 açısından dikkat edilmesi ve olması gereken hukuk açısından eleştirilebilecek bir husus, bu madde uyarınca görevlendirilecek gizli görevlinin “*kamu görevlisi*” olması gerektiğidir.⁵⁹ Oysa olması gereken hukuk açısından bu kimse, sivil bir kimse olmalıydı. İkinci bir husus, gizli soruşturmanın kimliğinin değiştirilmesi, bu kimlikle hukuki işlemler

⁵⁹ Kamu görevlisi ifadesi TCK m. 6/1-c’da şöyle tanımlanmıştır: “Kamu görevlisi deyiminden; kamusal faaliyetin yürütülmesine atama veya seçilme yoluyla ya da herhangi bir surette sürekli, süreli veya geçici olarak katılan kişi anlaşılır”.

yapabilmesi, kimliğin oluşturulması ve devam ettirilmesi için “zorunlu olması durumunda” gerekli belgelerin hazırlanması, değiştirilmesi ve kullanılabilmesi mümkün ve görevlendirildiği örgütün işlemekte olduğu suçlardan sorumlu tutulmayacak olmakla birlikte, gizli soruşturmacı görevini yerine getirirken suç işleyemez. Şüphesiz gizli görevli kavramı kışkırtıcı ajan kavramını içerecek biçimde geniş yorumlanmamalıdır. Kışkırtıcı ajan gibi görev icra eden gizli görevlinin eylemi hukuka aykırı olacak ve elde ettiği deliller de hiçbir şekilde değerlendirilemeyecektir. Yargıtay (CGK 14.04.1973 tarihli kararı) ve AİHM’nin (9.6.1998 tarihli Francisco Teixeira de Castro kararı) kararları da bu yöndedir.

CMK’nın 139. maddesi hükmü CMK m. 139/7’de sınırlı sayıda sayılan suçlarla ilgili olarak uygulanabilir. Burada, bu madde açısından dikkat edilmesi ve aynı zamanda eleştirilmesi gerekli diğer önemli bir husus ise, bu madde gereğince gizli soruşturmacının elde ettiği delil ve emarelerin başka bir suça ilişkin soruşturma veya kovuşturmada kullanılabilip kullanılamayacağına madde metninde düzenlenmemesidir. Madde metninde, bu surette elde edilen “*kişisel bilgiler*”in, gizli soruşturmacının görevlendirildiği ceza soruşturması veya kovuşturması dışında kullanılamayacağı düzenlenmekle birlikte, delil veya emarelere ilişkin bir kayıta yer verilmemiştir. Burada tıpkı CMK m. 135-138/2 veya m. 140/4 gibi bir yasak delil hükmüne yer verilmediği için, buradan elde edilen deliller, başka her tür (madde gereğince gizli soruşturmacı görevlendirilemeyecek suçlara ilişkin olarak dahi) soruşturma veya kovuşturmada delil olarak kullanılabilir. Bu hususun düzenlenmesi, madde metninde bir unutmaya eseri olarak düzenlenmemiş olsa dahi, mevcut düzenlemeden ortaya çıkan ve m. 135-138/2 ile m. 140 ile bu madde arasında bir çelişki

ortaya çıkarsa dahi, bir yasak delil durumu yaratılmadığı ve hukuka aykırı delil elde edilmesi de söz konusu olmadığı için, bu surette elde edilen deliller her tür suça ilişkin soruşturma ve/veya kovuşturmada kullanılabilir. Buna karşılık, bu maddenin uygulanması suretiyle elde edilen “*kişisel bilgi*”-lerin bu maddede sayılan suçlara ilişkin olması halinde her zaman uygulanamayacak, bu madde metninde yer verilen ve gizli soruşturmacı görevlendirilmesine müsait suç dahi olsa, somut olayda gizli soruşturmacının görevlendirilmediği bir suça ilişkin kişisel bilginin bu suça ilişkin soruşturma veya kovuşturmada dahi kullanılması yasaklanmıştır. Burada, delil veya emareler açısından herhangi bir yasak getirilmemekle birlikte, kişisel bilgiler açısından, bu kurumun uygulanabildiği suçlar açısından dahi, eğer somut görevlendirme kararına esas teşkil eden bir suç değilse, kullanma ve değerlendirme yasağı getirilmiştir.

CMK m. 139 uyarınca gizli görevli olarak görevlendirilecek kamu görevlisinin, örgüt içerisinde gizli görevli olarak ne kadar süre kalacağı hususu madde metninde düzenlenmiştir. Yalnızca bu kişinin gizli görevli olarak görevlendirilme koşulları, amacı ve yapacağı görevler düzenlenmiştir.

CMK m. 140 teknik araçlarla izleme koruma tedbirini düzenlemiştir. Madde metninde genel koruma tedbirlerinin koşullarına nazaran bazı ek özel koşullar aranmakla birlikte, maddede bazı hususlar hatalı düzenlenmiştir. Örneğin bu maddenin bazı koşullarla şüpheli veya sanık hakkında uygulanacağı belirtilmekle birlikte, 2. fıkrada bu tedbire kural olarak hâkim ve gecikmesinde sakınca bulunan hallerde ise Cumhuriyet Savcısı'nın karar vereceği düzenlenmekle birlikte, kovuşturma evresi unutulmuş ve bu evre için “*yetkili mahkeme*”nin karar vermeye yetkili olduğu düzenlenmemiştir.

Keza CMK m. 140/4 da hatalı düzenlenmiştir. Çünkü, madde metninde düzenlenen tedbir yalnızca bu maddede sayılan suçlar açısından uygulanabilecek ve fakat bu maddede sayılmayan suçlar açısından uygulanamayacaktır; kanımızca olması gereken hukuk açısından ülkemiz açısından maddede sayılan bu suçlar yeterli olmayıp, diğer bazı suçlara ilişkin olarak da bu tedbirle elde edilen delillerin kullanılması gerekir; madde değiştirilmelidir.

Diğer yandan, şüpheli veya sanık, madde metninde teknik cihazların kullanılmasının mümkün olması için gerekli koşullar bulunmak ve konutta olmamak kaydı ile, yerleşim yerlerinden veya işyerinden veyahut genelde yaşadığı yerden farklı bir yerde olsa bile, CMK m. 140 hakkında uygulanabilecektir.

ANCAK, m. 140/4, son cümle (ceza kovuşturması bakımından gerekli olmadığı takdirde Cumhuriyet Savcısı'nın gözetiminde derhal yok edilir) ifadesi daha da hatalıdır. CMK m. 140 gerince elde edilen deliller sadece bu maddede sayılan suçların soruşturulması ve kovuşturulması açısından kullanılacağı için, diğer deliller açısından "delil yasağı" getirilmiştir. "Gerek bu nedenle gerek Cumhuriyet Savcısı'nın takdirine bıraktığı için, belirttiğimiz son cümledeki ifade, hukuka aykırı delillere ilişkin olmayıp, hukuka uygun delillere ilişkindir". Cumhuriyet Savcısı'nın kovuşturma aşamasında bunları yok etmesi mantık ve Ceza muhakemesinin evreleri ve yetki kurallarına aykırıdır. O halde, Cumhuriyet Savcısı bu delilleri soruşturma evresinde "derhal" yok edecektir. "Hiçbir kontrol mekanizması getirilmemiştir". Burada imha edilip edilmeyeceğine Cumhuriyet Savcısı karar verecek olmakla birlikte, bu açıdan herhangi bir denetim mekanizması öngörülmemiştir. Cumhuriyet Savcısı hatalı değerlendirme yaptığında, hukuka uygun deliller yok edilerek, ceza muhakemesi adeta bloke edilecek ve bir hukuk

devleti hukuka uygun delili başlangıçta yok ederek, maddi gerçeği aramaktan vazgeçecektir ki, bu, kabul edilemeyecek bir düzenlemedir. Kovuşturmama kararı bozulur veya iddianame iade edilir veya bölge adliye mahkemesi bu delile ihtiyaç duyar veyahut yargılamanın yenilenmesinde buna ihtiyaç duyulursa, bu delil yok edildiği için, yeniden elde edilmesi mümkün olmayacaktır.

Kaldı ki, hem yok edilip edilmediği, yani yok edilmeyip kullanılıp kullanılmadığı hem de bu yok etmenin “*derhal*” yapılıp yapılmadığının denetimi imkânı yoktur. Çünkü bu konuda bir tutanak düzenlenmesi gerekliliği madde metninde yer almadığı gibi, ilgisine -daha doğru bir ifadeyle ihtilafın tüm ilgililerine- haber verilmesi zorunluluğu da düzenlenmemiştir.

Gizli soruşturmacının elde ettiği diğer suçlarla ilgili m. 139’daki gibi bir düzenlemenin olmayışı önemli bir eksiklik olduğu gibi, CMK m. 138/2, CMK m. 140/4 ve 135/6’nın da düzenlemesine aykırıdır.

CMK m. 140/5 uyarınca, teknik araçlarla izleme koruma tedbiri kişinin konutunda uygulanamayacaktır. Teknik cihazların “*konutta uygulanmasının yasaklanması*”nın mutlak biçimde düzenlenmesi ve ağırlaştırılmış koşullarla bazı hallerde uygulanmasının yasaklanması yerindelik ve hukuka uygunluk açısından hatalıdır. Çocuk pornografisi, kara paranın aklanması vs. genelde evlerde/konut olarak kullanılan çiftliklerde gerçekleştirilir. Bu düzenleme, özellikle örgütlü suçlar mücadeleyi zayıflatacağı gibi, ayrıca bu eylemlerin evlerde yapılması eğilimini doğuracaktır. Organize suçluluk içindeki kişiler de kanunları takip edip, boşluklarından yararlandığına göre, bu hükmü kendi lehlerine suiistimal edeceklerdir. Örneğin

kanunun ilk şeklinde “*fuhuş amacıyla ülkeye insan sokma veya ülkeden insan çıkarma*” suçu CMK m. 140 kapsamında değildi. Görüldü ki, bu düzenleme hatalı ve ülkemizde çok yaygın ve organize biçimde işleniyor, 2005 tarih ve 5353 sayılı Kanun ile m. 140/1-a/6’ya eklendi. Oysa hem “*fuhuş*”un suç olmaması dolayısıyla maddede “*fuhuş*” denmesi hatalıdır, hem fuhuşla ilgili hükmün tümünün (başkasının ülkeye soktuğunu fuhşa sevk etme eylemleri dışlanarak) madde kapsamına alınmaması hem de “*özellikle ülkemizde bu eylemlerin evlerde yapılması*” göz ardı edilerek, CMK m. 140’ın konutta uygulanmayacağını kabul etmek hatalıdır. Sadece bu evlerde çalıştırılan kimselerden birisinin fırsat bularak insan ticaretiyle mücadele için kurulmuş ve polis ve jandarmaya ulaşılan bir telefon hattından bir ihbarın gelmesini bekleyerek BM’nin insan ticareti, kadın ticareti ve köleleştirme ve fuhşa aracılıkla mücadele için Türkiye’den beklediklerinin yerine getirileceğini ummak çok saflık olur. En azından bazı suçların ve belirli suçların ise organize şekillerinin soruşturulup kovuşturulması açısından bu tedbirin konutta da uygulanması yolu açılmalıdır. Madde metninin mevcut haliyle bu tedbirin konutta uygulanması yasak olduğundan, ilgili merci bu tedbirin konutta uygulanmasına karar veremeyeceği gibi, bu tür bir karar olsun olmasın konutta uygulanma halinde ilgili mevzuat gereğince eylem suç ve haksız fiil teşkil edeceği gibi, elde edilen deliller ve emareler de hukuka aykırı olacak ve ceza muhakemesinde hiçbir şekilde kullanılamayacaktır.

Bazen bir yer hem konut hem de işyeri olarak kullanılmaktadır. Bu gibi durumlarda, CMK m. 140’daki tedbirin uygulanıp uygulanmayacağı hususunda tereddüt yaşanacaktır. Madde metni bu açıdan bir açıklık içermemektedir. Amaca uygun yorumla, bu gibi durumlarda, o yer açısından CMK m. 140’daki tedbirin uygulanmaması gerektiği ve eğer uygulanırsa, buranın bir işyeri özelliği de olmasına karşılık, konut

özelliğinin de bulunması gerçeği ve 140. maddenin son fıkrasındaki yasak hükmü nedeniyle, bu uygulama ve bu surette elde edilen delilin hukuka aykırı olacağı düşüncesindeyiz.

Maddenin 3. fıkrasının uygulamada dikkatli ve amacına uygun biçimde uygulanması gerekmektedir. Bu fıkroda örgütün faaliyeti çerçevesinde işlenen suçlarla ilgili olarak tedbirin uygulanma süresi her defasında bir haftayı geçmemek üzere müteaddit defalar uzatılabilecektir. Suç ortaklığı (=iştirak) halleri örgütlü suçluluk gibi değerlendirilmemeli ve 3. fıkroda tedbirin süre açısından sınırlandırılmasına ilişkin hükmün arkasına dolanılmamalıdır; aksi takdirde kanuna karşı hile yapılmış olur ve elde edilen delil hukuka aykırı olduğundan ceza muhakemesinde hiçbir biçimde kullanılamayacaktır.

Madde metninde, hâkimin, gecikmesinde sakınca bulunan hal olduğu gerekçesiyle Cumhuriyet Savcısı'nın bu tedbire karar vermesine ilişkin kararını onaylamaması halinde, o ana kadar elde edilen delillerin akıbetinin ne olacağının düzenlenmesi unutulmuştur. Yorum yoluyla, bu gibi hallerde, eğer tedbir uygulanmamışsa uygulanmayacak ve çoğu kez gecikmesinde sakınca bulunduğu gerekçesiyle tamamen veya kısmen uygulanmış tedbir aracılığıyla elde edilen delillerin de hukuka aykırı olduğu varsayılmalı ve ispat veya diğer ceza muhakemesi işlemlerinde kullanılamayacağı kabul edilmelidir; tedbir halen uygulanıyorsa, uygulamaya derhal son verilmelidir.

CMK m. 140/4' de, ceza kovuşturması açısından gerekli olmadığı takdirde Cumhuriyet Savcısı'nın gözetiminde bu madde uyarınca elde edilen delillerin yok edileceği düzenlenmekle birlikte, bu yok etme yükümlülüğünün ne zamana kadar yerine getirileceği düzenlenmemiştir. Bunun için kanunda bir değişiklik yapılarak, azami bir süre sınırı

getirilmelidir. Yapılacak değişiklikte, hem Cumhuriyet Savcısı'nın bu "gerekli olmadığı" biçimindeki değerlendirmesi bir ölçüte bağlanarak denetime tabi tutulmalı ve hem de delillerin yok edilmesi açısından bir üst süre dilimi kabul edilmelidir.⁶⁰

Her üç önlem açısından, sanki bu önlemler sadece soruşturma aşamasında uygulanacakmış gibi düzenleme yapmak yerinde olmamıştır. Her ne kadar ilgili maddede şüpheli/sanık ve keza bazen kovuşturma terimi kullanılmış ise de, dava açıldıktan sonra da bu tedbirlere ihtiyaç duyulabileceği veya dava açıldıktan sonra bu tedbire başvurulduğunda delil elde edilebileceği ulaşılabileceği göz önünde tutularak, kovuşturma evresinde 'yetkili mahkeme'nin de bu tedbirlere karar verebileceği açıkça düzenlenmelidir.

CMK m. 135-137'den farklı olarak, gerek gizli görevli gerek teknik araçlarla izleme önlemi, aralarında tanıklıktan çekinme hakları olan kişiler arasındaki ilişkilerde de uygulanabilir. CMK m. 135'de bu tür bir engelleyici hükmün olması hem iletişim özgürlüğünün korunması ve tanıklıktan çekinme hakkının arkasına dolanılmasını engellemek hem de susma hakkı ve nemo tenatur ilkesini fiiliyata geçirmek gereğesidir. Buna karşılık, aralarında bu tür bir ilişki bulunan örgüt mensupları veya m. 140 kapsamındaki suçları birlikte işleyen

⁶⁰ Yeri gelmişken belirtelim ki, CMK m. 138/2'deki kısıtlayıcı hüküm gibi CMK m. 140/4'deki "elde edilen delillerin maddede sayılan suçlar dışında kullanılmasının yasak olduğu" biçimindeki hüküm de değiştirilerek, hukuka uygun biçimde elde edilen ve kanuna karşı hileye başvurularak sırf bu önlemlerin uygulanması için suçun hukuksal nitelemesinde maksatlı değişikliğe gidilmemek kaydı ile, bu delillerin hangi suça ilişkin olurlarsa olsunlar hukuka uygun oldukları ve her tür suç açısından kullanılacaklarının kabulü kanımızca daha yerinde olacaktır.

kimselerin izlenmesi açısından bu tür bir hukuksal engel bulunmamaktadır.

Belirtmek gerekir ki, CMK'daki bu yeni koruma tedbirlerinin her üçünde de (Bkz., CMK m. 135 vd, 139 ve 140) öngörülen önemli bir önkoşul *"başka surette delil elde edilememesi"* koşuludur. Kanun koyucu bu tedbirler arasında bir ağırlık veya öncelik sıralaması yapmamıştır. Acaba hangisine önce başvurulmalı ve sonuç alınamayınca bu üçünden hangisine ikinci veya üçüncü olarak başvurulmalıdır? Diğer bir önemli sorun ise, acaba bu tedbirlerin üçünün de uygulanması mümkün bir suç açısından her üçü de aynı anda uygulanabilir mi? Yoksa yukarıda değinilen önkoşul buna engel midir? Eğer aynı önkoşul bir hipotez olarak her birisi açısından değerlendirilirse, her birinin varlığı diğeri açısından başka surette delil elde edilememesi koşulunu ortadan kaldıracak ve bu tedbirlerden hiçbirine başvurulamayacaktır. Öncelikle belirtelim ki, tereddütlerin ortadan kaldırılması, bu üç tedbir arasındaki öncelik/sonralık, ağırlık/hafiflik sıralamasının kanunda düzenlenmesi ve hepsinden önemlisi de her üç tedbirin aynı anda uygulanabilme olanağı kanunla kabul edilmelidir; örgütlü suçlulukta buna ihtiyaç vardır. Madde mevcut haliyle, zaten oldukça dar uygulanma olanağı bulunan bu tedbirlerle elde edilen delillerin, *"başka surette delil elde edilememe"* koşulunun (bu üç tedbirden uygulanan dışındaki ikisine veya ikisinden birine atıfta bulunularak, bu önleme başvurulduğunda da aynı delile ulaşılabilirdi hipoteziyle) gerçekleşmediği ve elde edilen delilin bu kanuni koşula uyulmayarak elde edildiği ileri sürülüp kullanılmasının engellenmesi girişimlerine (hatalı olarak) açık kapı bırakmaktadır. Bu üç tedbir diğer klasik tedbirlerden bir sonuç alınamayınca devreye sokulabilir. Bununla birlikte, madde metninde bu tür bir değişiklik yapılmaya kadar, kanundaki düzenleniş sırasını bir önem/ağırlık sıralaması olarak kabul

53

ederek daha sonra düzenlenenin öncesine nazaran daha hafif olduğu ve birinin uygulanabilmesi için kendisinin yanında düzenlendiği yer/sıralama itibarıyla kendisinden önce düzenlenen önlemlerle delil elde etmenin olanaksız olması gerektiği biçimde anlaşılır uygulanmalıdır.

CMK m. 139 ve 140 açısından verilecek hâkim (=ve mahkeme) veya savcı kararında nelerin bulunması gerektiği madde metninde belirtilmemiştir. CMK m. 135’de bu düzenlemeye yer verildiği halde, bu iki maddede bu yapılmamıştır. Oysa bu hem hukuka uygun bir uygulama ve ispat hem de uygulayan kimsenin ihlallerini önlemek açısından bu husus çok önemlidir. Maddede gerekli değişiklik yapılmaya kadar, m. 135 hükmünden de yararlanılarak, m. 139 ve 140’ın içerik, amaç ve anlamına uygun biçimde gerekli verilerin uygulamada bu kararda gösterilmesi yerinde olacaktır.

CMK m. 135-140’daki koruma tedbirlerinin haksız uygulanmaları olasılıklarının da, CMK m. 140-144’de düzenlenen haksız koruma tedbirlerinin uygulanması veya temel hakların öğretilmemesi veya yararlanılması için olanakların sağlanmaması ya da engellenmesi veyahut tedbirlerin ölçsüz uygulanması vs. zarar görene tazminat verilmesine ilişkin hükümler içinde düzenlenmeyişi hatalıdır. Bu hükümlerin sadece ‘özgürlüğün kısıtlanması hallerine odaklı düzenlenmesi hatalıdır. Her ne kadar, bu gibi durumlarda idare hukuku ve özel hukuk mevzuatının tazminata ilişkin hükümlerinin uygulanmasıyla sakınca bir ölçüde giderilebilecek ise de, CMK m. 141-144’de düzenlenmesi hem uygulanma kolaylığı ve usul hem de ilave bazı lehe hukuksal sonuçları nedeniyle (örneğin m. 140/1-e’de olduğu gibi bir hüküm bu halleri de kapsayabilirdi) daha yerinde olurdu. Özellikle özel yaşama verilen önem ve manevi zararın karşılanması gereği bu surette

daha iyi vurgulanırdı. İleride yapılacak kanun değişikliği ile, CMK'nın 141-144. maddeleri kapsamına CMK'nın 135-140. maddelerindeki tedbirlerin tümü alınmalıdır. Bu hem amaca uygun olacak hem de CMK aracılığıyla elde edilemeyen ve fakat bu tedbirlerin haksız uygulanmasına dayalı tazminat taleplerinin özel hukuk veya idare hukuku davalarıyla ileri sürülen taleplere dönüşmesi ve uygulama ve sonuç farklılıklarına yol açılmasını engelleyecektir.

Burada CMK m. 135-140. maddelerde düzenlenen oldukça ağır ve fakat çok önemli koruma tedbirleriyle elde edilen delillerin yargılamada kullanılmasını engelleyebilecek ve bu tedbirlerin uygulanması suretiyle hukuka uygun biçimde elde edilmiş delillerin Cumhuriyet Savcısı ile müdafii ortak kararlarıyla sonradan yargılama sırasında yasak delil haline dönüştürülüp ispatta kullanılmasının engellenmesine olanak veren sakıncalı bir hükme de değinilmesi gereklidir: CMK m. 206/3: "Cumhuriyet Savcısı ile sanık veya müdafii birlikte rıza gösterirlerse, tanığın dinlenmesinden veya başka herhangi bir delilin ortaya konulmasından vazgeçilebilir.," Bu haliyle CMK m. 206/3, burada değinilen tedbirlerle elde edilen delilleri de içeren ve hukuk devletinde yeri olmayan bir hükümdür. Özellikle organize suç ve CMK m. 135-140'daki koruma tedbirlerinin kapsamındaki suçlarda suiistimallere çok açıktır. Madde değiştirilerek bu fıkra kanundan çıkarılmalı ve bu yapılmıyaya kadar da Cumhuriyet Savcılarının bu maddenin aradığı uzlaşmaya olumlu cevap vermemeleri gerekir. Her ne kadar benzer bir hüküm 1412 sayılı CMUK'da da (m. 238/4) var idi ise de, hem o hüküm de çağdaş ceza muhakemesi kurallarıyla uyumlu değildi hem de o eski CMUK'daki hüküm yeni CMK'nın 206/3. maddesine nazaran daha sağlıklı bir içeriğe sahipti. Örneğin mülga 238/4. maddede katılan (=müdahil)in de iradesine başvurulmakta ve keza mülga 238/2. maddenin (g) bendi

53

çok önemli bir koşulu içermekteydi. Mevcut haliyle CMK m. 206/3'ün uygulanmasında yetkili mahkemenin bu delilin irad ve ikamesinden vazgeçme süreç ve karar aşamasının dışında tutulması tehlikesi var olduğu gibi, katılanın dinlenmek üzere duruşmaya getirdiği ve kendisi lehine olan bir delilin (örneğin tanığın) katılanın iradesi dikkate alınmaksızın duruşmada irad ve ikamesinden vazgeçilebilecektir ki; bu, amaca, ceza muhakemesinin amaç ve ilkelerine ve yargılamanın diyalektik mantığına ters bir durumdur.

CMK m. 217/2 her tür hukuka aykırı delilin ispatta kullanılmasını yasaklamaktadır. Madde metni bu açıdan geniş ve özellikle ifade ve sorguya ilişkin CMK m. 148 yanında (tıpkı mülga CMUK m. 135/a ve 254/II gibi) düzenlenmesi yerindedir. Ancak, CMK m. 217/II'nin sadece "ispat" yargılaması açısından yasak getirmesi hatalıdır.

Bu konuda AY m. 38'de yetersiz olup, "kanuna aykırı biçimde elde edilmiş" "olgular"dan söz edilmesi nedeniyle amaca aykırı ve hatalıdır (kaldı ki, ceza hukuku dışındaki hukuk dalları için hüküm içermemesi de AY. m. 38'in başka bir eksikliğidir). Oysa ispat faaliyeti dışında da bu hukuka aykırı delillerin kullanılması yasaklanmalıydı. Bu bağlamda, mülga CMUK'un 254/2. maddesi düzenlemesinin ifade açısından daha yerinde ve sağlıklı bir düzenleme olduğunu belirtmeliyiz. Yapılacak değişiklikle, bu delillerin ceza muhakemesinde hiçbir şekilde kullanılamayacağı belirtilmeli ve bu kanun değişikliği yapıncaya kadar AY m. 38'de "kanuna aykırı" "bulgular" gibi oldukça hatalı ifadelerle düzenlenen ve sonuç olarak bunların "delil olarak kabul edilemeyeceği" hükmü ile birlikte uygulanarak, bu incelediğimiz tedbirlerin uygulanması suretiyle dahi olsa, hukuka aykırı biçimde elde edilen veya sonradan hukuka aykırı hale getirilen delillerin hiçbir

safha veya evrede ve hiçbir biçimde kullanılamayacağı kabul edilmelidir.⁶¹ CMK m. 206'daki "*kanuna aykırı delil*" ifadesi, AY. m. 36, 38 ve CMK m. 217 ve 288/2'nin de yardımıyla, "*hukuka aykırı delil*" biçiminde anlaşılmalıdır. Bu hukuka aykırılığın ise, büyük-küçük, önemli-önemsiz veya şekli-maddi hukuka aykırılık biçiminde bir ayırımı tabi tutulması kabul edilemez; hukuka aykırılık ile delil ve ispat kavramları hiçbir surette birbirleriyle bağdaşamaz kavram ve olgulardır.

Hukuka aykırı delillerin dosyaya girişini engelleyen bir hükmün olmayışı gibi girmiş ve hukuka aykırılığı anlaşılan delilin dosyadan çıkarılmasını düzenleyen bir hükme yer verilmesi de hatalıdır. Bu açıdan CMK m. 206/2-a hükmü hukuka aykırı delilin dosyaya girmesini engelleme açısından kısmi bir işlev icra edebilecek ise de, dosyaya giren bir hukuka aykırı delilin dosyadan çıkarılması mekanizması düzenlenmediği için; önceki kanuni mevzuat ve uygulamamızdaki sakıncalar devam edecektir. Hatta CMK m. 230/1-b ve 289/1-i hükümleri karşısında hukuka aykırı delillerin dosyadan çıkarılmayacağı ve dosyada muhafaza edileceği, yeni mevzuat düzenlenirken bu tür bir amacın güdüldüğünü (maalesef) müşahede edemeyiz. Yapılacak bur kanun değişikliği ile, bu yöndeki kararın yasal çarelerin de olduğu basamaklı bir denetim sonucu dava dosyasından çıkarılması ve esas (=olay) hakiminin bunlarla temasının engellenmesi usulünün kabul edilmesi acil bir zorunluluktur.

⁶¹ Olması gereken hukuk açısından, AY. m. 38'de adil yargılanma ve özellikle de hukuka aykırı delil ve emarelere ilişkin hükmün yalnızca ceza muhakemesine ilişkin düzenlendiği kanısını uyandıran kötü ifade biçimi değiştirilmeli ve bu düzenlemelerin tüm hukuk branşları açısından geçerli olduğunu belirtir ifadeler AY'nin bu hükmüne eklenmelidir.

53

Bu üç önleme de, gecikmesinde sakınca bulunan hallerde (m. 139'daki durum hariç, sonradan hâkim denetimi sağlansa dahi) Cumhuriyet Savcıları da karar verebilecektir. Burada uygulama açısından dikkat edilmesi gerekli bir husus, gecikmesinde sakınca bulunmadığı halde Cumhuriyet Savcısı bu tedbire karar verse (sonucunda bir delil elde edilse dahi, bundan bağımsız olarak) bu tedbir uygulamasının ve bu surette elde edilen delilin hukuka aykırı olacağı, hem tazminat sorumluluğu, hem cezai ve/veya disiplin sorumluluğu gerektireceği hem de bu surette elde edilen delillerin muhakemede hiçbir surette kullanılmayacağıdır. Önemli olan, tedbire başvuru-karar anıdır; tedbirin uygulanışı ve sonucunda elde edilenlerin hukuka uygunluğu için, mevcut delil ve koşulların, gecikmesinde sakınca olduğunu açıkça ispat etmesi gereklidir: bu açıdan, tedbir sonucunda bir delilin elde edilip edilmemesi ve eğer elde edilmiş ise bunun niteliği ve önemi bu hukuka uygunluk değerlendirmesinde dikkate alınamaz.

Bu önlemlere ilişkin kanuni sürelerin hangi andan itibaren başlayacağı (karar anı mı?, uygulamaya başlama anı mı? Kararı icra edecek merciin öğrenme anı mı? vs.) konusunda açıklıkla düzenlenmemekle birlikte, bu süreleri ilgili tedbire karar verildiği andan itibaren başlatmak gereklidir. Bu tedbirlerin uygulanmaya başlama anında süreyi başlatmak kötüye kullanmaya müsait bir yaklaşım olur.

Bununla birlikte, CMK m. 140/3'de sürenin uzatılması açısından bir üst sınır düzenlenmemiş olup, bu uzatma kararına rağmen duruşma tamamlanırsa, kovuşturma evresinin hüküm (=karar) safhası veya kanun yolu aşamasında da bu tedbirlerin uygulanıp uygulanmayacağı CMK'da açıkça düzenlenmemiştir. Ancak, amaca göre yorum kuralı uyarınca, uzatma karar ve olanağına karşın, bu tedbirler açısından yazılı

olmayan üst süre/uygulanma zamanı sınırının duruşmanın bittiği/tamamlandığı an olduğu kabul edilmeli ve bu andan sonra tedbirin uygulanmasına son verilmelidir. Arta kalan bir süre diliminin kanun yolu aşamasından sonra yeniden açılan kovuşturma süresinde (eksik kısım tamamlanıncaya kadar) uygulanmaya devam edilip edilemeyeceği ve keza kanun yolu aşamasından sonra dahi ihtiyaç olduğunda bu tedbirlerin yeniden uygulanıp uygulanmayacağına ilişkin madde metninde bir hüküm olmamakla ve olması gereken hukuk açısından aksi görüş savunulabilir olmakla birlikte, maddenin mevcut haliyle bu olasılıkların mümkün bulunmadığı ve uygulanması halinde hukuka aykırı olacağı kabul edilmelidir.

Keza, bu süreli tedbirlerin uygulanmasına başlayınca, araya kesinti girmemeli ve sürenin uzatılması halinde de asıl ilk süre ile uzatma süreleri arasına zaman kesintisi girmemelidir. Aksi bir tutum, süre sınırlamasının amacına aykırı olacağı gibi, süre ve uzatma sınırı açısından getirilen düzenlemenin arkasına dolanma sonucunu verecektir ki, hukuka uygun bir tutum olmayacak ve bu tür bir uygulama hukuka aykırı olacağından elde edilen delili de hukuka aykırı hale getirecektir. Süre bir kez başlamalı ve eğer uzatmak için gerekli koşullar ve karar varsa asıl sürenin bitimi anından itibaren bu uzatma süresi de işletilerek önlemin uygulamasına son verilmelidir. Gerek bu yüzden gerek sürelerin kısa zaman dilimlerini içermesi nedeniyle, bu önlemlerin çok dikkatlice uygulanması gerekmektedir; aksi halde aynı olayla ilgili olarak ikinci kez uygulanması olanağı bulunmadığı gibi, uygulanma anı doğru tespit edilemeyince süre açısından olanak olmadığı ve erken bir zamanda uygulanmaya başlandığı için, birçok önemli delilin hukuka uygun biçimde elde edilmesi olanağı-fırsatı kaçırılacaktır; bu hususta tedbiri talep eden ve uygulayan mercie önemli bir görev düşmektedir.

Bu tedbirler açısından getirilen “başka suçlara ilişkin soruşturma veya kovuşturmada kullanılamaz” yasağı, tüm suçlar için geçerli olup, bu yasak kapsamında olmakla birlikte, gerek suç tipinin yapısı gerek bu suçlara öngelen ve mevzuatta ayrıca suç olarak düzenlenen başka eylemlere ilişkin suçların, başka bir ifadeyle bu tedbirlerin uygulanabildikleri suçlara öngelen diğer suç tipleri açısından da hem bu tedbirler uygulanamayacak hem de bu tedbirlerin uygulanması suretiyle elde edilen deliller belirttiğimiz su (öngelen) suçlara ilişkin soruşturma veya kovuşturmalarda delil olarak uygulanamayacaktır.

Bu bağlamda, gerek tedbirin uygulanması sonrasında soruşturma veya kovuşturma sırasında gerek kanun yolu aşaması sırasında veya sonrasında suç tipinde bir tavsif değişikliği olursa, bu tedbirlerin uygulanması suretiyle elde edilen delillerin bu suçlara ilişkin soruşturma veya kovuşturmalarda uygulanıp uygulanmayacağı hususunda, tavsif değişikliği sonrasında varlığı kabul edilen suç tipinin ilgili kanun hükmü gereğince o tedbirin uygulanabilmesi mümkün bir suç tipi olup olmadığına göre bir sonuca ulaşılmalıdır. Aksi bir uygulama hem suiistimallere imkân tanıyacak hem de tedbiri talep eden veya karar veren merciin hatası ilgili kimse aleyhine yorumlanıp uygulanacaktır ki, bu hem hukuk mantığına hem de ilgili hükümlerin dar yorumlanması gereken bu istisnai hükümler amacı dışında bir uygulanma alanına kavuşturulduğundan çeşitli hukuka aykırılıklara ve kanun koyucunun iradesiyle çelişiklere neden olunacaktır.

CMK m. 135-140’ın uygulanması açısından her üç önleme başvurulabilmesi için, suç işlendiğine ilişkin kuvvetli şüphe sebeplerinin bulunması koşulu aranmaktadır ki, bu hatalı ve madde metninin amaca ve hukuka uygun biçimde uygulanmasını engelleyecek bir husustur. Bu tedbirlerin uygulanabil-

mesi açısından koruma tedbirlerinin genel koşulları yanında bazı özel koşulların aranması (bu arada “*başka surette delil elde edilememesi*” koşulu için gerekli düzeltmenin yapılması kaydıyla) mümkün ve gereklidir. Ancak, unutulmamalıdır ki, bu tedbirler esasında, “*kuvvetli şüphe sebebi*” elde etmek ve dava açıp yargılamada kullanılmak için başvurulmaktadır. Önemli olan basit şüphe veya delil veya emareye dayalı olmayan yalın kuşku üzerine bu tedbirlere başvurulmamasıdır. Çünkü bu tedbirler nitelik ve sonuçları açısından oldukça ağır ve temel haklara yoğun müdahaleyi içermektedir ve diğerlerine nazaran başvurulma koşulları ağırlaştırılmalı ve “*son çare*” olarak başvurulmalıdır. Fakat, “*kuvvetli şüphe sebebinin varlığını*” aramak, dava açmak için yeterli delilin bulunmasını aramakla eşdeğer olup, çoğu kez de dava açıldıktan sonra bu tedbire başvurulmasını ve bu süreçte de çoğu delilin karartılmasına veya ele geçirilmesi olanağının kaçırılmasına neden olunacaktır. Başka bir ifade ile diğer genel ve özel koşullar yanında “*kuvvetli şüphe*”yi aramak, neredeyse bu tedbirlerin hiç uygulanamayacağı anlamına gelecek veya tıpkı geçmiş ceza muhakemesi uygulamamızda “*gecikmesinde sakınca bulunan hal*” kavramında yapıldığı gibi, kuvvetli şüphe kavramının içerisinin boşaltılmasına neden olunarak daha sakıncalı bir uygulamaya zemin hazırlanacaktır. Cezip edici ve kurtarıcı bir terim gibi görünen bu terim, esasında hem gereksiz hem de önlemin niteliği ve amacına aykırıdır. Amaç, delilsiz veya çok basit başlangıç şüphesi (ve de diğer koşullar bulunmaksızın) bu tedbirlere başvurulmaması zorunluluğudur; madde metninde diğer koşullara ilişkin ifade düzeltmeleri yapıldığında bu ifade biçimi de değiştirilmelidir.

Yukarıda belirtilen koruma tedbirleri açısından çok daha fazla karşımıza çıkan ve delil/ispat sistemimizi derinden etkileyen bir soruna da burada değinilmelidir: Bu koruma tedbir-

leri aracılığıyla elde edilen deliller veya bunların ses-görüntü veya fotoğraf biçimindeki kayıtlarına ilişkin olarak, doktrin ve uygulamamızdaki egemen görüş, bunların tek başlarına delil olarak kabul edilemeyecekleri veya ispat güçlerinin bulunmadığı, bunların bir olguyu ispatı için, diğer yan delillerle desteklenmeleri gerekmektedir. Bu sorunun başlangıcı çok eski tarihli bir Anayasa Mahkemesi kararı⁶² olup, daha sonraki Yargıtay kararlarında bu görüşün lehinde ve aleyhinde kararlar verilmiş ve henüz bir istikrarlı içtihat oluştuğu söylenemez. Oysa, bunlar ceza muhakemesinde (delilin özelliklerini taşımaları kaydı ile) pekala delil olurlar ve ispat aracı olarak kullanılabilmeleri için ayrıca yan delillerle desteklenmelerine gerek bulunmamaktadır. Esasen bizi bu konulara ilişkin koruma tedbirlerinin CMK'da düzenlenmeleri dahi, aksi yöndeki uygulama ve bunu destekleyen doktriner görüşlerin geçersizliğini ortaya koymaktadır. Kaldı ki, bunlar üzerinde değişiklik, fotomontaj vs. neredeyse %100 yakın bir oranda saptanabildiği gibi, sağlamlık veya delil karartılması iddiaları tüm deliller açısından söz konusu edilebilir. Delil olarak kullanımı ile ispat gücü açısından her somut olayın özellikleri ve duruşmada irad ve ikame edilen tüm delillerin birlikte ve külli olarak değerlendirileceği gerçeği birbirine karıştırılmayarak ve CMK'ya aykırı biçimde sun'î bir deliller hiyerarşisi yaratılıp bu tür delilleri zayıf ve ispat gücü olmayan veya ispat gücü

⁶² Anayasa Mahkemesi, 19.08.1971., E. 1971/41, K. 1971/61. (Kararın esaslı noktaları ve gerekçesi için bkz., Yurtcan, Erdener, *Ceza Yargılaması Hukuku*, 11. Bası, İstanbul 2005, s. 298-299). Buna karşılık, Anayasa Mahkemesi daha sonra bir siyasi partinin kapatılmasına ilişkin 16. 01. 1998 tarihli kararında bu delillerin yasadışı yollardan elde edilmemeleri kaydı ile delil olarak kabul edileceklerine karar vermiştir (Bkz., Anayasa Mahkemesi, 16.01.1998., E. 1997/1, K. 1998/1). Yargıtay ise, birçok kararında bu delillerin 'tek başlarına' delil olarak kabul edilemeyeceklerine karar vermiştir.

kazanmaları için diğer delil veya emarelerle desteklenmeleri gerektiği gibi ne mantık ve hukuka ne de ceza muhakemesi ispat araçları, metotları ve ilkelerine uygun olmayan görüş ve uygulama terk edilmelidir.

Ceza muhakemesinde kıyas mümkündür. Ancak bu kural da istisnasız bir dogma olmayıp, özellikle şüpheli ve sanık haklarının korunması amacıyla iki önemli istisnayı havidir. İstisnai hükümler ve temel haklara müdahale niteliğindeki düzenlemeler. Koruma tedbirleri temel haklara müdahale niteliğinde olup, yapıları gereğince, gerek düzenleniş ve gerek uygulanışları açısından kısmen de istisnai karaktere sahiptirler. Bu nedenle, CMK'da düzenlenmeyen koruma tedbirlerinin hukuk veya kanun kıyası yoluna başvuru olarak uygulanması hukuka aykırı olacak ve çoğu kez de keyfiliğe yol açacaktır. CMK'da olmayıp da diğer yabancı kanunlarda mevcut koruma tedbirlerine ihtiyaç varsa hukuksal garantiler ve olması gerektiği gibi düzenlenmelidir; düzenlemenin olmaması çoğu kez hukuka ve kanuna aykırı yollara veya kanuna karşı hilelere başvurulmasını teşvik etmekte ve tetiklemektedir. MOBESE sisteminin güvenlik amaçlı kullanımı bir ölçüde tolere edilebilir ve yan mevzuat buna cevaz veriyor tarzında anlaşılabilirse da, buradan elde edilen delillerin adli vakıaların aydınlatılmasında kullanımı halen çok tartışma götürür ve sorunludur: mutlaka ayrıntılı düzenleme yapılması gerekmektedir. Çünkü bu sistemin zaman ve yer açısından yaygın kullanımı, hem koruma tedbirlerinin amacı, unsurları ve özelliklerine aykırı olacak hem de koruma tedbirleri için öngörülen sürelerin ihlali anlamına gelecek ve adeta kişilerin özel yaşamına ve hatta gizli alanına müdahale niteliğini alacaktır. Örneğin kişisel verilerin karşılaştırılması, DNA veri bankası kurulması, delil veya emarelerin ilerideki adli ve güvenlik amaçlı kaydı vb. alanında düzenlemeye ihtiyaç bulunmaktadır. Burada düzenleme olmadan kıyas

yoluyla uygulamaya gidilmemelidir. Aynı şekilde mevcut bir koruma tedbiri de uygulanırken, içerdiği konu, koşul, yetki, zaman vs. açılarından uygulanma alan ve olasılıkları kıyas yoluyla genişletilmemelidir.

Bu bağlamda son olarak başka bir hususa da değinilmelidir: Her ne kadar, TCK'nın 133. maddesinde kişiler arasındaki aleni olmayan konuşmaların kaydedilmesi, bunlardan yarar elde edilmesi, başkalarına verilmesi veya başkalarının bilgi edinmesini temin etme suç ise de, bu madde metnini kapsam ve ispat açısından iyi analiz etmek gerekir: Bu yasak kapsamındaki konuşmalar aleni olmayan konuşmalar olup, aleni konuşmaları içermemektedir. Diğer yandan, CMK'nın koruma tedbiri olarak bu tür konuşmaların kaydına izin verdiği hallere özgü hükümler hukuka uygun icra edilirse, bu yasağın kanuni bir istisnası var kabul edilmelidir. Yine, belirtilen konuşmalar kaydedilmeyip, bizzat ilgili kimse tarafından bir telefonun telesekreterine konuşularak kaydına olanak tanınmışsa, sms veya e-mail gönderilmiş ve sanal ortamda (özel bir kayda gerek olmaksızın) her zaman ulaşılabilir biçimde gönderim üzerine kaydedilmişse, internet ortamında 'sohbet odalarında yapılan ve o ortamda bulunan (sınırlı da olsa aleniyetin varlığına yetecek sayıda) kimsenin huzurundaki konuşmalar veya yazılar TCK'nın belirtilen maddesi kapsamında değildir ve buraya aktarılan veriler (CMK m. 138'de özel bir düzenleme bulunmasa dahi) hukuka uygun ele geçen veya gönderilmiş veriler olup, ilişkin oldukları hususların ispatında delil veya emare olarak kullanılabilirlerdir.

Daha önce 466 sayılı “*Kanun Dışı Yakalanan veya Tutuklanana Tazminat Verilmesi Hakkında Kanun*” (kısaca Tazminat Kanunu) ile düzenlenmiş bulunan haksız veya hukuka aykırı olarak yakalanan veya tutuklananlara tazminat ödenmesi konusu, Ceza Muhakemesi Kanunumuzun 141-144 maddelerinde düzenlenmiş bulunmaktadır.

23.3.2005 tarih ve 5320 sayılı “*Ceza Muhakemesi Kanununun Yürürlük ve Uygulama Şekli Hakkında Kanun*”un 18/1-c maddesi ile 466 sayılı Tazminat Kanunu yürürlükten kaldırılmıştır.

Ceza Muhakemesi Kanunu’nda;

- Eski kanunumuzda sadece yakalama ve tutuklama halinde tazminat öngörülmüşken, Ceza Muhakemesi Kanunu’nda arama ve el koyma halinde de bu koruma tedbirlerinden ötürü meydana gelen zararların tazmini konusu düzenlenmiştir.

- İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi içtihatlarıyla uyumlu olarak “*kanuna uygun olarak tutuklandığı halde makul sürede hakkında hüküm verilmeyen*” kimselerin de devletten uğradıkları maddi ve manevi zararların tazminini talep etmeleri olanağı sağlanmıştır (CMK 141).

• Mevzuatımızda yargılamanın yenilenmesi sonucu beraat edenlere tazminat ödenmesine ilişkin bir hüküm bulunmaktayken, yeni kanun ile bu konu da düzenlenerek, bu durumda olan kimselerin zararlarının giderilmesi esası getirilmiştir. Bu zararların tazmini konusunda da 141 ila 144. maddeleri hükümleri geçerli olacaktır (m. 323/3). Böylece hukukumuzdaki çok önemli bir eksiklik giderilmiş ve İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi'ne eklenen 7 nolu Protokol'ün 3. maddesinin 1998 tarihli 11 nolu Protokol ile değişik hükmünün öngördüğü bir gereklilik yerine getirilmiştir. Bu hükmün, ülkemizin Strasburg Mahkemesi'nde mahkûm olmadan benimsenmiş olması çok ileri bir adımdır.⁶³ Keza Türkiye tarafından onaylanan Kişisel ve Siyasal Haklar Uluslar Arası Sözleşmesi'nin 14/6 maddesi de bir suçtan dolayı mahkûm olup da bu mahkûmiyetin adli hata dolayısıyla kaldırılmış olduğu hallerde bu kimseye tazminat ödenmesi hükmünü amirdir.

• Koruma tedbirlerinden dolayı doğan zarar devletçe ödenecek olmakla beraber, devletin koruma tedbiriyle ilgili olarak görevini kötüye kullanan kamu görevlisine ve iftira eden veya yalan tanıklıkta bulunana rücu edeceği hükmü konmuştur.

⁶³ Bkz., Hakeri, Hakan, *Haksız Yakalanan ve Tutuklanana Tazminat Verilmesi*, Ankara 1999, s. 179.

1. 466 sayılı Kanun'da sadece yakalama ve tutuklamadan doğan zararların tazmini düzenlenmiş bulunduğundan, diğer koruma tedbirlerinden dolayı doğacak zararlar genel prensipler çerçevesinde mümkün olduğunca tazmin edilebilmekteydi.⁶⁴ Ceza Muhakemesi Kanunu ise yakalama ve tutuklamanın dışında, arama ve el koyma koruma tedbirlerinden doğan zararlar ile ilgili olarak da tazminat ödenmesi olanağını sağlamıştır ve bu itibarla kanunun söz konusu bölümünün ismi "*Koruma Tedbirleri Nedeniyle Tazminat*" olarak belirlenmiştir. Ancak, hemen belirtmek gerekir ki, yakalama, tutuklama, arama ve el koyma dışındaki koruma tedbirlerinden doğan bir zarar söz konusu olduğunda, artık yeni Ceza Muhakemesi Kanunu hükümleri değil, genel prensiplere göre mümkün olduğu takdirde zararların devlet tarafından giderilmesi söz konusu olacaktır.

2. Yakalama ve tutuklama halinde tazminat nedenleri esas itibarıyla 466 sayılı Kanun'dan farklı değildir. Ancak madde

⁶⁴ Bkz., Hakeri, Hakan, "Yargıcın Yargısal Görevlerinden Ötürü Devletin Sorumluluğu", *Hukuk Kurultayı 2004*, C. 1, *Hukuk Devleti*, Ankara 2004, s. 208-217.

55

141/1-d’de yeni bir tazminat sebebi benimsenmiştir: Kanuna uygun olarak tutuklandığı hâlde makul sürede yargılama mercii huzuruna çıkarılmayan ve bu süre içinde hakkında hüküm verilmeyen kimseler de tazminat hakkına sahiptirler.

3. Buna karşılık el koyma halinde şartları gerçekleşmediği halde, el koyma tedbiri uygulanması veya el konulan eşyanın korunmaması veya eşya veya diğer mal varlığı değerlerinin amaçları dışında kullanılması veya zamanında iade edilmemesi birer tazminat sebebi olarak kabul edilmiş bulunmaktadır.

4. Arama halinde ise, aramanın şartlarının gerçekleşmemesine rağmen arama kararı alınması ve uygulanması; yakalama, tutuklama ve el koymadan farklı olarak bir tazminat sebebi olarak öngörülmemiş, sadece arama kararının uygulanması ile ilgili bir tazminat sebebi belirlenmiştir: *“Hakkındaki arama kararı ölçüsüz bir şekilde gerçekleştirilen”*.

5. 141. maddenin ikinci fıkrasına, eski tazminat kanununda bulunmayan bir hüküm isabetli olarak eklenmiştir: Buna göre, bir kimse kanuna uygun olarak yakalandıktan veya tutuklandıktan sonra, o kimse hakkında kovuşturmaya yer olmadığı veya beraat kararı veren merci; gözaltı veya tutuklulukta geçirdiği sürelerin hükümlülük sürelerinden fazla olduğu kişiler hakkında mahkûmiyet kararı veren merci ve yakalanıp veya tutuklanıp da, suç için kanunda öngörülen cezanın sadece para cezası olması nedeniyle zorunlu olarak bu cezaya hükmeden merci, ilgiliye tazminat hakkı bulunduğunu bildirir ve bu husus verilen karara geçirilir. Esasen bu hüküm, Anayasa’nın 40. maddesine, 3.10.2001 tarih ve 4709 sayılı Kanun’un 16. maddesi ile eklenen *“devlet, işlemlerinde, ilgili kişilerin hangi kanun yolları ve mercilere başvuracağını ve sürelerini belirtmek zorundadır”* hükmünün bir sonucudur.

6. Başvuru Süresi: Bu konuda Tazminat Kanunu'nda olduğu gibi 3 aylık süre benimsenmiş, ancak bu sürenin ila nihaye uzamasını önlemek bakımından “her halde karar veya hükümlerin kesinleşme tarihini izleyen bir yıl içinde” hükmü konulmuştur (m. 142/1). Uygulamada beraat kararları tebliğ edilmediği sürece bu sürenin başlamadığı kabul edilmekte ve bu nedenle başvuru süresinin başlaması uzayabilmekteydi. Bu hükümle birlikte, karar veya hükümlerin kesinleşme tarihini takip eden en geç bir yıl içinde dava açılmalıdır. Kesinleşmenin öğrenilmesinin bu bir yıllık süre sonrasında olması halinde, artık dava açılmayacaktır.

7. Yeni bir hüküm olarak dava dilekçesinin ve eki belgelerin Devlet hazinesinin kendi yargı çevresindeki temsilcisine tebliğ edileceği ve varsa beyan ve itirazlarını on beş gün içinde yazılı olarak bildirmesinin isteneceği kuralı kanuna konmuştur (m. 142/5).

8. Bilindiği üzere, Anayasa'nun 19/son maddesine 3.10.2001 tarih ve 4709 sayılı Kanun'un 4. maddesi ile eklenen bir hüküm ile uğranılan zararların “tazminat hukukunun genel prensiplerine göre” ödeneceği esası benimsenmiştir. Bu hüküm, Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 142/6 maddesine de alınarak, hem Anayasa ile uyum sağlanmak, hem de uygulamada mağdurların zararını gerçekten de tazmin etmekten uzak olan düşük tazminat miktarlarına hükmedilmesini önlemek amaçlanmıştır.⁶⁵

9. Tazminat Kanunu'ndan farklı olarak Ceza Muhakemesi Kanunu tazminat davasına duruşmalı olarak bakılmasını

⁶⁵ Bu konuda bkz., Hakeri, Hakan, “Anayasa Değişik Madde 19/son Anlamında Tazminat Hukuku'nun Genel Prensiplerine Göre Haksız Yakalama ve Tutuklamalardan Doğan Zararların Giderilmesi Sorunu”, Prof. Dr. Ünal Tekinalp'e Armağan, C. III, İstanbul 2003, s. 767-783.

benimsemiştir (m. 142/7). İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi, Tazminat Kanunu'na dayanarak tazminat isteminde bulunan Göç'ün başvurusu üzerine vermiş olduğu kararında, başvurucuya gözaltında tutulmasının yarattığı kaygı ve üzüntüden kaynaklanan manevi zararlarını ilk derece mahkemesi önünde sözlü olarak açıklama imkânı tanınması gerektiğine karar vermiştir. Mahkemeye göre, bunlar yalnızca dava dosyası incelenmek suretiyle karara bağlanabilecek teknik meseleler değildir. Mahkeme, başvurucuya kamunun denetimine tabi olan iç hukuk mahkemeleri önünde kişisel durumunu anlatabileceği bir duruşma düzenlenmesi halinde adaletin yerine getirilmesi ve devletin hesap vermesinin, daha iyi yerine getirilebileceği kanısındadır. Bu faktör hükümet tarafından 466 sayılı Kanun'un temel aldığı söylenen sürat ve etkinlik gibi mülâhazalar karşısında daha ağır gelmektedir. Ceza Muhakemesi Kanunu'nun bu hükmü ile İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi'nin Göç kararında Türkiye aleyhine "*evrak üzerinde inceleme*" dolayısıyla verdiği mahkûmiyet kararının gereği yerine getirilmiş ve kanun koyucu bu konuya gerekli önemi vermesini yargılama makamlarından da istemiştir.

Bu konu uygulamada olası tereddütleri önlemek bakımından 5353 sayılı Kanun'la açıklığa kavuşturulmuştur. Buna göre, "*mahkeme, kararını duruşmalı olarak verir. İstemde bulunan ile hazine temsilcisi, açıklamalı çağrı kâğıdı tebliğine rağmen gelmezlerse, yokluklarında karar verilebilir*" (CMK 142/7). Burada akla şöyle bir soru geliyor: İstemde bulunan gelmezse nasıl bir karar verilecektir? Kanımızca bu bir hukuk davası olmadığından, davanın düşmesi kararı vermek mümkün olamaz. Bu itibarla, kararın istemde bulunsanın yokluğunda verilmesi gerekecektir.

10. Mahkemenin vereceği karara karşı istinaf yolu açılmış olup, inceleme öncelikle ve ivedilikle yapılacaktır (m. 142/8).

11. Tazminatı devlet ödemekle beraber, koruma tedbiriyle ilgili olarak görevini kötüye kullanan kamu görevlilerine ve iftira konusunu oluşturan suç veya yalan tanıklık nedeniyle gözaltına alınma ve tutuklama halinde de iftira eden veya yalan tanıklıkta bulunan kişiye rücu edilecektir (m. 143/2, 3). Bu noktadaki tereddütleri gidermek amacıyla 5353 sayılı Kanun ile maddenin son şekli şöyle olmuştur: *“Devlet, ödediği tazminattan dolayı, koruma tedbirleriyle ilgili olarak görevinin gereklerine aykırı hareket etmek suretiyle görevini kötüye kullanan kamu görevlilerine rücu eder”*. Bu değişikliğin nedeni, yeni Türk Ceza Kanunu’nda ihmal suretiyle de görevin kötüye kullanılmasının mümkün olmasıdır. Bu tip hallerde rücu hakkını doğmasını engellemek bakımından, sadece görevin gereklerine aykırı hareket edilmesi durumu belirtilmiş bulunmaktadır.

12. 144. maddede tazminat isteyemeyecek kişiler belirlenmiştir. Bunlardan ilk dört bentte sayılanlar yeni olmakla beraber, (e) bendindeki *“adli makamlar huzurunda gerçek dışı beyanla suç işlediğini veya suça katıldığını bildirerek gözaltına alınmasına veya tutuklanmasına neden olanlar”* grubu, esasen 1991 değişikliğinden önce Tazminat Kanunu’nda da yer almaktaydı. Ancak 1991 yılında 3696 sayılı Kanun ile yapılan değişiklikle bu tazminat engeli kaldırılmıştı, yeni CMK ile yeniden mevzuatımıza girmiş bulunmaktadır.

ŞÜPHELİ VEYA SANIĞIN ZORLA GETİRİLMESİ KARARINI HANGİ MAKAM VEREBİLİR?

Öncelikle belirtelim ki, şüpheli veya sanığın zorla getirilmesi için kararı verecek makamı belirlemek için hangi muhakeme evresinde bulunulduğu, hangi işlem ve hangi koşullarla zorla getirilmek (=ihzaren celp edilmek) istendiği belirleyici olmaktadır.

CMK, kovuşturma evresinde sanığın zorla getirilmesine mahkemenin karar verebileceğine ilişkin iki ayrı hüküm sevk etmiştir:

1. Kanunun saklı tuttuğu haller saklı kalmak üzere, hazır bulunma hak ve ödevi bulunan sanığın geçerli bir nedeni olmaksızın duruşmada hazır olmaması halinde, mahkeme zorla getirilmesine karar verebilir (CMK m. 193/1).

2. Keza, kovuşturma evresinde, sanığın duruşmada hazır bulunmasına ve gerektiğinde zorla getirilmesine veya yakalama emriyle getirilmesine mahkeme her zaman karar verebilir (Bkz., CMK m. 199).

Buna karşılık, hakkında tutuklama kararı verilmesi veya yakalama emri düzenlenmesi için yeterli nedenler bulunan

şüpheli veya sanığın zorla getirilmesine karar verilebilir. Bu koşullarla zorla getirme kararını hâkim, mahkeme ve Cumhuriyet Savcısı verebilir. Nitekim bu şekilde zorla getirilen kişi de, derhal ve olanak bulunmadığında yol süresi hariç en geç 24 saat içinde zorla getirten hâkim, mahkeme veya Cumhuriyet Savcısı'nın önüne götürülecek ve kendisi sorguya çekilecek veya ifadesi alınacaktır. Madde bunu, aynı anlama gelen ifadelerle çok açık bir biçimde belirtmiş hâkim veya mahkemenin 'çağırması'ndan ve savcının ise "zorla getirmeyi isteyen" biçiminde ifade etmiştir (Bkz., CMK m. 146/1-2-4).

CMK m. 146'daki hüküm sadece soruşturma evresiyle sınırlı olarak anlaşılabilir. Maddede belirtilen yetki ifade ve sorgu için hem soruşturma hem de kovuşturma evresinde kullanılacaktır. Bu maddedeki düzenlemenin gerek soruşturma gerek kovuşturma evresi için olduğunu gösterir birçok kanuni dayanak vardır:

CMK m. 146/5, açıkça Cumhuriyet Savcısı'nın şüpheli veya sanığın zorla getirilmesini isteyebileceğini düzenlemektedir.

Öncelikle, zorla getirmeye karar verme ve buna karar verme yetkisi düzenlenirken "şüpheli" yanında "sanık"tan da söz edilmiştir. Diğer yandan, sadece "ifade alma" değil "sorgu" için de bu koruma tedbirine belirtilen makam ve kişilerin karar verebileceği belirtilmiştir. Ve nihayet, soruşturmaya ve soruşturmadaki sorguya işaret etmek yerine, kovuşturmada da bu yetkinin madde metninde belirtilen üç makamca kullanılabilmesi ve bunun soruşturma yanında kovuşturma için de düzenlendiğini belirtmek için, "hâkim" yanında ayrıca "mahkeme"ye de bu yetki tanınmıştır. Yeter ki, şüpheli veya sanığın hakkında tutuklama kararı verilmesi veya yakalama emri düzenlenmesi için yeterli kanuni nedenler mevcut olmuş olsun.

Ancak, işin doğası gereğince, iddianamenin düzenlenip verilmesi, kabulü aşamasından sonra ifadenin söz konusu olmayacağı ve asıl yetkinin mahkemeye veya naip hâkime geçmesi dolayısıyla, Cumhuriyet Savcısı'nın ifade almak, kolluğun almasını sağlamak veya sorgu için hâkim önüne çıkarmak için bu yetkiyi soruşturma evresinde kullanabileceği ve fakat kovuşturma evresinde bu yetkiyi mahkeme veya naip hâkimin kullanabileceğini kabul etmek gereklidir. Şüphesiz, aynı konuya ilişkin olsa bile yapılan ek soruşturma sonucunda ek iddianameyle dava açılması ve bunun diğer dava ile birleştirilmesi durumunda da aynı uygulamayı yapmak gerekir: Bu son olasılıkta, ek iddianame düzenlenmeden yapılan ek soruşturma sırasında Cumhuriyet Savcısı'nın yukarıda belirtilen olasılıklar için bu yetkiyi kullanabileceğinde kuşku yoktur. Çünkü, ileride ek iddianame ve birleştirmenin konusunu oluştursa dahi, bu süreçte ikinci olay veya kişi ile ilgili ifade veya sorgu henüz soruşturma evresindedir.

Bu açıklamalardan da anlaşıldığı gibi, zorla getirme kararını yalnızca mahkeme veya hâkimin vereceği biçimindeki görüş⁶⁶ ve uygulama kanımızca hatalı olduğu gibi, CMK'ya da aykırıdır. Sadece, Cumhuriyet Savcısı'nın bu yetkiyi kullanabilmesi, CMK m. 146'daki koşullarla mümkün ve sınırlı olup, mahkemenin yetkisi açısından bu tür bir sınırlandırma bulunmamaktadır.⁶⁷

⁶⁶ Öztürk - Erdem, 530.

⁶⁷ Diğer yandan benzer bir düzenlemenin tanıklar açısından da geçerli olduğu burada ayrıca belirtilmelidir: Kolluğun tanık dinleme yetkisi bulunmamakla birlikte, Cumhuriyet Savcısı, hâkim ve mahkeme tanık dinleyebilir. CMK'nun 43/5, 49, 52/2, 54/2, 58/2, 61/1 maddelerindeki düzenlemeler, soruşturma evresinde Cumhuriyet Savcısı'nın tanığı dinlemek için çağırabilecek ve dinleyebilecektir. Gerek Cumhuriyet Savcısı gerek hakim veya mahkeme tarafından usulüne uygun çağrılan tanıklar, mazeretlerini bildirmeksizin gelmemeleri halinde hem zorla getirilirler ve hem neden oldukları masraflar kendilerine ödettilir.

Önemle belirtelim ki, CMK, muhakemenin hiç bir evre veya safhasında kolluğa, re'sen tek başına veya kolluk amirinin emri ile zorla getirme yetkisini kullanma hak ve yetkisini tanımamıştır. Bu yapılırsa, hukuka ve CMK'ya aykırı davranılmış olacağından, bu şekilde davranan görevlinin ceza, disiplin ve tazminat alanında sorumluluğa yol açar.

Anayasa'nın 38. maddesine göre, "kanuna aykırı olarak elde edilmiş bulgular, delil olarak kabul edilemez". Aynı şekilde Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 217/2. maddesine göre, "yüklenen suç, hukuka uygun bir şekilde elde edilmiş her türlü delille ispat edilebilir".

Böylece, kötü davranma, işkence, ilaç verme, yorma, aldatma, cebir veya tehditte bulunma, bazı araçları kullanma gibi bedensel veya ruhsal müdahaleler veya kanuna aykırı bir yarar vaat edilmesi ifade alma ve sorguda yasak usuller olarak belirlenmiştir. Yalan makinesinin de yasak usuller çerçevesinde kabul edilmesi gerektiği düşüncesindeyiz. Yasak usullerle elde edilen ifadeler rıza ile verilmiş olsa da delil olarak değerlendirilemez. Bu esaslar, gerek 1412 sayılı CMUK'un 135a ve gerekse 2001 Tasarısı'nın 148. maddesinde de öngörülmüş bulunmaktaydı.

2004 Kanunu bakımından önemli bir yenilik arz eden husus ise, "müdafî hazır olmaksızın kolluk tarafından alınan ifade, hâkim veya mahkeme huzurunda şüpheli veya sanık tarafından doğrulanmadıkça mahkûmiyete esas yapılamaz" hükmüdür (CMK 148/5). Bu hüküm Bakanlık komisyonunda önerilerek kabul edilmiştir.

Bu hükümle bağlantılı olarak sanığın önceki ifadesinin okunmasına ilişkin 213. maddede “*aralarında çelişki bulunması halinde; sanığın, hâkim veya mahkeme huzurunda yaptığı açıklamalar ile Cumhuriyet Savcısı tarafından alınan veya müdafinin hazır bulunduğu kolluk ifadesine ilişkin tutanaklar duruşmada okunabilir*” hükmü sevk edilmiştir.

Kollukta yeniden ifade alma yasağı: CMK 148/5’te yer alan “*şüphelinin aynı olayla ilgili olarak yeniden ifadesinin alınması ihtiyacı ortaya çıktığında, bu işlem ancak Cumhuriyet Savcısı tarafından yapılabilir*” hükmü de, geriye dönülmezlik ilkesinin bir sonucudur. Olay kolluktan çıkmıştır ve tekrar ona dönmemelidir.

“*Bu hüküm, savcının soruşturma dosyasına hâkim olmasını da zorunlu kılmaktadır*”.⁶⁸

⁶⁸ Bkz., Şahin, 7.

2004 Kanunu'nda, şüpheli ve "sanığın, ifade ve sorgudan itibaren değil suç haberinin alınmasından başlayarak, muhakemenin sonuna kadar müdafî yardımından yararlanabilmesi sağlanmış"tır.

Kanunumuza göre, şüpheli veya sanık, soruşturma ve kovuşturmanın her aşamasında bir veya birden fazla müdafîin yardımından yararlanabilir; kanunî temsilcisi varsa, o da şüpheliye veya sanığa müdafî seçebilir (CMK 149/1). Soruşturma ve kovuşturma evrelerinin her aşamasında müdafîin, şüpheli veya sanıkla görüşme, ifade alma veya sorgu süresince yanında olma ve hukukî yardımda bulunma hakkı engellenemez, kısıtlanamaz (CMK 149/3).

Nitekim şüpheli veya sanığın ifadesinin alınmasında veya sorguya çekilmesinde "müdafî seçme hakkının bulunduğu ve onun hukukî yardımından yararlanabileceği, müdafîin ifade veya sorgusunda hazır bulunabileceği, kendisine bildirilir. Müdafî seçecek durumda olmadığı ve bir müdafî yardımından faydalanmak istediği takdirde, kendisine baro tarafından bir müdafî görevlendirilir" (CMK 147/1-c).

Ayrıca kanunumuz mecburi müdafîlik sistemine de oldukça yaklaşmış bulunmaktadır. Buna göre,

1. Şüpheli veya sanık, müdafii seçebilecek durumda olmadığını beyan ederse, istemi hâlinde bir müdafii görevlendirilir.

2. Şüpheli veya sanık on sekiz yaşını doldurmamış ya da sağır veya dilsiz veya kendisini savunamayacak derecede malûl olur ve bir müdafii de bulunmazsa istemi aranmaksızın bir müdafii görevlendirilir.

3. Üst sınırı en az beş yıl hapis cezasını gerektiren suçlardan dolayı yapılan soruşturma ve kovuşturmada da şüpheli veya sanığın müdafii bulunmazsa talebi beklenmeksizin bir müdafii görevlendirilir (CMK m. 150).

Bunların dışında kanunumuzda müdafinin de bulunabileceğinin veya bulunmasının zorunlu olduğunun açıkça zikredildiği hükümler şunlardır:

- Keşif yapılması sırasında şüpheli, sanık, mağdur ve bunların müdafii ve vekili hazır bulunabilirler (CMK m. 84/1)

- Gözaltına alınan kişi bırakılmazsa, sulh ceza hâkimi önüne çıkarılıp sorguya çekilir. Sorguda müdafii de hazır bulunur (CMK m. 91/6).

- Tutuklama istenildiğinde, şüpheli veya sanık, kendisinin seçeceği veya baro tarafından görevlendirilecek bir müdafinin yardımından yararlanır (CMK m. 101/3).

- CMK'nın 102. maddesinde öngörülen tutukluluğu uzatma kararları, Cumhuriyet Savcısı'nın, şüpheli veya sanık ile müdafinin görüşleri alındıktan sonra verilir (CMK m. 102/3).

- Duruşmada, hükme katılacak hâkimler ve Cumhuriyet

58

Savcısı ile zabıt kâtibinin ve Kanunun zorunlu müdafiliği kabul ettiği hâllerde müdafii hazır bulunması şarttır (CMK m. 188).

- Sanık hazır bulunmasa da müdafii bütün oturumlarda hazır bulunmak yetkisine sahiptir (CMK m. 197).

- Gaip hakkında delillerin ele geçirilmesi veya korunması amacıyla yapılan işlemler sırasında sanığın müdafii veya kanunî temsilcisi veya eşi hazır bulunabilir. Gerektiğinde, mahkemece barodan bir müdafii görevlendirilmesi istenir (CMK m. 244/4).

- Kaçak sanık hakkında kovuşturma yapılabilir. Duruşma yapılan hâllerde kaçak sanığın müdafii yoksa, mahkeme barodan bir avukat görevlendirilmesini ister (CMK m. 247/3).

- On yıl veya daha fazla hapis cezasına ilişkin hükümlerde, Yargıtay, incelemelerini sanığın veya katılanın istemi üzerine veya re'sen duruşmalı yapar. Sanık, duruşmada hazır bulunabileceği gibi, kendisini bir müdafii ile de temsil ettirebilir. (CMK m. 299).

Zorunlu müdafî olarak görevlendirilen müdafî duruşmada hazır bulunmaz veya vakitsiz olarak duruşmadan çekilir veya görevini yerine getirmekten kaçınırsa, hâkim veya mahkeme derhal başka bir müdafîin görevlendirilmesini sağlar. Bunun için oturuma ara verilebileceği gibi, oturumun ertelenmesi de mümkündür (CMK m. 151/1). Atanan yeni müdafî savunmak için zamana ihtiyacı olduğunu bildirirse, oturum ertelenir (CMK m. 151/2).

Zorunlu müdafîlik için baroya ismini kaydettirip, sırası geldiği halde mazereti olmaksızın gitmeyen avukat disiplin suçu işlemiş olur.

5353 sayılı Kanun ile CMK m. 151'e eklenen 4 fıkra ile müdafilik görevinden yasaklanma düzenlenmiştir.

Buna göre, 149. maddeye göre seçilen veya 150. maddeye göre görevlendirilen ve Türk Ceza Kanunu'nun 220 ve 314. maddesinde sayılan suçlar ile terör suçlarından tutuklu ve hükümlü olanların müdafilik veya vekillik görevini üstlenen avukat, hakkında bu fıkra da sayılan suçlar nedeniyle kovuştur- ma açılması halinde tutuklu veya hükümlünün müdafilik veya vekilliğini üstlenmekten yasaklanabilir (CMK m. 151/3).⁶⁹ Burada yasaklanma için müdafii seçilmiş veya görevlendirilmiş olması arasında bir ayırım yapılmamaktadır. Her iki müdafii de görevinden yasaklanması olanaklıdır. Ancak bunun için sadece maddede belirtilen suçlardan ötürü kovuşturma açılmış olmasının yeterli görülmesinin hukukun genel prensipleriyle, masumluk karinesiyle bağdaşmadığını belirtmek gerekir. Fakat

⁶⁹ Benzer bir düzenleme Alman Hukuku'nda da bulunmaktadır. Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz., Ünver, Yener, *Federal Almanya'da Terör ve Organize Suçluluk İle İlgili Düzenlemeler.*, Prof. Dr. Nurullah Kunter'e Armağan., İstanbul 1998, s. 400-401, özellikle s. 417-425.

Avukatlık Kanunu'nun 153. maddesinde de benzer bir hüküm bulunmaktadır. Buna göre "hakkında meslekten çıkarma cezasını getirebilecek mahiyette bir işten dolayı kovuşturma yapılmakta olan avukat Disiplin Kurulu kararıyla, tedbir mahiyetinde işten yasaklanabilir" (Av. K. m. 153/1). Karara karşı, Türkiye Barolar Birliği Disiplin Kurulu'na itiraz olunabilir (Av.K. m. 153/4).⁷⁰

Yasaklama süreci Ceza Muhakemesi Kanunu'na göre şöyle işleyecektir: Savcı müdafinin yasaklanması konusunda talepte bulunacaktır. Talep müdafii veya vekil hakkında açılan kovuşturmanın yapıldığı mahkemeye yapılacak ve bu mahkeme yasaklanma hakkında karar verecektir. Mahkemenin verdiği karara karşı itiraz mümkündür (CMK 151/4).

Yasaklama kararı ancak bir yıl süre için verilebilecek, fakat kovuşturmanın niteliği itibarıyla altı aydan fazla olmamak üzere en fazla iki defa uzatılabilecektir. Böylece toplam iki yıldan fazla yasaklılık söz konusu olamayacaktır. Bu süre zarfında müdafii hakkında açılan kovuşturma sonucunda bir karar verilmemişse, yasaklama kararı kendiliğinden kalkacaktır. Aynı şekilde, kovuşturma sonunda mahkûmiyet dışında bir karar verilmesi halinde, kesinleşmesi beklenmeksizin yasaklama kararı kendiliğinden kalkar (CMK 151/4).

Görevden yasaklama kararı, tutuklu veya hükümlü ile yeni bir müdafii görevlendirilmesi için derhal ilgili baro başkanlığına bildirilir (CMK 151/5).

Müdafii veya vekil görevden yasaklanmış bulunduğu sürece başka davalarla ilgili olsa bile müdafiliğini veya vekilliğini üstlendiği kişiyi ceza infaz kurumunda veya tutukevinde ziyaret edemez (CMK 151/6).

⁷⁰ Ayrıca bkz., *Avukatlık Kanunu* m. 154, 155, 156 ve 140.

Müdafiiin dosya inceleme yetkisi CMK m. 153'te düzenlenmiştir.

İlkin 1412 sayılı CMUK'da yapılan 1992 değişikliği ile sağlanan hazırlık evrakını inceleme yetkisini yeni kanunumuzda kabul etmiş bulunmaktadır: "*Müdafii, soruşturma evresinde dosya içeriğini inceleyebilir ve istediği belgelerin bir örneğini harçsız olarak alabilir*" (CMK 153/1). Keza CMUK ile paralel olarak soruşturma aşamasında dosya içeriğinin incelenmesi veya belgelerden örnek alınması kısıtlanabilecektir: "*Müdafiiin dosya içeriğini incelemesi veya belgelerden örnek alması, soruşturmanın amacını tehlikeye düşürebilecek ise, Cumhuriyet Savcısı'nın istemi üzerine, sulh ceza hâkiminin kararıyla bu yetkisi kısıtlanabilir*" (CMK 153/2). Bu durumun varlığı somut olaya göre belirlenecek ve her olayın özellikleri göz önünde tutularak bir değerlendirme yapılacaktır.⁷¹ Ancak sulh ceza hâkimine verilmiş olan bu kısıtlama yetkisi de kısıtlıdır: "*Yakalanan kişinin veya şüphelinin*

⁷¹ Koca, Mahmut, *Hazırlık Soruşturmasında Sanığın Savunma Hakkı*, Yayınlanmamış Doktora Tezi, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul 1998, s. 272.

ifadesini içeren tutanak ile bilirkişi raporları ve adı geçenlerin hazır bulunmaya yetkili oldukları diğer adli işlemlere ilişkin tutanaklar hakkında, ikinci fıkra hükmü uygulanmaz” (CMK m. 153/3).

Müdafî, iddianamenin mahkeme tarafından kabul edildiği tarihten itibaren dosya içeriğini ve muhafaza altına alınmış delilleri inceleyebilir; bütün tutanak ve belgelerin örneklerini harçsız olarak alabilir (CMK m. 153/4, 25. 05. 2005 tarih ve 5353 s. K. ile değişik). Maddenin ilk şeklinde “Cumhuriyet Savcılığı’na iddianamenin mahkemeye verildiği tarihten itibaren” bu olanak sağlanırken, iddianamenin iadesi kurumu göz önünde bulundurularak, 5353 sayılı Kanun ile “iddianamenin mahkeme tarafından kabul edildiği tarih” esas alınmıştır.

Son olarak yeni kanunumuzda getirilen yeni bir hüküm ise, “bu maddenin içerdiği haklardan suçtan zarar görenin vekilinin de yararlanmasına” olanak sağlamaktadır (CMK m. 153/5).

**ŞÜPHELİNİN MÜDAFİİ VEYA SUÇTAN
ZARAR GÖRENİN VEKİLİ
KOLLUKTAKİ SORUŞTURMA DOSYASINI
İNCELEMESİ SAVCININ İZnine TABİ MİDİR?**

Konuyla doğrudan ilgili hüküm CMK m. 153'tür. Öncelikle belirtelim ki, müdafii soruşturma evresinde dosya içeriğini serbestçe inceleyebilir ve istediği belgelerin bir örneğini harçsız olarak alabilir. Dosya savcılık önünde olsa dahi, bunun için herhangi bir kurumun izni gerekli değildir. Eğer, müdafii dosya içeriğini incelemesi veya belgelerden örnek alması soruşturmanın amacını tehlikeye düşürebilecek ise, Cumhuriyet Savcısı'nın istemi üzerine sulh ceza hâkiminin kararıyla bu yetkisi kısıtlanabilir. Ancak bu olasılıkta dahi, belirtilen tehlike ve hâkim kararına rağmen, müdafii dosyadaki belgelerden içeriğini öğrenmesi ve örnek alması engellenemeyecek belgeler vardır: yakalanan kişinin veya şüphelinin ifadesini içeren tutanak, bilirkişi raporları ve adı geçen kimselerin hazır bulunmaya yetkili oldukları adli işlemlere ilişkin tutanaklar, tehlike bulunsa ve Cumhuriyet Savcısı'nın istemi ve sulh ceza hâkiminin kararına rağmen incelenmesi ve örneklerinin alınması yasaklanamayacak belgelerdir. Bununla birlikte özellikle vurgulanmalıdır ki, belirtilen nitelikte bir tehlikenin varlığına rağmen, istisnasız hiçbir belgenin incelenmesi ve bir örneğinin alınması kovuşturma evresinde mahkeme dahil hiçbir makam

tarafından yasaklanamaz. Belirtilen haklardan suçtan zarar görenin vekili de yararlanır. Görüldüğü üzere, soruşturma dosyasının herhangi bir nedenle kollukta bulunması durumunda, şüphelinin müdafininin veya suçtan zarar görenin vekilinin dosyayı incelemesi veya örneğini almasını engelleyen bir hüküm bulunmamaktadır. Aksine uygulama hem belirtilen hükme aykırı olacak hem de savunma hakkının kısıtlanmasına neden olacaktır. Kolluğun bu tür bir taleple karşılaşması durumunda, eğer soruşturma evresinde ise ve önceden Cumhuriyet Savcısı'nın talebi üzerine sulh ceza hâkimi tarafından (belirtilen üç grup evrak hariç) dosyanın incelenmesi veya örnek alınması yasaklanmamışsa, dosyanın incelenmesine ve örnek alınmasına müsaade etmesi zorunludur. Kovuşturma devresinde, bu tür bir yasaklama kararı verilemez ve eğer yanlışlıkla verilmiş ise bile kolluğun hukuka aykırı bu hükmü dikkate almayarak CMK m.153/4 hükmü gereğince dosyanın incelenmesine veya örnek alınmasına derhal müsaade etmesi gereklidir. Kolluk burada inceleme veya örnek almaya müsaade etmez veya müdafii veya vekili bekleterek işi savcıya sorarak onun talimatına göre hareket ederse, bu tutumu hem hukuka aykırı ve savunma hakkını kısıtlayan nitelikte bir davranış olacak hem de yakalama veya gözaltı veyahut gözaltı süresinin uzatılmasına itiraz gibi kanun yolunun kullanılmasını engellediği için başkaca ihlallere neden olacaktır.

Bu belirtilen esaslar çerçevesinde değerlendirildiğinde, Yakalama, Gözaltı ve İfade Alma Yönetmeliği'nin kollukta bulunan soruşturma dosyasının müdafii tarafından incelenmesi için yetkili savcının yazılı emrinin bulunmasını öngören hüküm kanuna aykırıdır (m. 22/1). Nitekim Danıştay haklı olarak yönetmeliğin bu hükmünün yürürlüğünü 01.12.2005 tarihli kararıyla durdurmuştur.

Soruőturma evresinde yapılan adli iőlemlerle ilgili olarak Őüpheli veya mūdafiinin CMK m. 153 çerçevesinde dosyayı incelemesi dıőında, ne diđer sıradan kimselere ne de basın mensuplarına bilgi verilmemelidir. Uygulamada, dūzenlenen ve fakat henūz mahkemesine sunulmamıő veya mahkemeye sunulmakla birlikte mahkemenin iddianameyi inceleyerek bir karar vermediđi veya vermesi için geçmesi gerekli on beő gūnlūk sūre geçmediđi halde, yazılı basın veya gōrūntūlū veya sesli iletiőim araçlarında konuyla ilgili detay bilgilerin, soruőturma iőlemelerini içeriđinin veya iddianame metnin yayınlandıđı sık sık gōrūlmektedir. Keza, iddianameler internet ortamında yayınlanmakta ve bazen bu henūz iddianame mahkemeye verilen veya mahkemenin bu konuda bir karar vermesinden Őnce yapılmakta, radyo ve televizyonlarda soruőturma evresindeki delillerle ilgili detaylı veriler yayınlanmakta, adalet alanında yetkili ve gōrevli ūst dūzey bir kimse kendisiyle ilgili dosyadaki bilgi fiő gazetecilere gōsterebilmekte ve bu yapılırken de "suç mađduru" kimseler resmi gōrevliler tarafından basın organları Őnūnde teőhir edilerek haklarında suç iőlediklerine iliőkin kesin yargılar içeren açıklamalar yapılmaktadır.

Bu davranışı, herhangi bir Cumhuriyet Savcılığı veya mahkeme kalemi görevlisi veya şüpheli veya müdafii de gerçekleştirirse, savcılık veya savcılık personeli de gerçekleştirirse hukuka aykırıdır ve soruşturmanın gizliliği ilkesini ihlal eder.

Bu bağlamda ilgili suçun genel ve özel unsurlarının somut olayda gerçekleşmesi koşuluyla, hem kamu görevlisinin görevini icra ederken öğrendiği sırları ifşa etmesi suçtur hem de soruşturmanın gizliliğini alenen ihlal etmek suçtur. Hatta, soruşturma aşamasında alınan ve kanun hükmü gereğince gizli tutulması gereken kararların ve bunların gereği olarak yapılan işlemlerin gizliliğinin ihlali suçunun oluşması bakımından tipe uygun eylemin “alenen” yapılması da gerekli değildir (Bkz., TCK m. 258 ve 285).⁷²

⁷² Göreve ilişkin sırrın açıklanması;

TCK m. 258. - (1) Görevi nedeniyle kendisine verilen veya aynı nedenle bilgi edindiği ve gizli kalması gereken belgeleri, kararları ve emirleri ve diğer tebligatı açıklayan veya yayınlayan veya ne suretle olursa olsun başkalarının bilgi edinmesini kolaylaştıran kamu görevlisine, bir yıldan dört yıla kadar hapis cezası verilir.

(2) Kamu görevlisi sıfatı sona erdikten sonra, birinci fıkrada yazılı fiilleri işleyen kimseye de aynı ceza verilir.

Gizliliğin ihlali

TCK m. 285. - (1) Soruşturmanın gizliliğini alenen ihlal eden kişi, bir yıldan üç yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır. Ancak, soruşturma aşamasında alınan ve kanun hükmü gereğince gizli tutulması gereken kararların ve bunların gereği olarak yapılan işlemlerin gizliliğinin ihlali açısından aleniyetin gerçekleşmesi aranmaz.

(2) Kanuna göre kapalı yapılması gereken veya kapalı yapılmasına karar verilen duruşmadaki açıklama veya görüntülerin gizliliğini alenen ihlal eden kişi, birinci fıkraya hükmüne göre cezalandırılır. Ancak, bu suçun oluşması için tanığın korunmasına ilişkin olarak alınan gizlilik kararına aykırılık açısından aleniyetin gerçekleşmesi aranmaz.

Şüphesiz basının haber verme görev ve hakkını layıkıyla yerine getirebilmesi için, belirli bir çerçevede adli olayları öğrenebilmesi gerekir; basına hiçbir şekilde bilgi verilmemesi de doğru ve hukuka uygun olmayacaktır. Bu nedenle, Cumhuriyet Savcısı gizliliği kendisi takdir edecek ve toplumun işlenmiş olan bir suç hakkındaki haber alma hakkını, şüphelinin lekelenmeme hakkı ile tartarak, ölçülü bir şekilde basına bilgi verecektir. Soruşturmanın gizliliği ilkesi, şüpheli kimsenin lekelenmeme ve suçsuzluk ilkeleriyle korunan haklarını güvenceye almak yanında, delillerin karartılmasını önlemeye ve maddi gerçeğin sağlam ve hukuka uygun elde edilen delillerle makul sürede ortaya çıkarılmasına da hizmet etmektedir. Keza, Cumhuriyet Savcısı'nın bir talimatı olmadan, kolluğun adli konularda basına kendiliğinden bilgi vermesi, hukuka aykırıdır.

Basın açıklamaları hukuksal çerçevede yapılmaz veya basın organlarınca hakkında soruşturma yapılan bir iddianın aktarılması ve keza bilgi makul ve hukuksal genel çerçevede verirse dahi suçsuzluk karinesinin ihlal edilmesi biçimindeki bir yayın şekli, şüpheli veya sanığın "*adil yargılanma hakkını*" ihlal edebilir. Örneğin henüz hakkında bir iddia bulunan kimsenin "*suçlu*" olduğu yönünde resmi açıklama yapılması veya böyle bir açıklama yapılmamakla birlikte bu biçimde yayınlanması, genelde adil yargılanma hakkının özelde suçsuzluk ilkesine ilişkin hükmü (AİHS m. 6) ihlal eder. Aynı şekilde gerek çocuk şüphelinin gerek mağdurun (yaşı küçük olmasa dahi) soruşturma evresinde basının önünde kamuoyuna teşhir edilmesi, iddia olunun suç ne olursa olsun hukuka aykırıdır.

(3) Bu suçların basın ve yayın yoluyla işlenmesi halinde, ceza yarı oranında artırılır.

(4) Soruşturma ve kovuşturma evresinde kişilerin suçlu olarak damgalanmalarını sağlayacak şekilde görüntülerinin yayınlanması halinde, altı aydan iki yıla kadar hapis cezasına hükmolunur.

**SUÇUN ŞİKÂYETE BAĞLI OLDUĞU
KOVUŞTURMA AŞAMASINDA FARK EDİLİRSE
MAHKEME NE YAPMALIDIR?**

64

Burada dikkate alınması gereken hükümler, CMK'nın 158/6 ve 223/8. maddeleridir.

Öncelikle belirtmek gerekir ki, şikâyet bir soruşturma ve kovuşturma koşulu olup, bu koşul gerçekleşmedikçe tıpkı diğer soruşturma ve kovuşturma koşullarında olduğu gibi soruşturma ve kovuşturma yapılmaması zorunludur. Eğer herhangi bir nedenle bu koşulun yokluğuna rağmen soruşturmaya veya kovuşturmaya başlanmışsa, durumun fark edildiği anda koşulun gerçekleşme olasılığının bulunup bulunmamasına göre iki farklı karar verilmesi gerekmektedir: Koşulun gerçekleşme olasılığı var ise; soruşturma evresinde soruşturma durdurulur ilgili kişi veya makamın bu koşulu gerçekleştirmesi beklenilir. Eğer koşul gerçekleşirse kaldığı yerden soruşturmaya devam edilmelidir; eğer artık koşulun gerçekleşmesi olanağı kalmamışsa veya soruşturmanın durdurulduğu süreçte koşul gerçekleşmezse kovuşturmana (takipsizlik) kararı verilerek soruşturmaya son verilmek gerekir. Buna karşılık kovuşturma devresinde koşulun gerçekleşme olanağı bulunmamakta ise, bu takdirde düşme kararı ile davanın düşürülmesi gerekmektedir. Eğer koşulun gerçekleşmesi olanağı bulunmakta ise, önce dur-

ma kararı verilir ve koşulun gerçekleşmesi beklenilir: Bu arada geçen sürede koşul gerçekleşmez ise durma kararı kaldırılır ve onun yerine verilen düşme kararı ile dava düşürülür; eğer koşul gerçekleşirse durma kararı kaldırılarak kovuşturmaya kalındığı yerden devam edilir. Buradaki durma kararına itiraz edilebilir. Şüphesiz bu durma kararlarında ilgili koşulun gerçekleşmesi veya gerçekleştirilmesi süreleri ile zamanaşımı sürelerinin aşılması gerekmektedir. Buradaki önemli bir kural ise, eğer kovuşturma aşamasında bulunuluyor ve dava dosyası mevcut durumuna göre derhal beraat kararı verilebilecek bir halde ise, bu takdirde durma, düşme veya ceza verilmesine yer olmadığı kararı verilmez. Bu son olasılıkta verilmesi gereken karar, sanığı yargı kararı ile aklayacak olan beraat kararıdır (Bkz., CMK m. 223/8-9).

Ancak CMK bu olması gereken ve yerinde mekanizmadan şikâyet koşulu açısından kısmen (ve hatalı olarak) ayrılmıştır. CMK soruşturma evresi açısından yukarıda belirtilen ve diğer soruşturma ve kovuşturma koşulları açısından geçerli sisteme sadık kalmıştır. Ancak kovuşturma evresi açısından bu sistemden ayrılan CMK, yürütülen soruşturma sonucunda kovuşturma evresine geçildikten sonra suçun şikâyete bağlı olduğunun anlaşılması halinde, yukarıda belirttiğimiz biçimde davranılmayacağını ve mağdur açıkça şikâyetten vazgeçmediği takdirde yargılamaya devam edileceğini düzenlemiştir (CMK m. 158/6).

Belirtelim ki, bu yeni düzenleme olması gereken hukuk açısından hatalı ve sakıncalı bir sistemdir. Bu sakıncalardan yalnızca çok önemlilerinden birkaçını sayacak olursak: Öncelikle neden yalnızca şikâyet koşulu açısından bu tür bir sisteme geçildiği ve fakat diğer soruşturma ve kovuşturma koşullarında da aynı sistemin kabul edilmediği anlaşılama-

maktadır. Diğer yandan, eğer şikâyete özel bir anlam yüklenmek istenmişse, bu kez de neden soruşturma evresinde de aynı sistemin kabul edilmediği anlaşılammaktadır. Kaldı ki, yargılamaya son vermek için mağdurun şikâyetini açıkça geri alması olumsuz koşulu düzenlenirken, bir yandan yapılmayan bir şikâyetin nasıl geri alınacağı ve diğer yandan da neden zımni geri almanın kabul edilmediği izah edilememektedir. Yine çoğu olayda haberi olmayan mağdurun şikâyeti geri alması da söz konusu olmayacaktır. Bu ise, özelde şikâyet ve genelde soruşturma ve kovuşturma koşullarının kabul ve düzenleniş amaçlarıyla çelişecektir. Diğer taraftan belirtilen bir olasılıkla karşılaşıldığında yargılamanın durdurularak ilgili kimseye şikâyetçi olup olmadığı sorulmasının bilinçli ve fakat hatalı olarak düzenlenmeyişi, şikâyet kurumuna bağlanan tarafların kendi aralarında (herhangi bir biçimde anlaşarak) şikâyetin geri alınması, bu vesileyle mağdurun özel hukuk davası açması olanağının öğrenilmesi, davaya katılma ve en önemlisi de uzlaşma kurumunun kovuşturma evresinde uygulanmasını çoğunlukla olanaksız kılacaktır. Oysa, başta uzlaşma kurumu olmak üzere, şikâyete bağlanan diğer sonuç ve kurumlar mağdur için olduğu kadar ceza adaleti ve şüpheli ve sanık için de çok lehe kurumlar ve düzenlemelerdir. Şikâyet kurumu açısından kabul edilen ve birçok açıdan çelişkili, sakıncalı ve hatalı sistemin bir an önce terk edilmesi ve diğer soruşturma koşullarında benimsenen ve daha yerinde olan sisteme dönülmesi gerektiği düşüncesindedir.

Ancak belirtelim ki, CMK m. 90/3'te (kolluk dahil) herkesin yakalama yapabileceği hallere ilişkin olarak çocuklar, beden veya akıl hastalığı, malullük veya güçsüzlükleri nedeniyle kendilerini idareden aciz bulunanlara karşı işlenen suçüstü hallerinde şikâyet koşulunun aranmayacağı hükmü, yakala önleminin uygulanması için getirilmiş olup, soruşturma veya

kovuşturma açısından yukarıda açıkladığımız hususlarla ilgili değildir ve farklı bir sonuç ve etkisi olamaz.

Bununla birlikte, sistemdeki bu hatalı düzenleme düzeltilinceye kadar, CMK m.158/6 hükmü uygulanacaktır. Ancak bu hükmün yaratacağı olumsuzluklar kolluk ve savcılığın özverişi ve çabasıyla en azından yakalama koruma tedbirinin uygulandığı vakıalar açısından belirli bir ölçüde giderilebilir. CMK m. 96, soruşturulması ve kovuşturulması şikâyete bağlı olan suç hakkında CMK'nın yukarıda değinilen 90. maddesinin 3. fıkrasına göre şikâyetten önce şüpheli yakalanmış olursa, şikâyete yetkili olan kimseye ve bunlar birden fazla ise hiç olmazsa birine yakalamanın bildirileceğini düzenlemektedir. Özellikle şikâyete hakkı olanların birden fazla olmaları durumunda, kolluğun en azından birine haber vermesini kanun yeterli görmüştür. Uygulama da şikâyete hakkı olanlardan sadece birisine haber verme biçiminde cereyan ederse, birçok sakınca ortaya çıkacaktır. Bir taraftan yukarıda da değinilen ve CMK m. 158/6'daki sakıncalar ortaya çıkacak, diğer taraftan ise şikâyete hakkı olanların birbirleriyle haberleşmemeleri, haberleşmemeleri, aralarında husumet olması vb. nedenlerle şikâyet etme, tazminat davası açma, davaya katılma, şikâyeti geri alma vs. gibi olaydan haberdar olunmasına veya şikâyet kurumuna bağlanan tüm hukuksal sonuçların en azından suçtan haberi olmayan suçtan zarar gören kimse açısından uygulanması olanağı olmayacaktır. Kaldı ki, uzlaşma kurumunun işletilmesi suçtan zarar gören açısından olduğu kadar, şüpheli ve sanık için de yararlıdır. Bu nedenle uygulamada Cumhuriyet Savcıları ve kolluğun ulaşabildikleri tüm suçtan zarar görenlere, belirtilen türde bir suç işlendiğini ve ilgilinin yakalandığını haber vermesi çok sayıda yararı beraberinde getirecektir.

**ADLİ KOLLUK AMİRİ VEYA ÜSTÜ OLMAYANLARIN
ADLİ KOLLUĞA ADLİ EMİR VERMELERİ VE
BUNUN YERİNE GETİRİLMESİ MÜMKÜN VE
HUKUKA UYGUN MUDUR?**

65

Öncelikle belirtelim ki, (oldukça hatalı olarak) mülga CMUK m. 156 veya benzeri bir hüküm CMK'ya alınmadığından, kolluğun re'sen yaptığı adli soruşturma tipi yürürlükten kalkmıştır. Zaman zaman oldukça sakıncalı sonuçlara yol açacak bu düzenleme yeni sistemin bir gereğidir ve adli kolluk yalnızca Cumhuriyet Savcılığı'nın emriyle somut bir soruşturma işlemine başlayabilir. Başka bir ifadeyle, CMK m. 161/2 adli kolluğa "araştırma" veya "soruşturma" yapma yetkisi vermemiştir: Adli kolluk sadece Cumhuriyet Savcısı'nın her somut işlem bakımından vereceği emir üzerine yetki kazanmaktadır. Artık, adli kolluk, yapacağı her bir araştırma veya soruşturma işlemi için Cumhuriyet Savcısı'ndan emir alacak, bu emirleri geciktirmeksizin yerine getirecek ve sonucunu derhal Cumhuriyet Savcısı'na bildirecektir (CMK m. 161/2). Bazı soruşturma işlemleri münhasıran Cumhuriyet Savcılığı'nın yetkisi dahilinde olup, (örneğin beden muayenesi yaptırılması sadece Cumhuriyet Savcısı'nın yetkisindedir. Bkz., CMK m. 75, 76 ve keza çocuklar hakkındaki soruşturmayı bizzat Cumhuriyet Savcısı yapmak zorundadır. Bkz., ÇKK m. 15/1), diğer araştırma işlemleri bakımından da Cumhuriyet Savcısı'nın yardımcısı olan kolluğa işlemin yapılması açısından her işlem için tek tek emir vermesi gerekir. Hatta yeni CMK sisteminde kolluğun Cumhuriyet Savcısı'nın emrini almadan ifade alması dahi mümkün

değildir. Her ne kadar özellikle yakalama koruma tedbirinin gerçekleştirilmesinden hemen sonra ifadeyi alabileceği fiili duruma uygun olarak söylenebilir ise de, CMK'da bunun bir kaynağı bulunmamaktadır. Kolluk, halen yalnızca CMK m. 90'daki sınırlı koşullarda yapabileceği yakalama dışında bir işlemi re'sen yapamaz ve her işlem için ayrıca Cumhuriyet Savcılığı'ndan emir alması gerekir. Cumhuriyet Savcısı, adli kolluk görevlilerine emirleri yazılı; acele hâllerde, sözlü olarak verir (CMK m. 161/3).

Adli kolluk amiri veya üstü olmayanların adli kolluğa adli emir vermeleri ve bunun yerine getirilmesi mümkün ve hukuka uygun değildir. Adli kolluk mensubu kendi amiri ve Cumhuriyet Savcısı'ndan emir alabilir. Gerek adli kolluğun amir veya üstü olmayan kişi veya makamların, gerekse adli görevi olmayan üstlerin adli kolluğa adli olayla ilgili talimat vermesi yasaktır. CMK ve Adli Kolluk Yönetmeliği uyarınca, Cumhuriyet Savcısı'nın emrinde bulunan adli kolluk, yürüttüğü adli soruşturmalar hakkında idari makamlara açıklama yapamaz, onlardan adli konularda talimat alamaz. (Bkz., CMK m. 160, 161 ve özellikle m. 164; Adli Kolluk Yönetmeliği m. 5). Hatta, adli kolluk, adli görevlerinin haricindeki hizmetlerde üstlerinin emrinde olmakla birlikte, adli kolluk görevlilerine adli görevi bulunmayan üstleri tarafından, yürütülen soruşturma ile ilgili olarak dahi emir ve talimat verilemez. (Ancak belirtelim ki, aşağıdaki dipnotta değinildiği üzere CMK m. 165 ve Adli Kolluk Yönetmeliği m. 7 hükmü bundan hariçtir.)⁷³

⁷³ Bununla birlikte, gerektiğinde veya Cumhuriyet Savcısı'nın talebi halinde, diğer kolluk birimleri de adli kolluk görevini yerine getirmekle yükümlüdür. Bu durumda, kolluk görevlileri hakkında, adli görevleri dolayısıyla CMK hükümleri uygulanır (Bkz., CMK m. 165; Adli Kolluk Yönetmeliği m. 7).

**KAMU GÖREVLİSİNİN ADLİ GÖREVİN İCRASI
SIRASINDA İŞLEDİĞİ VE GÖREVİN KÖTÜYE
KULLANILMASI VEYA İHMALİ NİTELİĞİNDEKİ
BİR SUÇA İLİŞKİN SORUŞTURMA NASIL YAPILIR?**

66

Öncelikle belirtelim ki, hâkimler ile serbest meslek icra etmekle birlikte görevleri kamusal nitelikte olan avukatlar hakkında özel hükümler mevcut olup, aşağıda bunlara değinilmeyecektir.

Kolluğun işlediği suçlar açısından genelde ne tür bir soruşturma usulüne tabi tutulacağı hususunda dört olasılığın göz önünde tutulması gerekmektedir:

1. İlk olasılık kamu görevlisi işlediği suçun görevle bir bağlantısının olmaması olasılığıdır. Bu olasılıkta, kamu görevlisi, diğer özel bir statüsü olmayan veya özel bir usule tabi tutulmayan kişilerle aynı soruşturma usulüne tabidir;

2. İkinci olasılık, kamu görevlisinin, özel nitelikte ve tipik eylemleriyle mücadele için özel olarak düzenleme yapılan ve savcılığa herhangi bir makamdan bir izin, karar vs. almadan derhal harekete geçme yetkisi veren rüşvet, zimmet, irtikap, ihaleye fesat karıştırma vb. özel kanunda sayılan suçlardan birisini işlemiş olmasıdır. Bu tür suçların işlendiği iddia olunduğunda 3628 sayılı Özel Kanun (Mal Bildiriminde Bulunulması, Rüşvet ve Yolsuzluklarla Mücadele Kanunu) gereğince savcı-

lık derhal harekete geçip soruşturma yapacaktır. Bu kanunun savcılık açısından getirdiği tek önemli yükümlülük, hakkında soruşturmaya başlanılan kamu görevlisinin görev icra ettiği kuruma durumu bildirmektir. Bu bildirim delilerin karartılmasını önleme gibi bir fonksiyonu olduğu gibi, asıl olarak, koşulları var ise o kamu görevlisi hakkında disiplin soruşturması açma, geçici olarak işten el çekirme, kurumun zararının artmasını önleyici önlemler alma vs. amaçlanmaktadır. 2003 tarihli kanun değişikliği ile memurların görev suçlarından işkence ve eziyet (TCK m. 94-96) suçları da aşağıda belirtilecek 4483 sayılı Özel Soruşturma Kanunu'nun alanından çıkarılarak aynı hükümlere tabi tutulmuştur;

3. Üçüncü olasılık, işlenen suçun kamu görevlisinin görev suçu olmakla birlikte, bu suçun adli görevin icrası sırasında işlenmemiş olması ve 3628 sayılı Kanun kapsamında olmamasıdır. Bu olasılıkta kamu görevlisinin görev suçu 02.12.1999 tarihli ve 4483 sayılı Özel Yargılama Kanunu'nun (Memurlar ve Diğer Kamu Görevlilerinin Yargılanması Hakkında Kanun) hükümlerine tabi olup, savcılığın soruşturmaya başlayabilmesi bu kanun hükümleri gereğince ilgili idari amirden izin alınmasına bağlıdır. İzin alınmaz ise soruşturmaya başlanılamayacak, buna karşılık izin alınır ise soruşturma yapılacak ve soruşturmanın sonucuna göre iddianame düzenlenecek veya kovuşturmanın (takipsizlik) kararıyla soruşturma sona erdirilecektir;

4. Son olasılık ise, kamu görevlisinin görev suçunu adli bir görevi icra sırasında işlemiş olmasıdır. Bu olasılığın varlığı halinde, CMK m. 161/5 uyarınca, üçlü bir ayırım yapılarak uygulamaya gidilmelidir. Bu hüküm uyarınca;

a. Kanun dairesinde kendilerine verilen ve kanun dairesinde kendilerinden istenilen adliye ile ilgili görev veya işlerde kötüye kullanma veya ihmalleri görülen kamu görevlileri ile

Cumhuriyet Savcılarının sözlü veya yazılı emirlerini yapmakta kötüye kullanma veya ihmalleri görülen kolluk amir ve memurları hakkında Cumhuriyet Savcılıklarınca doğrudan doğruya soruşturma yapılır.

b. Buna karşılık, aynı nitelikte suç işleyen vali ve kaymakamlar hakkında 4483 sayılı Memurlar ve Diğer Kamu görevlileri Hakkında Kanun hükümleri uyarınca uygulanacaktır;

c. Keza, en üst dereceli kolluk amirleri hakkında ise, hâkimlerin görevlerinden dolayı tabi oldukları yargılama usulü uygulanır (Bkz., CMK m. 161/5).

Diğer taraftan belirtmek gerekir ki, ağır cezayı gerektiren suçüstü hallerinde, CMK'nın hükümleri uygulanmak koşuluyla, vali ve kaymakamların kişisel suçlarından dolayı haklarında genel hükümlere göre soruşturma yapılması kaymakamların mensup oldukları il ve valilerin buldukları ile en yakın il Cumhuriyet Başsavcısı'na aittir. Bu suçlarda kovuşturma yapmaya yetkili mahkeme, soruşturmanın yapıldığı yerin görevli mahkemesidir (Bkz., CMK m. 161/6).

Belirtelim ki, olması gereken hukuk açısından, 4483 sayılı Kanun'u eşitlik ilkesine aykırı olduğu, suiistimallere yol açtığı, eski Memurun Muhakematı (Muvakkat) Kanunu'ndan daha sakıncalı olduğu, kamu görevlilerine hukuka aykırı ayrıcalık yarattığı, soruşturma ve kovuşturmanın adli bir iş olmasına ve idari yargının denetimine tabi olmasına karşın idarenin kamu görevlisi hakkındaki iddiaların araştırılmasını haksızca önleyebildiği ve çağdaş saydam demokratik adil bir devlet imajına gölge düşürdüğü, İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi'nin 6. maddesinde düzenlenen "*adil yargılanma hakkı*"na aykırı bulunduğu ve burada ayrıntısına girilmesine gerek bulunmayan diğer gerekçelerle yürürlükten kaldırılması gereken bir kanun olarak görmekteyiz.

OLAY YERİNDE İNCELEME YAPMAK İÇİN
TEDBİR ALAN KOLLUK
BUNA UYMAYAN KİMSELERE KARŞI
NE YAPABİLİR?

Adli kolluk görevlisi olay yerine ilişkin işlemleri yapmaya başladığında, bu işlemlerin yapılmasına engel olan veya kolluğun yetkisi içinde aldığı tedbirlere aykırı davranan kişileri yaptığı işlemler sonuçlanıncaya kadar bundan men eder. Burada kolluğa tedbir/önlem yetkisi verildiği gibi, men etme görevi de verilmiştir. Bu yetki, kolluğa verilen bir takdir yetkisi olmayıp, kolluğun işlemleri sağlıklı yapması ve tespit ve delil elde etme gibi işlemlerine hanel gelmemesi, soruşturmanın gizliliğinin (CMK m. 157) ihlalini engellemek vb. yararlar için men etme yükümlülüğü düzenlenmiştir. Kanun bunu “*men eder*” ifadesi ile belirtmiştir. Kolluk bu men yetkisini kullanırken, halin haklı gösterdiği biçimde ve ölçülü cebir, zor kullanabilir (Bkz., CMK m. 168). Kolluk zor kullanma yetkisini aşarsa genelde görevini kötüye kullanma özelde ise (koşulları var ise) zor kullanma yetkisine ilişkin sınırı aşma suçunu (TCK m. 256) işlemiş olur. Kolluğun gerekli olduğu zaman ve gerektiği kadar kullandığı cebirin amacı, bir tepki türünde davranış olmamalı, ilgili kişiyi tedbirlere uyma ve tedbirlere aykırı davranışlardan kaçınmaya zorlama amacına yönelik olmalıdır.

Doktrinde kolluğun bu yetkisinin “*özel yakalama*” olarak

vasıflandırılması ve tedbirlere aykırı davranan kimseleri olay yerinden uzaklaştırarak yakalayıp bir süre karakolda tutma veya avukatların polis otosu içinde tutulması biçiminde örneklerle açıklanmasını yerinde ve haklı bulmuyoruz. Burada kolluğa özel bir yakalama veya kendine özgü istisnai bir gözaltına alma yetkisi verilmemiştir. Bazen kullanılacak zor, olayın koşulları gereği, geçici bir yakalama biçiminde olabilir. Ancak bu CMK m. 90 anlam, süre ve kapsamında bir yakalama olmayıp, işlemlerin yapılması sürecinde tedbirlere uymaya veya kolluğun işini yapmasına engel olmayı defetmeye yönelik kısa süreli yakalamadır. Mülga CMUK'un konuya ilişkin 157. maddesinde kolluğa bu yetkisini kullanırken ilgiliyi gözaltına alma yetkisi verilmiş iken, yakalama yetkisini de özel olarak düzenlenmediği ve kanunla düzenlenmeyen bir koruma tedbirinin uygulanmasının ceza muhakemesi açısından hukuka aykırı olacağı kuralı gereğince, bu düzenlemenin teknik anlamıyla kolluğa yakalama yetkisi veren özel yakalama hükmü olduğu kabul edilemez. Kolluğun burada, zor kullanarak tedbire uyma veya belirli bir bölgeye girmemesi gereken kişiyi o yerden uzaklaştırmak için zor kullanılırken ve o kadar süre kişinin yakalanıp uzaklaştırılması anlamı dışında bir yakalama veya gözaltı yetkisi bulunmamaktadır. 5271 sayılı yeni CMK bu kurumu düzenlerken gözaltına alma yetkisini kaldırmıştır. Bunun bir nedeni, artık 5271 sayılı CMK'nın gözaltına alma yetkisini hiçbir şekilde kolluğa tanımayıp, yakalama ile gözaltı tedbirlerini ayrı ayrı düzenleyerek, gözaltına alma yetkisini sadece savcıya tanıması diğer nedeni ise yakalama ve gözaltı tedbirlerinin amaç ve koşulları ile m. 168'deki yetkinin koşul ve amacının farklı olması ve CMK m. 168'deki yetki açısından zor kullanma olanağının yeterli olmasıdır. Aksine bazen kişinin olay yerinden uzaklaştırılmaması gerekecek ve hatta ilgili kimsenin olay yerinde bulunması yararlı dahi olacaktır. Çünkü, CMK'da düzenlenen bazı koruma tedbirlerinin icrasında,

örneğin arama (m. 120-121), belge ve kağıtları inceleme (m. 122), eşya veya kazancın muhafaza altına alınması (m. 123-124) ve özellikle bilgisayarlarda, bilgisayar programlarında ve kütüklerinde arama, kopyalama ve elkoyma (m. 134) hükümleri işletilirken, kolluğun işini yapmasını engellemek, karışmamak ve önlemlerine aykırı davranmamak kaydıyla ilgilinin olay yerinde bulunması gerekecektir ve bu hem bu koruma tedbirlerinin uygulanması hem de olay yeri işleminin sağlığı ve başarısı için yararlıdır da.

Kolluk, olay yerinde yapacağı işlemler tamamlandığında, vakit geçirmeksizin, aldığı tedbirlere ve dolayısıyla da kişileri tedbirlere uymaya zorlama ve bazı davranışlardan men etmeye son vermelidir.

Olması gereken hukuk açısından, 168. madde metninde kolluğun bu yetkisini kullanmak için, olay yerinde “işlemlere başlaması” önkoşulunun arandığı biçiminde bir ifadenin kullanılması hatalı olmuştur. Çünkü bazen adli kolluk olay yerinde tedbirler alır ve fakat henüz işlemlere başlamadan o anda ilgili kimsenin tedbirlere uymaması, olay yerine girmesi, madde metninde belirtilen “işlemlerin yapılmasını” değil de “işlemlere başlanılmasını” engellemesi, önlem alan kolluğu o konuyla ilgili bir birim, personel veya cihaz/aracın getirilmesini beklediği andaki bazı olumsuz davranışlar da, bu madde ile amaçlanan hususların elde edilmesini veya yapılmasını olanaksız veya sağlıklı kılabilir. O nedenle, madde metninin değiştirilerek, bu maddedeki yetkinin kolluğun önlemleri aldığı veya önlemi aldığını belirtir bir işaret-şerit vs. koymadan önce de ilgililere uyarıda bulunması anını esas almak gereklidir.

Diğer yandan bu yetkinin sadece adli kolluğa tanınması ve fakat savcılığa tanınmaması hatalı olmuştur. Bu husus, mülga CMUK’daki kolluk-savcı ilişkisine ilişkin eski anlayış, düzen-

leme ve mantığın yanılığlı olarak bu düzenlemeyi etkilediğini göstermektedir. Çünkü mülga CMK'dan farklı olarak, artık kolluk resen soruşturmaya başlayamamakta, savcının emri olmadan (sınırlı koşulların varlığı halindeki yakalama dışında) resen hiçbir yetkiyi kullanamamaktadır. Tüm yetkilerin savcıda toplandığı bir sistemde, benzer araştırmaları yapacak savcının da bu yetkiyi kullanabileceğinin düzenlenmesi gerekli ve hatta bazı anlar için zorunludur. Tüm soruşturmayı münhasıran savcılık yönlendirecek ve hatta çocuk ceza muhakemesinde (Bkz., Çocuk Koruma Kanunu m. 15/1) olduğu gibi, bazen soruşturmadaki tüm işlemleri savcılık bizzat yapacaktır. Bu husus dahi, m. 168'de belirttiğimiz biçimde bir düzenlemeye gidilmesinin sorunlu olduğunu göstermektedir. Koruma tedbirlerinin koşul, tür, yetkili kişi vs.nin mutlaka kanunen düzenlenmesi gerekli olup, bunun yerine kıyasa başvurmak, irdelenen şey koruma tedbiri olduğu için, hatalı olacaktır. Belki, CMK m. 163'de kullanılan ifadelerin, bu kurumun düzenleniş amacından farklı olarak madde metninde "*savcılığın soruşturmadaki yetkileri*" olarak sınırlandırılmaması ve madde metninde "*bütün soruşturma işlemleri*" ifadesinin kullanılması nedeniyle, m. 163 kapsamında sulh ceza hâkiminin koşulları olduğunda m. 168'deki yetkiyi kullanabileceğini söylemek kabul edilebilir bir husustur, ancak savcılar için mutlaka madde metninde değişikliğe gidilerek onlara da bu yetkiyi kullanma olanağı tanınmalıdır.

**SORUŞTURMA VEYA KOVUŞTURMA EVRELERİNDE
SULH CEZA HÂKİMLERİNİN
CUMHURİYET SAVCILARININ YETKİLERİNİ
KULLANMALARI MÜMKÜN MÜDÜR?**

İlke olarak soruşturma evresindeki tüm soruşturma işlemlerini yapmak yetkisi Cumhuriyet Savcısı'nın görev ve yetkisi dahilindedir. Bu yetkilerin soruşturma evresine ilişkin en önemlileri CMK m. 161'de düzenlenmiştir. Bir suçun işlendiğine ilişkin ihbar veya şikâyet üzerine veya başka bir surette bir suç işlendiği izlenimini veren bir hali öğrenen Cumhuriyet Savcısı derhal kamu davası açmaya yer olup olmadığına karar vermek üzere işin gerçeğini araőtırmaya başlar. Bir taraftan şüphelinin lehine ve aleyhine tüm delilleri toplayacak olan Cumhuriyet Savcısı, diğer yandan bu delilleri muhafaza altına almak ve şüphelinin haklarını korumak yükümlülüğü altındadır. Cumhuriyet Savcısı bu araőtırmalarını yaparken emrindeki adli kolluğun yardımından faydalanır. Bu soruşturma işlemleri esnasında bir hâkimin yapabileceği bir karara ihtiyaç duyar sa, bunun için işlemin yapılacağı yerdeki sulh ceza hâkimine başvurur (Bkz., CMK m. 160-162).

Sulh ceza hâkimleri kural olarak yargı erki içinde olup, sulh ceza mahkemeleri nezdindeki görevleri dışında, soruşturma ve kovuşturma evrelerindeki hâkimlik işlemlerini yaparlar. Bu kimselerin görevi hâkimlik olup, kural olarak Cumhuriyet

Savcılığı veya kolluğun yapacağı işler açısından görevli ve yetkili değildirler. Ancak, suçüstü hali ile gecikmesinde sakınca bulunan hallerde, Cumhuriyet Savcısı'na erişilemiyorsa veya olay genişliği itibariyle Cumhuriyet Savcısı'nın işgücünü aşyorsa, sulh ceza hâkimi de bütün soruşturma işlemlerini yapabilir. Kolluk amir ve memurları, sulh ceza hâkimi tarafından emredilen tedbirleri alır ve araştırmaları yerine getirirler (CMK m. 163). Sulh ceza hâkimi burada, doktrinde “zorunluk savcılığı” denilen⁷⁴ ve belirtilen koşullar dahilinde ve o geçici süreçte savcının yardımcısı niteliğinde bulunduğu belirtilen bir statüdedir. Bu yetkisini kullanırken hâkim olarak değil, savcı olarak hareket etmekte ve bunun için adli kolluk ve amirlerine emir vererek iş yaptırabilmektedir. Acil bir durum vardır ve Cumhuriyet Savcısı olaya müdahale edememektedir. Sulh ceza hâkimi geçici olarak görev yapmaktadır; Cumhuriyet Savcısı'na ulaşıldığında işi ona devretmeli ve soruşturmaya devam etmek ve soruşturmadan sonuç çıkarmak yetkisini asıl yetkili olan Cumhuriyet Savcısı kullanmalıdır. Yakalama ve gözaltı “soruşturma işlemi” kapsamında ve esasen savcılarının kullanabildikleri yetki olduğu için CMK m. 163 dolayısıyla Cumhuriyet Savcısı yerine hareket eden sulh ceza hâkiminin de bu yetkileri kullanabileceği kabul edilmelidir. Ancak sulh ceza hâkiminin bu esnada gerekli ise tutuklama yetkisi bulunmamaktadır. CMK, mülga CMUK'tan farklı olarak tutuklama yetkisini ayrıca düzenlememiştir.

Burada, olması gereken hukuk açısından madde metni eleştirisel açıdan değerlendirilecek olursa, ileride yapılması gereken kanun değişikliğinde giderilmesi gerekli bazı hatalı ve uygulama karışıklığı yaratacak hususlara değinilmelidir:

⁷⁴ Kern - Roxin, § 10, III, 1 (Nakleden Yurtcan, Erdener, *Ceza Yargılaması Hukuku*, 11. Bası, İstanbul 2005, s. 141).

Belirtelim ki, madde metninde sulh ceza hâkiminin bu yetkilerini kullanması bir mecburiyet, mutlaka kullanılması gerekli yetkiler olarak düzenlenmemiştir. Oysa, bu yetkilerin uygulanma koşullarına bakıldığında, gecikmesinde sakınca bulunan ve hemen müdahale edilmesi gerekli istisnai acil hallere ilişkin bir yetki olarak düzenlendiği görülür. Bu tür bir hükme CMK'da yer vermenin amacı ve işin niteliği gereği, bu yetkilerin kullanılmasına Cumhuriyet Savcısı'na ulaşıldığında devam edilmeyerek elde edilen tüm delil, bilgi, yakalanan kişi, evrak vs.nin yetkili Cumhuriyet Savcısı'na devredilmesi gerekli bir yetki olarak düzenlenmesi gerekirdi. Bu yetkileri kullanıp kullanılmayı ilgili sulh ceza hâkiminin takdirine bırakmak, amaca aykırı olduğu gibi, uygulama eşitsizliklerine ve birçok adli olaya telâfisi olanaksız biçimde göz yummak anlamına gelecektir. Yine sulh ceza hâkiminin bu yetkilerini hangi evrede kullanabileceğinin belirtilmemiş olması tereddüt uyandırabilir. Bu hususta madde metnindeki 'soruşturma işlemleri' ifadesi bu tereddüdü engelleyemez. Çünkü soruşturma işlemleri gerek soruşturma evresinde gerek kovuşturma evresinde var olan işlemlerdir.

Ancak gerek bu düzenlemeye yer verilmesinin amacı ve adeta savcının yerine geçerek onun hem yardımcısı hem de adına görev ve yetki icra ettiği ve bunu yaparken adli kolluktan yararlanabilmesi ve hatta hem madde metnindeki "soruşturma işlemleri" ifadesinin tıpkı CMK'nın 2/1-e maddesinde olduğu gibi yanılığlı olarak soruşturma işlemlerinin sadece önsoruşturmada (hazırlık tahkikatında) yapılabileceği gibi yanılığlı bir mantıkla düzenlenmesi ve nihayet CMK'nın 163. maddesinin soruşturma evresini düzenleyen hükümler içinde yer alması, sulh ceza hâkiminin bu yetkilerini sadece soruşturma evresinde kullanabileceğinin kabulünü gerektirmektedir. Madde metninde bu yetkinin kullanılabilmesi için suçüstü halinin

koşul olarak aranması yerinde olmakla birlikte, Cumhuriyet Savcısı'na erişilemediği veya olayın genişliği itibariyle Cumhuriyet Savcısı'nın iş gücünü aşması hallerinde de aynı yetkinin tanınması amaca ve hukuka uygun değildir. Bunun yerine mülga "*gecikmesinde sakınca bulunan hal*" ölçütüyle yetinilmesi daha yerinde olurdu.

CMK'nın getirdiği sistemde yirmi dört saat görev yapan savcı modeli benimsenmiş, yakalama dışında kolluğun hiçbir işlemi resen yapamaması ve her işlemin Cumhuriyet Savcısı'nın emir ve kararına bağlanmış olması karşısında, "*Cumhuriyet Savcısı'na erişilemiyorsa*" biçimindeki bir koşulun anlaşılabilir, bazen Cumhuriyet Savcısı'nın işine sulh ceza hâkiminin müdahalesi nedeniyle iddia-yargı erklerinin ayrılığı ilkesine uymaması, bazen kolluğun savcı yerine sulh ceza hâkimlerine yönelmesi, geçici an için de olsa hâkimi Adalet Bakanı'na bağlı bir memur durumuna getirmeyi çok kolaylaştırmanın kuvvetler ayrılığı ilkesine aykırı olması, savcılık ve hâkimlik işlerinin ayrı uzmanlıkları gerektirdiği vb. gerekçelerle sakıncalı olduğu düşüncesindeyiz. Yeni sistemde kolluk yirmi dört saat her zaman savcıya ulaşabilmelidir.

Buna karşılık, madde metnindeki "*olay genişliği itibariyle Cumhuriyet Savcısı'nın iş gücünü aşıyorsa*" biçimindeki formülün ise çok daha sakıncalı olduğunu düşünüyoruz. Savcı savcılığını, hâkim de hâkimliğini yapmalıdır. Bu hüküm, çok kişinin katıldığı, olayın mağdurları, konusu veya etkileri itibariyle geniş olduğu vb. hallerde sulh ceza hâkimlerinin savcı yerine görev yapmalarının kapısını açmıştır. Sulh ceza hâkimlerinin bu son belirtilen halde savcıya yardımcı olup, onunla birlikte görev yapacakları da belirtilmediği için, yukarıda belirtilen tüm sakıncalar ortaya çıkacaktır. Kaldı ki, Cumhuriyet Savcısı'nın iş gücünü aşan bir olay çoğu kez sulh ceza hâkiminin de iş gücünü aşacak ve hem hâkimin yaptığı

işten Cumhuriyet Savcısı'nın soruşturma için sonuç çıkarması gibi sakıncalı bir duruma hem de hâkimlik yasakları ile ilgili sorunlara yol açacaktır.

Son olarak, CMK m. 163 ile sulh ceza hâkimine verilen yetkiler açısından, gecikmesinde sakınca bulunan halin ortadan kalkması durumunda işi hemen yetkili Cumhuriyet Savcısı'na devretmesi ve soruşturmaya savcının devam ederek sonuç çıkarması ve kovuşturamama kararı veya iddianame düzenlenmesi işinin Cumhuriyet Savcısı'nun işi olduğunun düzenlenmeyişi sakıncalı olmuştur. Özellikle suçüstü hallerinde bu yetkinin öncelikle kullanılacağı düşünülürse, bu iki hususun düzenlenmesi gerekirdi. Madde metni, iddianame düzenlemek veya kovuşturamama kararının da soruşturmada sonuç çıkarma niteliğinde bir soruşturma işlemi veya soruşturma işleminin mütemmim cüzü sayılarak bu işlemlerin de sulh ceza hâkimlerince yapılmasını engellemektedir. Ancak maddedeki geçici yetki kullanımına ilişkin hükmün amaca göre yorum ve bu yetkinin koşullarının sıkı kayıtla düzenleniş nedeni dikkate alınarak, uygulamada sulh ceza hâkimlerinin iddianame düzenlememeleri ve bu işi Cumhuriyet Savcılarına bırakmaları yerinde olacaktır.

Buna karşılık, kovuşturma evresinde sulh ceza hâkiminin veya başka bir hâkimin belirtilen türde bir iddia yetkisi bulunmamaktadır. Şüphesiz kovuşturma aşamasına geçildikten sonra da Cumhuriyet Savcılarının soruşturma ve davayı iddia makamı olarak yürütme yetkileri devam etmektedirler. Ancak Cumhuriyet Savcıları bu yetkilerini bizzat yerine getirmek zorundadırlar.

**SUÇUN İŞLENDİĞİNE İLİŞKİN
YETERLİ DELİLİN MEVCUDİYETİ
VE TÜM MUHAKEME KOŞULLARININ
GERÇEKLEŞMESİNE RAĞMEN
SAVCININ TAKDİREN DAVA AÇMAMASI
MÜMKÜN MÜDÜR?**

Bilindiği üzere, soruşturma evresinde toplanan deliller soruşturma sonunda Cumhuriyet Başsavcılığı tarafından değerlendirilir ve eğer bunlar başlangıç şüphesini basit şüphe olmaktan çıkarmış ve suçun işlendiği hususunda “*yeterli şüphe oluşturuyorsa*” (=kuvvetli delile dayalı şüphe), o takdirde kamu davasının mecburiliği temel ilkesi nedeniyle iddianame düzenlenerek ve bu iddianame kendisine sunularak yetkili mahkemenin kamu davasının açılmasına karar verilmesi talep edilir (Bkz., CMK m. 170/1 ve 175/1).

Buna karşılık, ceza muhakemesi mevzuatımızda çok sınırlı ve keyfiliğe yol açabileceği için kısmen de hatalı bir hükümler (CMK m. 171), soruşturmadan sonuç çıkaracak ilgili Cumhuriyet Savcısı'na iki halde kamu davasını açıp açmamak hususunda takdir yetkisi tanınmıştır. Bunlar;

1. Cezanın ortadan kaldırılmasını gerektiren şahsi sebep olarak etkin pişmanlık hükümlerinin uygulanmasını gerektiren koşulların (örneğin TCK m. 221/1, 2, 3 ve 4. fıkranın birinci cümlesi) veya

2. Şahsi cezasızlık sebebinin varlığı hali (örneğin TCK m. 167/1).

Dikkat edilmesi gereken husus, her etkin pişmanlık halinde Cumhuriyet Savcılığı'nın CMK m. 171'deki yetkiyi haiz olmadığı ve bu yetkinin kullanılabilmesinin yalnızca cezanın ortadan kaldırılmasını gerektiren türde bir etkin pişmanlık halinin var olduğu durumlarda söz konusu olabileceğidir. Örneğin TCK m. 91'de düzenlenen organ ve doku ticareti suçu açısından ve yalnızca "*organ ve dokularını satan kişi*" statüsündeki kişi açısından etkin pişmanlık hükmünün uygulanabilmesi için, TCK m. 93/1'deki koşulların var olması gerekir. Buna karşılık aynı suça ilişkin olarak yine etkin pişmanlığı düzenleyen ve fakat sonuç olarak yalnızca cezanın indirilmesine neden olan türdeki etkin pişmanlık hükmü TCK m. 93/2'deki koşulların varlığı halinde, Cumhuriyet Savcısı CMK m. 171'deki yetkiyi kullanamayacaktır. Örneğin, çeşitli koşul ve zaman dilimine göre farklı ceza indirimi oranlarını öngörmekle birlikte, çeşitli fıkralarında yalnızca ceza indirimine ilişkin etkin pişmanlık hallerini düzenleyip, buna karşılık cezanın ortadan kaldırılmasını gerektiren bir etkin pişmanlık hükmüne yer vermeyen TCK m. 168'in çeşitli fıkralarındaki koşulların varlığına rağmen, CMK m. 171'in uygulanma alanı bulması olanaksızdır.

SAVCI KAMU DAVASINI AÇMADA TAKDİR YETKİSİNİ NASIL KULLANACAKTIR?

Kanunumuz bu konuda herhangi bir ölçüt sevk etmiş değildir. Dolayısıyla savcının bu yetkisini sınırlayacak bir husus bulunmamaktadır. Ayrıca CMK 34'de hâkim ve mahkemelerin kararlarının gerekçeli olacağı belirtildiğinden, savcının bu konuda gerekçe göstermesi de gerekmektedir. Kaldı

ki, böyle bir karara karşı itiraz olanağı da bulunmamaktadır (CMK 173/5).

Bu düzenlemeyi olması gereken hukuk açısından değerlendirecek olursak, bu haliyle sakıncalı, eşitsizliğe yol açacak ve keyfiliğe neden olacak ve bazen de suiistimallere kaynaklık teşkil edebilecek bir hüküm olarak görmekteyiz. Çünkü aşağıda değinileceği üzere, hiçbir hukuksal ölçüt aranmadan ve sadece genel iki nedene dayalı olarak bu yetkiyi kullanıp kullanmama Cumhuriyet Savcısı'nın iradesine bırakılmıştır. Aynı veya benzer nitelikteki olaylarda bazı Cumhuriyet Savcıları bu yetkiyi kullanırken diğer bir Cumhuriyet Savcısı kullanmayacaktır. Yine bu yetkinin kullanımı için davanın açılmasında bir kamu yararının bulunup bulunmadığı değerlendirmesinin yapılması da aranmıştır ve bu yönüyle Batı ülkelerindeki klasik opportinité veya maslahata uygunluk diye adlandırılan sistemden kanımızca yanlış biçimde sapılmıştır. Keza aynı yetkinin kullanılması için şüphelinin suç sonrası belirli bir davranışının dikkate alınması veya mağdurun zararının kısmen veya tamamen giderilmesi aranmadığı gibi, suçun kişiye veya diğer hukuksal değer sahiplerine karşı işlenmiş bir suç olması arasında da ayırım yapılmamıştır. Bu haliyle madde, eğer Cumhuriyet Savcıları bu yetkilerini çok dikkatli kullanmaz iseler, ciddi bir hukuksuzluğa neden olacaktır.

Burada dikkat edilmelidir ki, bu hatalı hükmü takdir yetkisini keyfi kullanıp görevini suiistimal eden bir Cumhuriyet Savcısı'nın (kişilerin mağduriyetine veya kamunun zararına yol açmadıkça), TCK'nın görevin kötüye kullanılması ve ihmali suçlarını düzenleyen hükmünün oldukça hatalı bir biçimde zarar suçu haline getirilmesi ve uygulanma olanağının hukuka aykırı biçimde ve bu suçların amacıyla çelişir biçimde daraltılması nedeniyle, her zaman cezalandırabilmek

69

de mümkün olmayacağından, ikinci bir hukuka aykırılığa neden olunacaktır.

O nedenle, aşağıdaki sorunun cevabında belirtilen ve bu yetkinin keyfi kullanımına dayalı verilen karara karşı kanun yolundan yargısal nitelikte olanın doğuracağı sakıncayı da dikkate alarak, aşağıda belirttiğimiz kanun değişikliği yapılmaya kadar, en azından önerdiğimiz mekanizmanın işletilmesi gerekmektedir.

Yine bu düzenlemenin TCK m. 22/son'daki düzenleme ile karıştırılmaması gerekir. TCK'daki bu düzenleme (içerdiği hatalı ölçütler ve keyfiliğe karşın) sadece dava açıldıktan sonra yetkili mahkemece kullanılabilir.

**SAVCI TAKDİR YETKİSİNİ KULLANARAK
KAMU DAVASINI AÇMAZ İSE
MÜŞTEKİ-MAĞDUR'UN DAVAYI AÇTIRMAK İÇİN
YAPABİLECEĞİ BİR ŞEY VAR MIDIR?**

70

Belirtmek gerekir ki, ceza muhakemesi hukuku da dahil, hukukta takdire dayalı bir karara karşı mutlaka bir denetim mekanizması, kanun yolu oluşturulmalıdır. Buna yargı veya yargı alanında görev yapan ve idari bir ajan olan Cumhuriyet Savcılarının kararları öncelikle dâhildir. Bu nedendir ki, diğer kanun yolları gibi, soruşturmadan çıkarılan sonuca göre düzenlenen kovuşturamama (takipsizlik) kararları ile veya iddianamenin denetlenmesi ve bir kanuna veya hukuka aykırılık bulunması halinde bunun giderilmesi için bir yargı organı veya başkanının hukuksal etki doğuran karar vereceği düzenlenmiştir. İddianameyi inceleyen mahkeme eksiklik veya hukuka aykırılık gördüğünde bunun düzeltilmesi için bunu Cumhuriyet Savcılığı'na iade eder ve Cumhuriyet Savcısı'nın kovuşturamama kararına karşı ise kanunda düzenlenen ve süresi içinde (on beş gün) itiraz kanun yolunun kullanılması halinde, kararı veren Cumhuriyet Savcısı'nın bu itirazın yerinde görülmesi durumunda kovuşturamama kararının kaldırılması ve ilgili Cumhuriyet Savcısı'nı iddianame düzenlemeye zorlayan bir karar verebilmesi söz konusudur (Bkz., CMK m. 173/4 ve 174).

Ancak, kanımızca oldukça hatalı ve sakıncalı olarak düzenlenen CMK m. 173/5, Cumhuriyet Savcılarının kamu davasını açmama takdir yetkilerini kullandıkları CMK m. 171 uyarınca verdikleri kovuşturamama kararlarına karşı, ilgililerin itiraz kanun yolunu kullanamayacakları düzenlemesini getirmiştir. O nedenle, Cumhuriyet Savcısı kovuşturamama kararını bu hükmü dayandırdığında, bu değerlendirme ve takdirinin hukuka aykırılığına rağmen, CMK m. 171'e göre itiraz olanağı bulunmamaktadır.

Olması gereken hukuk açısından, bu düzenlemenin ne haklı bir hukuksal gerekçesi vardır ne de amaca uygundur. Oysa CMK m. 171'in koşullarının bulunmadığı, hatalı olarak bu maddenin kapsamına giren bir halin varlığı düşüncesiyle kovuşturamama kararının verildiği veya kasten bu maddenin koşullarının bulunmamasına karşın düzenlenen kovuşturamama kararının CMK m. 171'e dayandırılması olasılığı her zaman vardır. Takdir yetkisine karışılmaması kaydıyla, bu yetkinin kullanıldığı kararlarda bu yetkiyi düzenleyen hükmün koşullarının var olup olmadığının denetlenmesini önlemek anlaşılamaz ve kabul edilemez bir durumdur. Bir takdir yetkisini tanımak başka bir şey, bu takdir yetkisinin koşullarının var olup olmadığını ve (onu keyfilikten kurtarmak için) bu yetkinin hukuka uygun kullanılıp kullanılmadığını denetlemek başka bir şeydir. Bir takdir yetkisinin denetlenmesi onu keyfilik alanından çıkarır ve fakat o takdir yetkisini ortadan kaldırmaz. Madde bu haliyle keyfi bir yetkiyi düzenlemiş görünmektedir ve bu hukuka aykırı olup hemen değişikliğe gidilerek CMK m. 173/5 madde metninden çıkarılmalıdır.

Buna karşılık, Cumhuriyet Savcısı'nın CMK m. 171'e göre düzenlediği kovuşturamama kararına, yani kamu davasını açmama takdir yetkisini kullandığı kararına karşı başka bir

kanun yolu kullanılabilir mi? Henüz uygulamayı yönlendiren emsal bir içtihat oluşmadığı için, uygulamanın nasıl seyredeceği ilerideki uygulamalarla belirginleşecektir. Bu tür kararlara karşı bölge adliye mahkemeleri veya Yargıtay'ın müdahalesi çok mümkün görünmediği için, bu iki yargı kurumundan yakın tarihli bir yönlendirici karar beklenemez. Burada doktorinin tutumu belirleyici olabilir. Kanımızca, bu soruya verilecek cevap, CMK m. 171'den hareketle yapılacak yoruma göre değişecektir. İki türlü düşünülebilir:

1. Denilebilir ki, evleviyet (=öncelik) mantık ve yorum kuralı gereğince, bu kovuşturamama kararına karşı yargısal yolu kapatan kanun koyucunun amaç ve iradesi herhangi bir kanun yoluna gidilmesini istemediği ve Cumhuriyet Savcısı'nın bu takdirini belirten kovuşturamama kararının verildiği anda o ve diğer tüm Cumhuriyet Savcılıklarını bağlamasını arzu ettiği kabul edilmeli ve bu karara karşı o kararı veren Cumhuriyet Savcısı'nın bağlı bulunduğu Cumhuriyet Başsavcılığı'na müraaat olanağını da kabul etmemek gerekir;

2. Bizim de benimsediğimiz ikinci bir düşünce tarzı ise, kanun koyucunun yalnızca itiraz olanağını yasakladığı ve fakat Cumhuriyet Başsavcılarına emirleri altındaki Cumhuriyet Savcılarının bu tür kovuşturamama kararlarına karşı başvurabileceği düşüncesi olabilir. Bu düşünceye göre, savcının CMK m. 171'e dayalı kovuşturamama kararına karşı itiraz kanun yolu CMK m. 173/5 nedeniyle kullanılamayacak ise de, bu kararın kaldırılması ve iddianamenin düzenlenmesi talebiyle kovuşturamama kararını veren savcının bağlı bulunduğu Cumhuriyet Başsavcılığı'na başvurularak davanın açılması için iddianame düzenlenmesi istenebilir. Kanımızca bu görüş yerindedir. Hem bizatihi hatalı ve sakıncalı düzenlenen CMK m. 171'in hem yine hiçbir hukuksal mantık ve gerekçesi olmayan CMK

m. 173/5'i dar anlam ve kapsamı dışında ve hukuk devleti ilkesini zedeleyen biçimde genişleterek, yorumu vasıtasıyla ikinci bir kez bir denetim/kanun yolu mekanizmasını tıkayacak biçimde yorumlamamak gerekir. Kaldı ki, yasaklayan bir hüküm olmadığı, Cumhuriyet Savcılarının iddianame ve kovuşturamama kararlarını kendi adlarına değil, emrinde/ nezdinde çalıştıkları Cumhuriyet Başsavcılıkları adına vermeleri, Cumhuriyet Başsavcılarının soruşturmaya her zaman müdahale edebilmelerinin mümkün olması, Cumhuriyet Başsavcısı'nın Cumhuriyet Savcısı'nın amiri olması, gerektiğinde o soruşturmayı yapacak Cumhuriyet Savcısı'nı değiştirebilmesi ve verilen karar makam itibarıyla ve Cumhuriyet Başsavcılık adına verildiği için, CMK m. 173/5'deki hükmün yalnızca en yakın ağır ceza mahkemesi başkanına başvurmayı yasakladığı da dikkate alınarak, yukarıda belirtilen veya başka bir biçimde, Cumhuriyet Savcısı'nın bilerek veya bilmeyerek CMK m. 171'i hatalı uyguladığı kanısı/iddiasında olan ilgililerin, bu kararın gözden geçirilmesi ve CMK'nın koşullarının bulunmaması veya özellikle yukarıda belirtilen iki tür pişmanlıktan hangisinin somut olayda var olduğunun hatalı saptandığı hallerde, Cumhuriyet Başsavcısı'nın bizzat veya görevlendireceği başka bir savcı veyahut bizatihi kovuşturamama kararını veren savcıya emrederek iddianame düzenlemesini isteyebilmesi yolunun işletilmesi gerektiği ve bunu engelleyen bir hukuk veya kanun hükmü olmadığı görüşündeyiz.

**KOVUŞTURMAYA YER OLMADIĞINA
KARAR VEREN SAVCILIK
BİR SÜRE SONRA AYNI EYLEM HAKKINDA
İDDİANAME DÜZENLEYEBİLİR Mİ?**

71

Cumhuriyet Başsavcılığı soruşturma evresi sonunda kovuşturmaya yer olmadığına karar verirse, aynı veya başka bir yerdeki Cumhuriyet Başsavcılığı bu kararı verilmesinden bir süre sonra aynı delil ve emarelere dayanarak bu kez iddianame düzenleyemez. Bu surette bir iddianamenin düzenlenmesi ve bunun kanuna uygun olabilmesi için, önceki kovuşturmama kararından sonra yeni bir delilin ortaya çıkması, bu delilin ilgili kişi aleyhine olması ve önceki delillerle birlikte değerlendirildiğinde suçun işlendiği hususunda kuvvetli delilin (CMK'nın ifadesiyle kuvvetli Şüphenin) varlığını kabule yeterli olması gerekmektedir (Bkz., CMK m. 172/2).

Ancak daha önce Cumhuriyet Başsavcılığı kovuşturma kararı vermiş ve bunun üzerine suçtan zarar gören veya vekili CMK m. 173/1 uyarınca kararın kendisine tebliğinden itibaren 15 gün içinde bu kararı veren Cumhuriyet Savcısı'nın yargı çevresinde görev yaptığı ağır ceza mahkemesine en yakın ağır ceza mahkemesi başkanına itiraz yetkisini kullanmakla birlikte, bu itiraz reddedilmişse, bu takdirde aynı veya başka bir Cumhuriyet Savcısı'nın iddianame düzenlemesi ve bunun CMK'ya uygun olması ve keza CMK m. 174 uyarınca redde-

71

dilmemesi için, bir önceki paragrafta belirttiklerimize ilave olarak, ayrıca önceden verilen itiraz dilekçesi hakkında karar vermiş olan ağır ceza mahkemesi başkanının kamu davasının açılması hususunda bir karar vermesi de gereklidir.

Kanun'un burada Cumhuriyet Savcısı'nın "*kamu davası açması*"ndan söz etmesi yerinde olmadığı gibi kendi terminolojisi ve sistemine de aykırıdır. Çünkü mülga 1412 sayılı CMUK'tan farklı olarak, CMK sisteminde Cumhuriyet Savcıları tasarrufları ile kamu davası açmamakta, onların düzenledikleri iddianamenin ilgili mahkeme tarafından kabulüne karar verilmesiyle kamu davası açılmaktadır (Bkz., CMK m. 175/1). Madde metnindeki bu ifadenin, "*iddianame düzenleyerek mahkemeye sunmak*" biçiminde anlaşılması gerekmektedir.

**SAVCI ÖNÖDEME VEYA UZLAŞMA KURUMUNA
BAŞVURMADAN İDDİANAME DÜZENLERSE
BU HUKUKA UYGUN MUDUR?
BUNA KARŞI VEYA MAHKEMENİN BU KURUMLARI
İŞLETMEMESİNE KARŞI BİR ŞEY YAPILABİLİR Mİ?**

Önödeme kurumu genel hüküm olarak TCK m. 75 özel hüküm olarak ise örneğin Kaçakçılık Kanunu m. 34'de düzenlenmiştir. Keza uzlaşma kurumu ise birkaç kanundaki hükümlerle düzenlenmiştir (Bkz., örneğin TCK m. 73/8; 75/1, CMK m. 253-255, 144, 172; ÇKK m. 24). Bu maddelerin lafzına bakıldığında, bu kurumların belirli koşullarla savcılık ve mahkemece uygulanabilir ve fakat sanki uygulanmaları bu makamların takdirine bırakılmış gibi düzenlendikleri görülmektedir.

Belirtelim ki, bu iki kurum aynı olayda uygulanması mümkün ve seçenek kurumlar olarak düzenlenmemiş olup, TCK m. 75/1 gereğince, önödeme, kanuni tüm koşullarının varlığı yanında, ancak uzlaşma kapsamında olmayan suçlar açısından uygulanabilecek bir kurumdur.

Ancak, iddianamenin iadesini düzenleyen CMK m. 174/1-c dikkate alındığında, savcılıklar açısından bu iki kurumu işletmek üzere girişimde bulunmanın zorunlu hale getirildiği görülmektedir. CMK'nın belirtilen hükmünün ilk şeklinde önödeme savcılıklar açısından iddianame düzenlenmeden işletilmesi için girişimde bulunulması zorunlu bir kurum

72

olarak düzenlenmekle birlikte, uzlaşma konusunda bu tür bir düzenleme yapılmamıştı. Esasen birçok hatalı ve eksik hükümleri içermesi nedeniyle (Çocuk Koruma Kanunu'nun uygulanma alanı hariç) zaten nadiren uygulanma şansı bulacak uzlaşma kurumu, madde metninde 2005 tarih ve 5353 sayılı Kanun'un 27. maddesiyle değişiklik yapılarak uzlaşma kurumu da iddianame düzenlenmeden önce işletilmesi gerekli, yani savcılıklar açısından uygulanması zorunlu bir kurum haline getirilmiştir.

Eğer savcılıklar bu kurumu işletmek üzere gerekli girişimde bulunarak ilgililerden olumsuz yanıtlar almadan veya kanuni koşul ve gereklerinin yerine getirilmediğini görüp saptanmadan iddianame düzenlenirse, CMK m. 174/1-c hükmü gereğince iddianame bu kurumların işletilmesi için gerekli kanuni girişimin yapılması gerektiği gerekçesiyle Cumhuriyet Savcılığı'na iade edilecektir.

Şüpheli kimse soruşturmayı öğrendiği andan itibaren kendisi bu kurumun işletilmesini talep edebileceği gibi, herhangi bir biçimde iddianamenin düzenlenerek mahkemeye verildiğini öğrendiğinde, iddianamenin mahkemece incelenmesi için kanunen tanınan on beş günlük süre dolmadan mahkemeye başvurarak iddianamenin bu neden ve gerekçeyle savcılığa iade edilmesini talep edebilirler.

Belirtelim ki, dava açıldıktan sonra mahkemelerin bu kurumu işletmesi mahkemelerin takdirine bırakılmış olup, mahkemelerin bu kurumu işletmemesi halinde bu tutuma karşı gidilebilecek veya harekete geçirilebilecek bir mekanizma düzenlenmemiştir.

Burada ortaya çıkabilecek bir sorun, savcılığın bu iki kurumdan birisinin kanuni koşullarının bulunmasına karşın

savcılığın iddianame düzenlemesi ve mahkemenin bunu kasten veya yanlışlıkla iddianamenin savcılığa iade nedeni olarak değerlendirmemesi veya on beş günlük iddianameyi inceleme süresinde iddianamenin iade veya kabulüne karar vermemesi nedeniyle CMK m. 174/3 nedeniyle iddianamenin kanunen kabul edilmiş olduğunun varsayıldığı durumda buna karşı bir kanun yoluna gidilip gidilemeyeceği hususudur. Öncelikle belirtelim ki, bu olasılıkta mahkeme bu kurumlara ilişkin kanuni koşulların varlığı halinde, uzlaşma ve (önödeme açısından TCK m. 75'deki kısıtlı hükmü rağmen konuyla ilgili 1983 tarihli İBK ve bunun geniş uygulanması nedeniyle) ön ödeme kurumunu işletebilir. Diğer yandan iddianamenin iadesi kararına karşı Cumhuriyet Savcısı'nın buna itiraz imkânı olmasına karşın (CMK m. 174/5), iddianamenin kabulü kararına karşı bir kanun yolu kabul edilmiş değildir. Eğer iş (bir özel kanun hükmü gereğince) doğrudan doğruya mahkemeye intikal eder veya eylemin hukuksal tavsifinde değişikliğe gidilerek bu kurumların kapsamında bir eylem olduğu anlaşılırsa, mahkeme bu kurumları işletmez ise, bu kurumların işletilmesinin mahkemenin takdirine bırakılıp uygulanması zorunlu kurumlar olarak düzenlenmemeleri nedeniyle, sırf bu nedenle mahkemenin bu tutum ve uygulaması bir kanun yolunun konusunu veya neden ve gerekçesini oluşturmaz. Buna karşılık, yukarıda belirttiğimiz biçimde, savcılık kasten veya yanlışlıkla bu kurumları işletmeden iddianame düzenler ve bu kabul edilir veya kanunen kabul edildiği varsayılan süre geçerse, bu takdirde savcılık açısından uygulanması (=uygulanma için girişimde bulunulması) zorunlu bir kurum, işletilmeyerek mahkeme önüne gelmiş ve mahkeme de bu kurumları işletmeyerek davayı sonuçlandırarak mahkûmiyet kararı vermiş olabilir. İşte bu olasılıkta, iddianamenin kabulünden veya kanun yolu aşamasından sonra iddianamenin tekrar savcılığa iadesi düzenlenmediği ve burada kıyas yapılmak istenirse

mevcut düzenlemede bilinçli olarak buna yer verilmemesi gibi *“evrelerden geri dönülemez”* ilkesine de aykırı olacağı için, istinaf veya temyiz kanun yolu vasıtasıyla dosyanın savcılığa iadesi ve savcının bu kurumları işletmek için girişimde bulunması ve bunun sonucuna göre kovuşturmanın veya yeniden iddianame düzenlenmesi gibi bir uygulama hem kanuna hem amaca aykırı olacak ve esasen bu kurumlarla amaçlanan hedefe aykırı sonuçlara bizi götürecektir. Bu durumda, eğer yapılacaksa kanuni bir düzenleme yapıncaya kadar, mahkemenin önüne gelen iş açısından bu kurumları işletmek için girişimde bulunmaması CMK m. 288 uyarınca bir kanun hükmünün hiç uygulanmaması veya yanlış uygulanması kabul edilerek hükmün hukuka aykırı olması temyiz nedeni saymak gerekir. Bu nedene dayalı olarak bozulan karar üzerine, yerel mahkemenin uyma kararı vermesi üzerine yapacağı yargılamada, uymadan sonraki serbestlik kuralının bir istisnası olarak (=nokta bozma nedeniyle) yerel mahkemenin bu kurumları işletmek için gerekli kanuni girişimde bulunması ve bunun sonucuna göre davayı düşürmesi veya davaya devam etmesi gerektiği düşüncesindeyiz.

**UZLAŞMA HÜKÜMLERİNİN İŞLETİLMESİ İÇİN
TÜM ŞÜPHELİ VEYA SANIKLARLA UZLAŞMAK
ZORUNLU MUDUR?
ARADAN GEÇEN SÜREDE
SUÇ ZAMANAŞIMINA UĞRAMAZ MI?**

73

Belirtelim ki, aralarında iştirak (suç ortaklığı) olsun veya olmasın birden fazla kişi tarafından işlendiği iddia olunan (CMK'nın hatalı ifadesiyle "işlenen") suçlarda, ancak uzlaşan kişi uzlaşma kurumundan yaralanacaktır (CMK m. 255). Kanun koyucu burada "şikâyetin bölünmezliği veya sırayeti ilkesi"nden farklı bir tespit ve tercih yapmıştır.

Esasen kanun koyucunun yaptığı bu tercihin AY. m. 38 ve TCK m. 20'deki ceza sorumluluğunun şahsiliği ilkesine uygun olduğu ve burada bir özel hukuk sorumluluğuna (zincirleme =müteselsil) gidilmediği, suç işlediği iddia olunan kimselerin ileride dava açılıp ve mahkûmiyet kararı verildiğinde, birbirinden ayrı olarak mahkûm edilecekleri ve herkesin cezanın bireyselleştirilmesi ilkelerine göre (örneğin TCK m. 61 vs. gereğince) aynı veya farklı oranlarda birbirinden ayrı (ferdileştirilmiş) (keza herkes hakkında diğerlerinden bağımsız infaz edilmesi gereken) cezaya mahkûm edilmesi gerekeceğinden, burada suç işlediği iddia olunan kimselerin çokluğu göz ardı edilerek ve ceza sorumluluğu açısından birbirinden farklı düşünülmesi gereken bu kimselerin tek ve aynı kişi olmadığı dikkatlerden kaçırılarak, bir şüpheli veya sanığın mağdur veya vekili veya

kanuni temsilcisi ile anlaşmasının doğuracağı sonucu tüm sanıklara yaymak hem CMK, CGTİK ve TCK'ya hem ceza sorumluluğunun şahsiliği ve diğer ceza hukuku ilkelerine ve hem de hukuka aykırı olur.

Soruşturma evresinde Cumhuriyet Savcısı yapılan soruşturmanın durumuna göre Kanunun uzlaşma yapılması olacağını verdiği hallerde şüpheliyi (CMK'nın hatalı ifadesiyle "faili") CMK'nın öngördüğü usullere göre uzlaşmaya davet ederek suçtan dolayı sorumluluğu (CMK m. 253/1) kabul edip etmediğini (TCK'ya göre suçu kabullenip kabullenmediğini) sorar. Şüpheli sorumluluğu kabul edip zararın tümünü veya önemli bir kısmını ödemeyi veya zararları gidermeyi kabullendiğinde, bu durumu mağdura veya varsa vekiline veya kanuni temsilcisine bildirir. Aynı usul kovuşturma evresinde mahkemece tatbik edilir. Mağdur, verilmiş zararın tümü veya büyük kısmı itibariyle giderildiğinde özgür iradesi ile uzlaşacağını bildirirse, soruşturma (kovuşturma evresinde ise kovuşturma) sürdürülmez, yani durdurulur. Uzlaştırma süresince zamanaşımı durur, işlemez (CMK m. 253/5). Ancak belirtelim ki, CMK'nın kullandığı terimler ve ifade biçimi hatalıdır ve sorunlara gebe dir. Öncelikle burada uzlaşmanın ne zaman başladığı ve soruşturmanın veya kovuşturmanın durduğu an ile soruşturmaya veya kovuşturmaya son verildiği anın iyi tespit edilmesi gerekmektedir. Uzlaşmanın başlaması anı, mağdur ve şüpheli/sanığın uzlaşma teklifine onay verdikleri an olmakla birlikte, uzlaşma (=uzlaştırma) sürecinin sonu sorumluluğun (=suçun) kabullenilmesi koşuluyla, zararın tümünün veya önemli bir kısmının giderildiğinin veya ödenmediğinin saptandığı andır.

Ancak, bu husus madde metninde çok açık düzenlenmeyip, madde metnindeki hatalı ifade biçimi, uzlaştırma sürecinin

uzlaşma raporunun Cumhuriyet Savcısı veya mahkemece kabulü kararının verildiği (onay) an olarak anlaşılmaya ve dolayısıyla da zamanaşımının durma sürecinin bu ana kadar devam edeceği bundan sonra zamanaşımının işlemeye devam edeceği biçiminde anlaşılmaya müsaittir. Madde metninde değişiklik yapılarak, bu hususun açıkça ifade edilmesi ve olası tereddütlerin ve yanlış anlamaların önlenmesi gerekmektedir.

Kanımızca, belirttiğimiz biçimde kanun değişikliği yapılmaya kadar, zamanaşımının durduğu “uzlaştırma süresi”ni şüpheli/sanığın kabulü sonrasında Cumhuriyet Savcısı’nın (veya mahkemenin) sorması üzerine mağdurun veya vekili veya kanuni temsilcisinin kabulü anında başlayan ve şüpheli/sanık ile mağdurun anlaşmaları, uzlaşma raporunun hazırlanıp kabulü anı ile sınırlı biçimde değil, bu uzlaşma raporunun tamamen icrası suretiyle uzlaşma raporunun gereklerinin bütünüyle yerine getirildiği ana kadar geçen bir süre olarak kabul etmek gerekecektir. CMK m. 252/3’ün kaleme alınışı bu kabul ve uygulamayı benimsemeye uygundur.

Nitekim TCK m. 73/8’de kullanılan ifade biçimi de, uzlaşmanın yapıldığı anı bu biçimde anlamak gerektiğini ortaya koymaktadır. Çünkü, madde metnine göre, uzlaşma anı, yani uzlaşma sürecinin sonu, “suçun kabullenilmesi” ve doğmuş olan zararın tümünün veya büyük bir kısmının ödenmesi veya giderilmesi koşuluyla mağdur ile failin (doğrusu şüphelinin/sanığın) özgür iradeleriyle uzlaşmalarının Cumhuriyet Savcısı veya hâkimce (doğrusu mahkemece) saptanması anıdır.

UZLAŞMA SAĞLANAMAZ İSE
ŞİKÂYETİN GERİ ALINMASI VEYA
ÖNÖDEME KURUMLARI İŞLETİLEBİLİR Mİ?

Öncelikle belirtelim ki, uzlaşma kurumu ceza muhakemesi hukukumuzda, çocuklarla ilgili düzenleme hariç, hatalı olarak yalnızca şikâyete bağlı suçlarda uygulanmak üzere düzenlenmiştir.⁷⁵ Oysa hem şikâyetin geri alınması kurumunun aynı işlevi, daha kolay, daha tercih edilen ve masrafsız-bürokrasi olmaksızın ve keza herhangi bir makamın iznine bağlı olmaksızın yerine getirmesi, zaten çok yaygın biçimde uygulanması, her iki tarafa uzlaşma kurumunun dolaylı olarak sağlayacağı birkaç basit husus (sorumluluğun -kanunun hatalı ifadesiyle suçun- kabulü ve belki uzlaşmaya ikna etmek veya uzlaşmayı kolaylaştırmak için başvurulmuş bir metot olarak uygulanması tercih edilebilecek mağdurdan özür dilenmesi) dışında yararlar sağlaması ve amacı gerçekleştirmesi nedeniyle, esasta işleyen ve bir kanun değişikliğine gidilmez ise uygulanacak kurum şikâyetin geri alınmasıdır. O nedenle, öncelikle, çocukların işlediği iddia edilen suç alanı dışında, şikâyete bağlı olmayan ve cezası belirli bir miktarı aşmayan suçlarda da uzlaşma

⁷⁵ Uzlaşma ve şikâyet koşulu ilişkisi hakkında ayrıca bkz., Yıldız, Ali Kemal, "Uzlaşma ve Şikâyet İlişkisi (Y. TCK m. 73)", *Ceza Muhakemesi Hukuku'nda Uzlaşma*, İstanbul 2005, s. 274-280.

kurumunun işletilmesinin sağlanması acil bir gerekliliktir. Çocuk Koruma Kanunu ise, şikâyete bağlı suçlar dışında, kasten işlenmekle birlikte on beş - on sekiz yaş dilimi arasındaki çocuklarda alt sınırı iki yılı aşmayan ve yine kasten işlenmekle birlikte on iki - on beş yaş dilimi içindeki çocuklarda alt sınırı üç yılı aşmayan suçlarda ve keza bütün taksirli suçlarda uzlaşma kurumunun uygulanacağı hükmünü amirdir.

Dolayısıyla bu soru, çocuklar ve diğer insanların işledikleri ve fakat yalnızca şikâyete bağlı suçlar açısından cevaplandırılacaktır.

Öncelikle belirtelim ki, bu suçlar açısından uzlaşma kurumunun işletilebilmesi için ya başta itibaren şikâyetin yapılması üzerine soruşturmaya başlanılmış olması veya şikâyete bağlı bir suç şikâyet olmadan soruşturulmakla kalmamış kovuşturma aşamasına ulaşılmış ve bu anda şikâyete hakkı olanın CMK'nın 158/6. maddesinin aradığı (şikâyetin açıkça geri alınması) koşulu gerçekleşmediği için kovuşturmanın devam ediyor olması gerekmektedir. Soruşturma evresi için CMK m. 158/6 gibi bir hüküm olmadığı için, soruşturma evresinde suçun şikâyete bağlı olduğu anlaşılırsa, uzlaşma kurumunun uygulanmasından önce, şikâyet muhakeme koşulunun gerçekleşme olasılığının bulunup bulunmamasına göre farklı işlem yapılacaktır: Eğer şikâyet artık yapılamayacaksa, uzlaşma kurumu dahi işletilmeden, kovuşturmanın kararı verilerek soruşturma kapatılacaktır. Buna karşılık, şikâyetin gerçekleşme olanağı varsa, şikâyete hakkı olanlara şikâyetçi olup olmadığı sorulmalı ve eğer onlardan hiçbiri şikâyetçi olmaz ise kovuşturmanın kararı ve fakat şikâyetçi olunursa uzlaşma kurumuna gidilip gidilemeyeceği ikinci bir inceleme sonucunda kararlaştırılmalıdır. Bu son olasılıkta eğer soruşturma açısından hiçbir şey yapılmamışsa soruşturmaya başlanılmalı

ve eğer dava açılmasına yetecek kadar yeterli delil elde edilmezse ne iddianame düzenlenmeli ne de uzlaşma kurumuna başvurulmalıdır. Eğer o ana kadar elde edilen veya şikâyet koşulunun gerçekleşmesi sonrasında elde edilen deliller dava açmaya yetecek kadar ise, soruşturma CMK m. 253 uyarınca durdurularak uzlaşma kurumunun işletilmesi için girişimde bulunulmalıdır. Bunun için soruşturma evresinde tüm delillerin toplanmasına gerek yoktur: Önemli olan uzlaşmaya gitmeden önce iddianame düzenlenmesine yetecek kadar delilin mevcut olmasıdır. Çünkü eğer uzlaşma olur ve gerekleri tamamen yerine getirilirse soruşturma uzlaşmaya dayalı olarak verilecek ve ne bis in idem etkisi doğuracak kovuşturamama kararıyla sonuçlandırılacak ve artakalan delillerin toplanmasından vazgeçilecektir. Buna karşılık uzlaşma teklifi kabul edilmez veya uzlaşma sağlanamaz veyahut uzlaşma raporu tümüyle icra edilemez ise soruşturmaya devam edilecektir. Paralel uygulamanın kovuşturma aşamasında da yapılması gerekmektedir.

Özetle şikâyet koşulu gerçekleşmeden, şikâyete bağlı olarak kısmen de olsa yapılmış bir soruşturma ve bu soruşturmaya dayalı elde edilen ve iddianamenin düzenlenmesine yetecek delil olmadan uzlaşma kurumuna başvurulmamalıdır. Uygulamada şikâyet yapılır yapılmaz uzlaşma kurumunun işletmeye girilmesi hukuka uygun değildir. Çünkü eğer, dava açılmayacak (kovuşturma evresinde ise davaya devam edilmesini engelleyen) bir durum var ise, uzlaşma kurumu işletilmemelidir.

Uzlaşma sağlanamaz ise şikâyetin geri alınması kurumu işletilebilir. Uzlaşma ve şikâyetin geri alınması kurumları birbirine alternatif uygulanmaları veya uzlaşmanın uygulanması başarısızlıkla sonuçlanınca şikâyetin geri alınması kurumunun

işletilmesinin uygulanması yasaklanmış değildir. Özünde bu iki kurum birbirinden ayrıdır. Yalnızca şikâyet uzlaşma kurumunun işletilmesi için varolması gereken soruşturma ve kovuşturma için bir ön koşul olduğu için, uzlaşma gerçekleşmeyince şikâyetin geri alınması mümkün ise de; şikâyet yapılmamışsa veya geri alınmışsa (şikâyete bağlı suçlarda) artık ortada bir soruşturma veya kovuşturma olmayacağı için uzlaşma kurumunun işletilmesi mümkün değildir.

Diğer yandan, ön ödeme kurumu ile bu iki kurum arasındaki ilişkiye de değinilmelidir. Öncelikle belirtelim ki, ön ödeme ile uzlaşma kurumları birlikte uygulanabilir kurumlar değildirler. Kanun koyucu ön ödeme kurumunun uygulanacağı suçları, uzlaşma kurumu kapsamındaki suçlar dışındaki suçlarla sınırlandırmıştır (Bkz., TCK m. 75/1). O nedenle, uzlaşma sağlansın sağlanmasın, eğer uzlaşma kurumu kapsamında bir suç varsa, uzlaşma kurumuna başvurulmadan veya başvurulup da işletilemeyen durumlarda ön ödemeye gidilemez. Burada iki kurumdan birisi uygulanabilir ve bunu seçmek ceza muhakemesine taraf kişi veya makamların takdirine bırakılmamış, kanun koyucu tarafından uzlaşma kurumuna alınan suçlar düzenlendikten sonra, bunların dışında kalan ve ön ödeme kurumunun koşullarını taşıdığı için bu kurumun kapsamında kalan dar bir eylem grubunu ön ödeme kurumunun alanına sokmuştur. Yani ön ödemeye gidilebilecek suçlar, fiilen uygulansın uygulanmasın, uzlaşma kurumunun uygulanma alanı dışındaki suçlardır. O nedenle, uzlaşma kurumunun işletilemediği hallerde, yasal engel nedeniyle, diğer koşullarını taşısa dahi, ön ödeme kurumu işletilemez.

Ancak, şikâyetin geri alınması ile ön ödeme kurumu arasındaki ilişki farklıdır. Ön ödeme kurumunun işletilebilmesi için, uzlaşma kurumunda olduğu gibi “şikâyete bağlı suç olma”

gibi bir önkoşul aranmamıştır. Yani, ön ödemeye gidilebilen suçlar re'sen soruşturulan ve kovuşturulan suçlar olabileceği gibi, soruşturulması ve kovuşturulması şikâyete bağlı bir suç da olabilir. Ön ödeme kurumunun işletilebilmesi için (şikâyete bağlı olup olmaması önemli olmaksızın) ilgili suçun uzlaşma kapsamında bir suç olmaması, ceza yaptırımını olarak adli para cezasını veya ilgili kanun maddesinde öngörülen (soyut) hapis cezasının yukarı sınırının üç ayı aşaması ve kanunda (Bkz., TCK m. 75) miktarı, ödenmesi usulü düzenlenen koşulların yerine getirilmesi gerekli ve yeterlidir. [Burada ayrıca ve özellikle belirtmek gerekir ki, uzlaşma ve şikâyetin geri alınması kurumlarına ilişkin yaptığımız açıklamalar aynı olmakla birlikte, Kaçakçılık Kanunu bu kanun kapsamında uygulanacak ön ödemeyi muhakeme evresi, uygulanacak kişiler, uygulanacak suçlar ve paranın ödenmesi usulü açısından farklı bir düzenleme altına almıştır, bkz., Kaçakçılıkla Mücadele Kanunu m. 34)]. Bu nedenle, eğer ön ödeme kurumu işletilmek istenen ve fakat uygulanamayan suç eğer soruşturulması ve kovuşturulması şikâyete tabi bir suç ise, zaman dilimi açısından mümkün olan her aşamada şikâyet geri alınabilir. Hatta, CMK'nın hatalı düzenlemesi gereğince (Bkz., CMK m. 158/6) şikâyet olmadan yapılan soruşturma sonrasında kovuşturma evresine geçilmişse dahi (yapılmamış) şikâyet geri alınabilir. Ön ödeme girişiminin başarısızlıkla sonuçlanması şikâyetin geri alınması kurumunun işletilmesini engellemektedir.

Şüphesiz burada sözünü ettiğimiz uzlaşma, koşulları ve usulü TCK (m. 73/8, 75/1), CMK (m. 144, 253, 254, 255) ve ÇKK (m. 24)'de düzenlenen biçimde gerçekleştirilen uzlaşmadır. Örneğin, kanuni usullere uymadan iki tarafın bizzat veya avukatları aracılığıyla kendi aralarında uzlaşmaları ve mağdurun şikâyetçi olmadığını, haklarını elde ettiği için şüpheli veya sanığın cezalandırılmasını istemediğini veya buna benzer bir

ibareyi içeren bir anlaşma yapılması ve bunun soruşturma veya kovuşturma makamlarına intikal ettirilmesi, “uzlaşma” veya “uzlaşma raporu” olarak kabul edilemez; burada eğer şikâyete bağlı bir suç var ise, bu şikâyetin geri alınması olarak kabul edilmelidir. Çünkü uzlaşma, koşulları kısmen yukarıda açıklanan ve ilgili maddelerine işaret edilen kendine özgü bir sistem olup, soruşturma evresinde Cumhuriyet Savcısı ve kovuşturma evresinde mahkemenin uzlaştırmacı olarak görevlendirdiği avukat tarafından gerçekleştirilecek bir faaliyet neticesinde hazırlanan ve görevlendiren makamın denetimi ve onayına tabi olup ancak kabul edilip onaylanan bu raporun tümüyle icrası sonrasında etkili olan bir kurumdur.

**UZLAŞMADA SUÇUN NEDEN OLDUĞUNDAN
DAHA FAZLA ZARARIN ÖDENMESİ
KARARLAŞTIRILABİLİR Mİ?
UZLAŞMA MİKTARI ZARARDAN FAZLA OLURSA
MAĞDUR ŞÜPHELİ VEYA SANIKTAN
AYRICA TAZMİNAT TALEP EDEBİLİR Mİ? VEYA
UZLAŞMA RAPORUNDAKİ MİKTAR
ZARARDAN AZ OLURSA
AYRICA TAZMİNAT DAVASININ AÇILMASI
MÜMKÜN MÜDÜR?**

Mevzuatımız uzlaşma kurumunun işletilebilmesi için, diğer koşulları yanında, zararın tamamının veya önemli bir kısmının ödenmesinin kabul edilmesini emretmektedir. Zararın tamamının ödenmesi kabul edilirse, yasaya uygunluk bulunduğundan bir sorun çıkmayacaktır. Zararın önemli bir kısmı açısından yasa belirli bir yüzde veya başka bir ölçüte dayalı oran belirlememiştir. Tarafların özgür iradesiyle kararlaştracakları ve uzlaştrıcı avukatın düzenleyeceği rapor, bulunulan evreye göre Cumhuriyet Savcılığı veya mahkeme tarafından denetlenip kontrol edilecektir. Tıpkı zararın çok üstünde ve gabin derecesinde bir miktarın olmasında yapacağı gibi çok az bir miktarın ödenmesinin kabulü halinde de Cumhuriyet Savcılığı veya mahkeme müdahale edecek ve raporu kabul etmeyerek geri çevirecektir. Burada tekrar bir anlaşma devresinin açılıp açılmayacağı ve uzlaştrıcının yeni bir rapor için ek bir süre talep edebilip edemeyeceği veyahut aynı sürelerin yeniden kullanılarak kullanılamayacağı hususu düzenlenmemiştir. O nedenle, kanunda uzlaştrıcı için öngörülen süreler aşılmış ise ikinci bir rapor uygulamasına gidilemeyeceği düşüncesindeyiz. Ancak bu süreler dolmamışsa, bu imkânın kullanılması gerektiği ve bunun kanunun

hükümleri ve amacına aykırı olmayacağı düşüncesindeyiz. Ödenecek miktar bu derece aşırı fazlalıkta değilse veya zarardan az ve fakat kanunun aradığı oranda zararın önemli bir kısmı ise, bu rapor uygulamaya konulacak ve fakat bu sadece ceza hukuku alanına ilişkin bir sonuç doğurucu bir etki ve neticeye neden olacaktır. Ödeme miktarının çokluğu özel hukuk davasını engellemeyeceği gibi, miktarın zarardan az olması ne soruşturmanın devamına ne ek ve kısmi bir uzlaşma rapor ve kurumunun yeniden işletilmesine neden olmayacaktır: Şüphesiz, bu durumda dahi, özel hukuk hükümlerince istenecek ve suçtan kaynaklanan tazminat bundan harihtir.

Bu nedenlerle, her ne kadar, esasen vardığı asıl sonucun tümü ve içinde yer verilen uzlaşma kurumuna ilişkin değerlendirmelerin çoğu kanuna ve hukuka aykırı olan CGK'nın 05.07.2005 tarih ve E. 2005/10-84 ve K. 2005/90 sayılı Kararı'nda⁷⁶ "uzlaşma, devreye girmesinden sonra gerek ceza gerekse hukuk yargılamasını devre dışı bırakır" biçiminde yanlış bir tespitle yer verilmiş ise de, bu tespit hem kanuna, hukuka ve uzlaşma kurumunun niteliğine aykırıdır hem de eksik ifade edildiği için yanlış anlaşma ve uygulamalara neden olabilir. Çek Hamillerinin Korunmasına ilişkin Kanun'un düzenlenen (m. 16/c) bir hükümlle yapılan (ve özünde gerek Kanun hükümlerine gerek yorum ve içtima hükümlerine aykırı olan) mukayesede, uzlaşma raporunun kapsamına alınmayan ve zararın bir kısmını oluşturan kısım ile ceza hukuku ihtilafı dışında ayrıca özel hukuka ilişkin ihtilafın konusu birbirine karıştırılmıştır. Uzlaşmanın yapılabilmesi için şüpheli kimsenin (Kanunun hatalı ifadesiyle "failin") sorumluluğu (Kanunun hatalı ifadesiyle "suçu") kabul etmesi yanında uğranılan zararın tümünü

⁷⁶ Bkz., İçel, Kayıhan - Ünver, Yener, *Uygulamalı Ceza Hukuku*, 2. Baskı, İstanbul 2006, s. 563.

veya önemli bir kısmını ödemesi gerekmektedir. Eğer üzerinde anlaşma sağlanan ve Savcılık veya mahkemenin kabul ettiği uzlaşma raporunda zararın önemli bir kısmının ödenmesi kabul edilmiş ve bu rapor icra edilerek uzlaşma kurumu tamamen uygulanmışsa, zararın raporda düzenlenmeyen ve dolayısıyla da ödenmeyen kısım için ne yeni bir uzlaşmaya gidilebilir ne soruşturmaya devam edilir ne de sırf bunun için ve bu nedenle tazminat davası açılmaz. Ancak dikkatlerde kaçırılmaması gereken husus, burada sırf zarar ödeniyor diye, uzlaşmanın özel hukuk taleplerini tamamen ortadan kaldırmadığıdır. Eğer taraflar uzlaşma raporunda özel hukuk taleplerinden de vazgeçtiğini kararlaştırmışlar ve miktar, özgür iradeyle raporun kabulü ve ilgili makamca kanuna bir aykırılık bulunmayarak kabul edilip uygulanmışsa, bu takdirde, ayrıca bir tazminat davasının açılması mümkün değildir.

Uzlaşma her ne kadar ceza hukuku ihtilâfının çözümünü kısmen ve adli bir kontrol mekanizması altında ceza hukuku dışındaki kişi ve kurumlarla ve usullerle çözümünü sağlamakta ise de, belirtilen Yargıtay kararında iddia edildiğinin aksine, hem özel hukuk hem de ceza hukuku ihtilâflarını çözen her iki hukuk dalına müşterek bir kurum değildir. Nasıl özel hukuk alanındaki tahkim kurumu ceza hukuku ihtilâfını ortadan almıyor ve yine örneğin nasıl şikâyetten vazgeçme (kanuna uygun) belirli bir bedel karşılığı gerçekleştirildiğinde özel hukuk talepleri baki ve dava edilebilir nitelikte kalıyorsa veya ön ödeme halinde özel hukuk talepleri veya diğer taleplere hâle gelmiyor ve ön ödemeye rağmen zararın giderilmesi için özel hukuk davası açılabilirse, uzlaşma kurumu da münhasıran ceza hukukunun kısmen ve kontrollü olarak basit, hızlı, daha az zarar verici ve ekonomik bir usulle çözümüne ilişkin olup, aynı zamanda özel hukuk veya varsa diğer tüm hukuk alanlarına ilişkin hukuki ihtilâfları kesin sonuca bağlayan ve çözen bir

kurum değildir. Bu nedenle, belirtilen kararda varılan şikâyete bağlı olduğu halde (sun'î ve yanlış olarak ilgili Kanun'un 16/c maddesinde düzenlenip tıpkı şikâyetin geri alınması, düzeltme hakkının kullanılması ve uzlaşma kurumu gibi ve bunlar yanında ihtilafı çözücü dördüncü bir kurumu zorlama bir yorum ve sırf masraftan ve işyoğunluğundan kaçınmak için) karşılıksız çek keşidesi suçlarında uzlaşma kurumunu uygulamamak için verilen bu hatalı kararda belirtilenlerin aksine, uzlaşma raporunda özel hukuk taleplerinden de vazgeçildiğine ilişkin özel açık bir hükme yer verilmedikçe, uzlaşma kurumunun başarıyla uygulanması, sadece ceza hukuku davasının açılması veya görülmesi açısından ne bis in idem etkisi gösterecek kovuşturama veya düşme kararlarına neden olacak ise de, ceza hukuku dışındaki alanların yargı konusu yapılmasını engellemeyecektir.

**ŞÜPHELİ VEYA SANIK ÇOCUK
UZLAŞMA RAPORUNDA SAPTANAN ZARARI VE/VEYA
UZLAŞMA GİDERLERİNİ GİDEREMEZ İSE
NE GİBİ BİR KARAR VERİLECEKTİR?**

Gerek CMK (m. 253, 254, 255) ve ÇKK (m.24) gerek TCK (m. 73/8) bu konuda çocuklara özgü özel/ ayırık bir düzenleme getirmemiştir. O halde soru herkes için geçerli kurallara göre çözümlenmek zorundadır. Eğer uzlaşma olmasına rağmen şüpheli veya sanık çocuk uzlaşma raporundaki zararı ve/veya uzlaşma işlemleri için yapılan gideri ödemez veya ödeyemez ise, soruşturmaya veya duruşmaya kaldığı yerden devam edilecek ve soruşturmanın sonucunda (başlangıçta uzlaşmaya başvuru için yeterli delili zayıflatan aksi yönde deliller ortaya çıktığı veya o delillerin hukuka aykırılığı anlaşıldığı vs. nedeniyle şüpheliyi zayıflatmış ise) kovuşturamama kararı verilecek veya iddianame düzenlenecek ve duruşmayı durduran durma kararı kaldırılarak duruşmaya devam edilerek yargılamanın sonucuna göre son karar niteliğindeki hüküm türlerinden birisine karar verilecektir (Bkz., CMK m. 253/8 ve 254/2).

Diğer taraftan, dikkat edilmesi gereken bir husus da, aralarında iştirak ilişkisi olsun veya olmasın birden çok kişi tarafından işlenen suçlarda, ancak uzlaşan kişinin uzlaşmadan yararlanacağıdır (Bkz., CMK m. 255). O halde, zararın giderimi için verilecek kovuşturamama veya düşme kararları sadece uz-

laşan, uzlaşma raporunun gereklerini tümüyle yerine getirerek zararı gideren ve uzlaştırma işleminin giderlerini ödeyen şüpheli veya sanık hakkında verilecek ve sadece onlar açısından bir hukuksal sonuç doğuracaktır. Diğer kimseler hakkındaki soruşturma ve kovuşturma bundan hiçbir şekilde etkilenmeyecektir.

Burada olması gereken hukuk açısından, uzlaşma kurumuna ilişkin eksik, hatalı ve yanlış düzenlemeler nedeniyle doğan birçok sorun yanında çocuklarla ilgili iki sorun önemlidir. Gecikmeksizin yapılması gereken kanun değişikliği ile mutlaka çözüm getirilmesi gereken ve diğer hatalı, yanlış ve eksik düzenleme yanında, halen uygulamada ciddi soruna yol açan bu iki hususun da düzeltilmesi gerekmektedir. Bunlar, uzlaşma raporundaki zararın tamamen çocuk tarafından giderilmesine karşılık, uzlaşma işlemlerinin yapılması için harcanan giderlerin ödenmemesi veya ödenememesi ile uzlaşma raporundaki zararın ödenmemesi veya ödenememesinin aynı hukuksal sonuçlara tabi tutulmasıdır. Halbuki soruşturma ve kovuşturma masrafları konusunda çocuklar açısından yardım, telafi veya alternatif hükümler olmalıdır. Diğer ve daha önemli sorun ise, çoğu kez çocuğun suçtan kaynaklanan zararı ya baştan ödeyecek ekonomik durumda olmaması veya sonradan ödeme güçlüğü içine düşmesidir. Çocuktan tahsil edilecek bu maddi bedelin, ebeveyni dâhil herhangi bir yakınından tahsil edilemeyeceği ve edilmesi veya edilmesine teşebbüsün ceza sorumluluğu ile bağdaşmayacağı gibi bu konuda rücu yolunun açık olduğu kanuni bir kaynak da olmadığı için, hukuka ve pozitif hükümlere de aykırı olacaktır. Ancak çoğu kez zaten çocuk bu suçtan kaynaklanan zararı, zaten parası olmadığı ve haksız para kazanmak için veya ailesi suç işleyerek haksız kazanç elde etmesi için çocuğu zorladığı için gerçekleştirmektedir. Çocuklar açısından sadece zararın giderimine dayalı bir

uzlaşma kurumunun getirilmesi ve bu zararın başka türlü gideriminin kabul edilmemesi veya başka alternatif olanaklar sunulmaması, ya uzlaşma kurumunu büyük çoğunlukla hiç uygulanmayan bir kurum haline getirecek ya da çocuğun bu uzlaşma raporundaki ve uzlaşma işlemlerinin neden olduğu harcamanın giderimi için yeni bir suç işlemesine neden olacaktır. Burada, büyüklere rağmen daha geniş kapsamlı olarak uygulanan ve şüpheli veya sanık (kanunun hatalı ifadesiyle fail) çocuk lehine getirilen bir kurumun, uzlaşma koşulu olarak sorumluluğu (kanunun yanlış ifadesiyle suçu) kabul etmesine ilaveten zararı gidermek koşulunu aramak ve başka seçenekler sunmamak yüzünden, işleyemez ve çocuk aleyhine bir kuruma dönüşmesi söz konusudur. Gerek belirtilen sakıncalar ile çocuklar hakkında gerçek anlamda özgürlüğü kısıtlayıcı koruma ve güvenlik tedbirlerinin düzenlenmemesi gerekse CMK m. 109' daki adli kontrol kurumunun çok kısıtlı bir çerçevede uygulanması ve çocuklar hakkında yargı uygulamasında uygulanan tedbirin (çoğu kez bizatihi çocuğa suç işleyen veya neden olan) ebeveynine teslim etmek (kolaycı ve fakat sorunu çözmek yerine özellikle sokak çocuklarını kangren haline büründüren) yolunun seçilmesi, belirtilen sakıncaların yapılacak kanuni düzenlemelerle bir an önce giderilmesi gerektiğini göstermektedir.

Özetle, "... kurumun yalnızca 'zararın tamamen veya büyük ölçüde giderimi' koşuluna bağlanması ve fakat başka bir yükümlülüğün yerine getirilmesinin kurumun uygulanması için mümkün ve yeterli olmaması da sakıncalı olmuştur. Yabancı hukuk düzenlemeleri ile ülkemiz mevzuatı açısından farklı bir kurum olmakla birlikte, yine de karşılaştırma yapılırsa 'adli kontrol' kurumunda yükümlülüklerin çeşitli seçeneklerle düzenlenmesi dikkate alınırsa, uzlaşma kurumu açısından da bunun yapılması gerektiği açıkça anlaşılır. Diğer bazı fiili yükümlülüklerin yerine getirilmesi, zarar

yerine başka bir şeyin verilmesi veya yapılması veyahut özür dileme gibi manevi tatmin amaçlı yükümlülükler mevzuatımız açısından olanaksızdır. Bu durum ekonomik durumu zayıf olanlarla özellikle çocuklar açısından oldukça hatalı ve sakıncalıdır. Çocuğun yararına olması ilkesi dolayısıyla cezadan vazgeçilen modern ülkelerdeki ve uluslar arası sözleşmelerdeki düzenlemelere karşın, çocuktan da bu kurumdan yararlanmak için para bulup ödemesini beklemek çok abartılı ve haksız bir tutumdur. Ekonomik durumu zayıf olanlar için bu işe özgü devlet kredisi, başka ödeme kolaylığı getirilmediği düşünülürse, seçenek giderimlerin mevzuatımıza da getirilmesi gerektiği açıkça görülmektedir.”⁷⁷

⁷⁷ Ünver, Yener, “Deliller ve Değerlendirilmesi”, *Legal Hukuk Dergisi*, İstanbul 2005, S. 32, s. 2908.

Yukarıda uzlaşmaya ilişkin soruların cevaplarında da açıklandığı üzere, uzlaşma kurumuna ilişkin usulü hükümler CMK'nın 253, 254 ve 255. maddelerinde düzenlenmişken, çok cüzi birkaç maddi koşulun CMK m. 253'te ve çocuklara ilişkin uzlaşma kapsamındaki suçların gösterildiği hükmün ÇKK m. 24'te düzenlenmesi dışında, uzlaşmanın maddi koşulları asıl olarak TCK m. 73/8 ve 75/1'de düzenlenmiştir. Sorunun cevabı açısından önemli olan, bu belirtilen hükümlerdeki koşulların varlığına karşın, her işlenen suçta uzlaşma kurumunun uygulanmasının mümkün ve mecburi olup olmadığıdır.

Bütün bu belirtilen hükümlerdeki koşulların yanında, kanun koyucu uzlaşma kurumunun işletilmesini, uzlaşma kurumunun hakkında işletileceği suç teşkil eden eylemin ancak suçtan zarar göreninin⁷⁸ gerçek kişi veya özel hukuk

⁷⁸ TCK m. 73/8'in madde metninde kullanılan iki farklı kelimeye dikkat edilmelidir. Uzlaşmanın kapsamı bakımından kullanılan kelime "suçtan zarar gören" iken, uzlaşmaya rıza gösterip uzlaştırıcı tarafından şüpheli veya sanıkla (kanunun hatalı ifadesiyle "fail" ile) uzlaşacak olan için "mağdur" terimini kullanmıştır. Bu suçtan zarar gören kavramını kullanarak, kanun koyucu, bu açıdan uygulanma alanını dolaylı olarak biraz genişletmiştir. (TCK m. 73/8).

tüzel kişisi olan suçlarda mümkün kılınmıştır. Başka bir ifadeyle, kamu hukuku tüzel kişileri ile suçtan zarar göreni devlet, kamu/toplum vs. olan suçlarda uzlaşma kurumu işletilemez; bu yasaktır. Bu nedenle bu suçlarda uzlaşmanın kiminle sağlanacağı sorulup araştırılması boşuna bir çabadır; bu suçlarda uzlaşma kurumunun işletilmesi için girişimde bulunulmayacaktır: Kamu adına bir kimsenin, örneğin savcının veya bir kamu hukuku tüzel kişisinin veya ilgili bir idari kurum temsilcisinin Cumhuriyet Savcılığı veya mahkeme tarafından uzlaştırmacı avukat atanarak mağdurla uzlaşmasının sağlanması ve kabul edilen raporu onaylayarak uzlaşma kurumuna ilişkin hükümleri işletmesi CMK'ya aykırı olacaktır.

**ÖNÖDEME, UZLAŞMA VEYA MAĞDURUN ZARARINI
GİDERMEK, SUÇU İKRAR ANLAMINA GELİR Mİ?
BU KURUMLARIN UYGULANMASI
ÖZEL HUKUK DAVASINDA İLGİLİ ALEYHİNE
DELİL OLUR MU?**

Belirtelim ki, öncelikle önödeme ve herhangi bir nedenle şüpheli kimsenin mağdurun zararını gidermesi, kesinlikle suçun ikrar anlamında bir delil veya emare olamaz. Önödeme kurumu, yargılama yapılmadan soruşturma evresinde Cumhuriyet Savcılığı'nın ve kovuşturma evresinde mahkemenin önerdiği bir miktar parayı süresi içinde ödeyen kimsenin, davanın açılmasını veya açılan davanın devamını engellemesi olanağıdır. Önödeme kurumu işlerse, soruşturma evresinde kovuşturmanın (takipsizlik) ve kovuşturma evresinde ise davanın düşmesi kararı verilir. Bu kararlar kesinleşmiş ve işin esasını çözen yargı kararları olmamakla birlikte, tıpkı aşağıda değinilecek başarıyla uygulanmış uzlaşma kurumu sonrasında verilen aynı nitelikteki kararlar gibi, ne bis in idem etkisi gösterirler. Ancak, amaç ve niteliği gereği, soruşturmanın devamını, kovuşturmayı engellediği için, ortada işin esasını çözen bir yargı kararı yoktur ve verilen bu kararlar adli sicile kaydedilmezler (Bkz., TCK m. 75 ve Kaçakçılık Kanunu m. 34).

Mağdurun zararının herhangi bir nedenle giderilmesi, aşağıda değinilecek uzlaşma kurumunun diğer koşullarının da varlığı şartıyla gerçekleşmedikçe, takipsizlik veya düşme

kararlarına neden olmaz. Kanun koyucu bazen bunu cezanın indirimi nedeni, takdiri hafifletici neden veya etkin pişmanlık hükmü olarak değerlendirmiş veya düzenlemiş olabilir. Ancak ister ilgilinin başvurusu ister kendiliğinden ve keza ne zaman yapılırsa yapılsın, mağdurun zararını gidermek, somut isnat edilen eylemin ispatı açısından olduğu gibi, ilgilinin suçunu ikrar ettiği delil veya karinesini oluşturamaz. Bu nedenle de, gerek önödeme teklifine olumlu cevap vermek gerek mağdurun zararını herhangi bir soruşturma veya kovuşturma devresinde ödemek, suçu ikrar olarak değerlendirilemeyeceği gibi, gerek bu davranış biçimi, gerek bu davranışlar nedeniyle verilen kararlar hiçbir şekilde, ceza hukuku dışındaki davalar açısından da ilgilinin aleyhine delil olarak kullanılamaz (Bkz., TCK m. 62/2, 168, 254).

Aynı mantık uzlaşma kurumu için de geçerlidir. Özellikle uzlaşma kurumu açısından kanunda bu konuda özel birkaç hüküm bulunmaktadır. Bu hükümlere göre, *“uzlaşma müzakereleri gizli yürütülür. Uzlaştırma sırasında ileri sürülen bilgi, belge ve açıklamalar taraflarca izin verilmedikçe daha sonra açıklanamaz. Uzlaştırmanın başarısız olması nedeniyle daha sonra dava açılması halinde uzlaştırma sırasında failin bazı olayları veya suçu ikrar etmiş olması davada aleyhine delil olarak kullanılamaz”* (Bkz., CMK m. 253/6).

Diğer taraftan, uzlaştırma kurumu uygulanırken şüpheli kimsenin (TCK hatalı olarak bu kimseye *“fail”* demektedir) yerine getirmesi gereken koşullardan birisi *“suçu kabullenmesi”* dir (TCK m. 73/8. Aynı hüküm CMK’da da vardır (Bkz., CMK m. 253/2). Kanunlarımız bu kurumun niteliğine ve amacına aykırı olarak *“suçu kabullenme”* ifadesini kullanmıştır. Doğrusu, bunun yerine *“sorumluluğu kabullenme”* olmalıydı. Ancak kanunlarımızdaki bu ifadeye rağmen, bu hükümlerin susma

hakkı, nemo tenetur ilkesini ortadan kaldırmadığı göz önünde tutularak, özellikle bu hükümleri CMK m. 253/6'nın metni ile uyumlu olarak yorumlayarak, şüphelinin burada suçu kabulendiğine ilişkin tüm veriler, uzlaşmanın kabul edilmemesi, uzlaşmanın kabulüne karşın uzlaşmanın olmaması veya uzlaşma raporunun savcı veya mahkemece kabul edilmemesi ve yahut uzlaşmanın gereklerinin yerine getirilmemesi nedeniyle soruşturma veya kovuşturmaya devam edilmesi durumunda bu ceza davasında veya diğer hukuk disiplinleri alanındaki davalarda delil veya emare olarak kullanılamayacaktır. CMK m. 253/6'nın amacı susma hakkı ile kimsenin kendisi veya belirli yakınlarının aleyhine delil vermeye zorlanamaması ilkesi nedeniyle getirilen özel bir gizlilik güvencesidir. CMK m. 253/6 irdelendiğinde, şüpheli kimsenin suçu kabulünün yalnızca uzlaşma kurumunun işletilmesi için gerekli girişimlerin başlaması, uzlaşma raporunun hazırlanması ve kabulü açısından bir önem ve fonksiyonu olduğu ve fakat uzlaşmanın başarısızlıkla sonuçlanması durumunda gerek uzlaştırıcı avukatın gerek ilgili savcının bu verileri hiçbir şekilde ifşa etmemeleri (nitekim bunun için özel bir arşiv ve sicil sisteminin kurulması zorunludur) gerekmektedir. Madde metninde yer alan ve uzlaştırmanın başarısız olması nedeniyle daha sonra dava açılması halinde uzlaştırma sırasında şüphelinin (kanunun hatalı ifadesiyle "failin") bazı olayları veya suçu ikrar etmesinin davada aleyhine delil olarak kullanılamayacağı ifadesi, bu hususların delil olarak kullanılmasının yasak olduğunu, yani yasak-hukuka aykırı bir delilin var olduğunu ifade etmektedir.

Ancak, uzlaşmanın başarıyla icra edilmesi sonrasında kovuşturamama veya düşme kararı verildikten sonra, bu suçun ikrarı veya bazı olayların açıklanmasının başka davalarda ilgililer aleyhine delil olarak kullanılıp kullanılamayacağı açısından

ise, kanun koyucu şartlı bir yasak getirmiştir: Eğer taraflar izin vermez ise bunlar ne savcı ne uzlaştırıcı avukat ne de taraflar veya onların iradi veya kanuni temsilcilerince açıklanamaz. Uzlaşma kural olarak ve uzlaşma raporunda aksi açıkça yazılmadıkça, sadece ceza hukuku ihtilâfını ortadan kaldırdığı ve diğer hukuk dallarına ilişkin talepler açısından bir sonuç doğurmadığı için, örneğin uzlaşmaya ve uzlaşma raporunun gereklerinin tamamen yerine getirilmiş olmasına rağmen ayrıca bir tazminat davasının açılması mümkün ve hukuka uygundur. Uzlaşma başarılı olduğunda taraflar izin vermedikçe bu hususlar açıklanamadığı için ve uzlaştırma müzakeresinin gizli olması ve buna ilişkin dosyaların kurulacak özel bir arşivde tutulacak olması, bunların delil olarak kullanılamayacağını göstermektedir. Buna karşılık, kanun tarafların izin vermedikleri durumunda, bu bilgi, belge ve açıklamaların taraflarca açıklanabileceğini düzenlemektedir. Bu son olasılık açısından, taraflar ifadesinden uzlaştırıcı avukat, savcı veya mahkemeyi değil, uzlaştırılmak istenen tarafları anlamak ve bu tarafların izinleriyle açıklanan bu hususların diğer davalarda delil veya emare olarak kullanılabileceğini kabul etmek gerekmektedir. (Bkz., TCK m. 73/8; CMK m. 253, 254, 255; ÇKK m. 24).

Mağdurun zararının giderilmesine ilişkin olarak Yargıtay CGK'nın 19.4.1993 Tarih ve E.1993/6-79, K.1993/108 sayılı önemli kararında şunlar özellikle vurgulanmıştır:

“Dosyada var olan kanıtlara bakıldığında; şikâyetçi (h.a.), 16.7.1990 günlü şikâyet dilekçesinde; ‘olayı görmediğini, Halil’in ağlından iki yaşındaki bir koçunun çalındığını, yaptığı takibe göre koçu sanığın çalarak kestiğini anladığını, koçun iç organlarını köye 150 metre uzaklıkta arpalıklar arasında bulduğunu, derisinin de sanığın ahurından çıktığını’ belirtirken, hazırlık soruşturması sırasında jandarmadaki beyanında; ‘sanığın koçu götürdüğü sırada

Halil tarafından görüldüğünü' duruşmada ise, 'sanığın kendisi ile jandarma karakol komutanı ve Ahnet adli kişinin yanında sulh olmak isteğini' iddia etmiştir. Sanık, aşamalarda 'yüklenen suçu işlemediğini, buğday yığımında elde edilen deriyi harman yerindeki yığına kendisinin saklamadığını' savunmuştur. Dinlenen tanıkların, sanığın koçu çaldığına ilişkin, kuşkudan uzak, inandırıcı ve yeterli bilgiye sahip olmadıkları anlaşılmıştır.

Sanığın, çalmadığını beyan ederek, koç bedelini ödemek suretiyle şikâyetçiyle anlaşmayı kabul etmesi, sanığın yüklenen suçu işlediğini kabule yeterli bir kanıt sayılamaz. Ceza yargılamasının amacı, hiç bir duraksamaya yer vermeden maddi gerçeğin ortaya çıkarılmasıdır. Bu araştırmada, yani gerçeğe ulaşmada mantık yolunun izlenmesi gerekir. Gerçek; akla uygun ve realist, olayın bütünü veya bir parçasını temsil eden kanıtlardan veya kanıtların bütün olarak değerlendirilmesinden ortaya çıkarılmalıdır. Yoksa bir takım varsayımlara dayanılarak sonuca ulaşılması, ceza yargılamasının amacına kesinlikle aykırıdır. Ceza yargılamasında kuşkunun bulunduğu yerde, malikûmiyet kararından söz edilemez. Bu ilke evrenseldir. O halde, sanığın üzerine yüklenen suçtan cezalandırılmasına yeterli, kesin ve inandırıcı kanıtlar elde edilemediğinde malikûmiyet kararı verilemez”.

Bu kararlar çağdaş ceza muhakemesi hukukunun ispat araçları ve ispat yöntemleri sistemine uygundur. Karardaki belirli ölçütlerin ayrı ayrı vurgulanması ve somut olaya uygulanmış olması memnuniyet vericidir.

UZLAŞMA SONRASI NE TÜR BİR KARAR VERİLİR
VE UZLAŞMA SÜRECİNDE ELDE EDİLEN DELİLLER
HERHANGİ BİR BİÇİMDE KULLANILABİLİR Mİ?

79

Uzlaşma sağlandıktan sonra uzlaştırıcı avukatın hazırladığı uzlaşma raporu soruşturma evresinde savcılık tarafından ve kovuşturma evresinde ise mahkeme tarafından kabul edildiğinde, uzlaşmanın sağlandığından söz edilebilir. Burada soruşturma evresinde soruşturma; kovuşturma evresinde ise dava; durma kararıyla durdurulmuştur ve ilgili merci tarafından kabul edilen uzlaşma raporunun gereklerinin yerine getirilmesi beklenilir. Çünkü bu aşamada, sorumluluk şüpheli/sanık tarafından (CMK ve TCK'nın hatalı ifadeleriyle göre "fail" tarafından "suç") kabul edilmekle birlikte, henüz uzlaşma raporunda ödemesi kabul edilen, zararın tümüne veya önemli bir kısmına tekabül eden ve uzlaşma raporuyla miktarı saptanan zarar uzlaşmaya uygun olarak giderilmemiştir. Bu zarar uzlaşmaya uygun olarak giderildiğinde ve uzlaşma işleminin giderleri (masrafları) şüpheli/sanık (CMK ve TCK'nın hatalı ifadelerine göre "fail") tarafından ödendiğinde, soruşturma evresinde kovuşturmayaya yer olmadığına (takipsizlik) ve kovuşturma evresinde ise davanın düşmesine (düşme) karar verilir (Bkz., CMK m. 253/8 ve 254/2).

Diğer taraftan, susma hakkı ve nemo tenetur ilkesini göz önünde tutan CMK, uzlaşma müzakerelerinin gizli olarak

yürütüleceğini, uzlaştırma sırasında ileri sürülen bilgi, belge ve açıklamaların taraflarca izin verilmedikçe daha sonra açıklanamayacağını hüküm altına almıştır. Bunların açıklanması hem bu hükme hem de soruşturmanın gizliliğinin veya yukarıda belirtilen iki ilkenin ihlali anlamına gelir. Burada, göreve aykırı davranan avukat açısından, diğer mevzuat hükümleri yanında Avukatlık Kanunu m. 62'nin atfıyla TCK m. 257'deki görevin suiistimali veya ihmali suç tiplerine ilişkin hükümlerin uygulanması söz konusu olabilir.

Ancak taraflar izin verirse, bu bilgi, belge ve açıklamaların açıklanması mümkündür. Buna karşılık, uzlaştırmanın başarısız olması nedeniyle daha sonra bu şüpheli hakkında ceza davası açılırsa, uzlaştırma sırasında failin bazı olayları ve suçu ikrar etmiş olması davada aleyhine delil olarak kullanılamaz (CMK m. 253/6). Belirtelim ki, burada yukarıda belirttiğimiz iki ilkenin hayata geçirilmesi ve uzlaştırma sırasında elde edilen deliller açısından kanunla yaratılan bu delil yasakları ile taraflar arasındaki tereddüt ve korku giderilerek uzlaşmanın daha kolay yapılmasını ve tarafların uzlaşma sırasında rahat davranmasını sağlamak amaçlanmaktadır. Eğer bunun aksi söz konusu olsaydı, taraflar bu delillerin daha sonra aleyhlerinde kullanılabileceğini düşünerek çok şeyi gizleyecek ve bazen de eylem hakkında bilgi vermemek veya konuşmamak hem uzlaştırmayı olanaksız kılacak hem de mağdur tarafı tatmin etmek veya mağdur tarafı miktar konusunda ikna etmek açısından göreceği işlevi görmeyerek olumsuz neticelere neden olacaktı.

Ancak olması gereken hukuk açısından, CMK m. 253/6'nın son cümlesinin eksik ve hatalı olduğu düşüncesindeyiz. Burada yasak delilin kapsamı amaca aykırı ve haklı bir gerekçesi olmaksızın daraltılmış ve bazı deliller açısından, yukarıda

belirttiğimiz iki temel sanık hakkının ihlali pahasına bunlar açısından yasak delil kuramı kanunen kabul edilmemiştir. Bu getirilen hükme uygun davranmak CMK'ya uygunluk arz edecek ise de, hukuka uygun olmayacaktır. Kaldı ki, uzlaşma kurumunun giderek uygulamada yaygınlaşması ve bu belirttiğimiz noktadan dolayı olumsuz sonuçların ortaya çıkmaya başlamasından itibaren, ya bu yasak delil kapsamında düzenlenmeyen hususlar sanık ve diğer tarafça açıklanmayacak ve bu nedenle uzlaştırma faaliyetlerinde sorunlar ve güçlükler yaşanacak veyahut kanuna uygun ve fakat susma ve nemo tenetur ilkelerine aykırı olarak kişilerden (uzlaştıracağız gerekçesi ve girişimi ile) kendileri aleyhlerine delil ve emare elde edilerek daha sonra uzlaşmanın sağlanamaması veya uzlaşma raporunun gereğince yerine getirilememesi dolayısıyla açılan davada bunlar bizzat o şüpheli/sanık aleyhine kullanılarak belirtilen ilkelerin ihlali suretiyle hukuka aykırılıklara neden olunacaktır. Oysa bu delil yasağının “bazı olaylar” ve “suçun ikrarı ile sınırlandırılmasının ne haklı bir gerekçesi ne de amaç uygunluğu söz konusudur. Bu hükmün değiştirilerek, bu surette elde edilen tüm delil ve emarelerin sonradan açılan davada şüpheli/sanık aleyhine kullanılması engellenmelidir.

**ÇOCUK KORUMA KANUNU'NDA
ÇOCUKLARIN İŞLEDİKLERİ VE ŞİKÂYETE BAĞLI
OLMAYAN SUÇLARDA DA UZLAŞMA KURUMUNUN
UYGULANMASININ MÜMKÜN KILINMASI
ÇOCUKLARIN İŞLEDİKLERİ TÜM SUÇLARIN
ŞİKÂYETE BAĞLI KILINDIĞI VE ANCAK
UZLAŞMA OLMAZ İSE VE ŞİKÂYET ÜZERİNE
SORUŞTURULUP KOVUŞTURULABİLECEKLERİ
ANLAMINA GELİR Mİ?**

CMK'nın yürürlüğü ile birlikte (çok sınırlı da olsa) uzlaşma kurumunun uygulanması girişimleri başladığında, özellikle ÇKK m. 24' de çocukların işlediği iddia olunan suçlar açısından sadece şikâyete bağlı suçların değil, tüm taksirli suçların ve kasten işlenen suçlar açısından 12-15 yaş gurubunda alt sınırı üç yılı aşmayan ve 15-18 yaş gurubunda ise alt sınırı iki yılı aşmayan hapis cezasını gerektiren suçların da uzlaşma kapsamında olduğunun düzenlenmesi nedeniyle, uygulamacılar arasında, artık çocukların işledikleri tüm suçların veya (bazı uygulamacılara göre) ÇKK m. 24' de belirtilen sınırlar içindeki tüm suçların şikâyete bağlı suça dönüştüğü varsayılmaya ve eğer mağdurun şikâyeti yok ise soruşturma ve kovuşturmayla başlamamayı tercih etmek eğilimi doğmuştur. Birçok dava, bir süre bu tereddüt nedeniyle bekletilmiş, işleme konmamıştır.

Oysa bu yorum biçimi hukuka ve ceza muhakemesine aykırıdır. Öncelikle uzlaşma kurumu (çoğunlukla şikâyete bağlı suçlarda uygulanmakla birlikte) ceza hukuku ihtilafının mümkün olduğunca soruşturma ve kovuşturma mercilerinin denetiminde olmakla birlikte adli yargı dışında ve basit usullerle hızlı ve ucuz biçimde çözümünü sağlamak amacıyla kabul

edilmiş bir kurum, buna karşılık şikâyet ise bir soruşturma ve kovuşturma (muhakeme) koşuludur. Bu nedenle iki kurum birbirinden hem nitelik ve koşullar hem de hukuksal etki açısından bağımsızdır. Bir suçun şikâyete bağlı olması başka bir şey o suçun uzlaşma kurumunun kapsamına girmesi başka bir şeydir.

Uzlaşma kurumunun kabul edilmesi şikâyetten feragat ve şikâyetin geri alınması kurumlarını ortadan kaldırmadığı veya uygulanma alanını daraltmadığı gibi, somut olayda uzlaşmanın olmadığı olaylarda da soruşturma (feragatin) kovuşturma evresinde (feragat ve geri alınmanın) uygulanmaları mümkündür. Şikâyete bağlı bir suçun uzlaşma kurumu kapsamına alınması, o suçu artık şikâyete bağlı olmaktan çıkarmak veya şikâyetin geri alınması veya şikâyetten feragat kurumunun işleyişini olanaksız kılmak gibi bir etki yaratmadığı gibi, (sınırlı hallerde) şikâyete bağlı olmayan bazı suçların çocuklar açısından uzlaşma kapsamına alınması, sırf 18 yaşından büyüklerde uzlaşma yalnızca şikâyete bağlı suçlarda mümkündür o halde bu yasal değişiklikle çocukların işledikleri iddia olunun suçlar açısından tüm suçların veya çocuklar bakımından uzlaşmanın uygulanabildiği tüm suçların artık şikâyete bağlı suç haline dönüşmesi de mümkün ve akla ve yorum kurallarına uygun değildir.

Şikâyetle uzlaşma kurumu arasındaki ilişki, şikâyete bağlı suçlarda uzlaşmanın herkes açısından kabul edilmesi, uzlaşmadan söz edilebilmesi için soruşturma veya kovuşturma evresine başlanmış olması ve bunun için de önceden şikâyetin yapılmış olması (şikâyetten feragat edilmemiş olması veya uzlaşma öncesi şikâyetin geri alınarak soruşturma veya kovuşturmanın yarıda kesilmemesi) gereklidir; keza uzlaşma sürecinde de şikâyet geri alınırsa, soruşturma veya kovuştur-

80

mayı düşüreceğinden uzlaşmayı mümkün kılan bir soruşturma veya kovuşturma da mevcut olmayacaktır. Ancak, bu ilişki dışında, şikâyet ile uzlaşma her yönü ile birbirinden farklı kurumlardır ve uzlaşmanın şikâyete bağlı olmayan suçlarda da kabul edilmesi, o suçun artık şikâyete bağlı olmaktan çıkmış olduğu veya o suça ilişkin olarak şikâyet kurumunun verdiği hak ve yetkilerin kullanılmayacağını göstermez.

Karşılıksız çek keşidesi suçunda uzlaşma kurumu işletilmelidir. Karşılıksız çek keşidesi suçu takibi şikâyete bağlı bir suç olup, uzlaşma kurumunun uygulanma alanı içinde bir suç tipidir. Uzlaşma kurumunun diğer koşulları yerine getirilirse, bu suç açısından da uzlaşma kurumu işletilmelidir. Bu işletilmeden düzenlenen iddianame reddedilmeli ve bilerek veya bilmeyerek dava açılmış olursa, mahkemenin bu suç açısından uzlaşma kurumunu uygulamak için girişimde bulunması gerekmektedir.

Fakat yeni tarihli ve oy çoğunluğu ile verilen bir CGK kararında, adeta tüm gerekçeleri hatalı bir biçimde, Çek Kanunu'nun 24. maddesindeki çek bedelinin ödenerek soruşturma veya kovuşturmanın düşürülmesine imkân veren düzenleme, kendine özgü ve "özel nitelikteki" bir uzlaşma kurumu olarak nitelendirildi. Dolayısıyla TCK, CMK ve ÇKK'daki uzlaşma kurumunu genel ve Çek Kanunu'ndaki uzlaşmayı ise "özel" nitelikli bir hüküm/kurum olarak kabul eden Yargıtay CGK, burada yalnızca Çek Kanunu'ndaki hükmün uygulanacağını ve TCK, CMK ve ÇKK'daki uzlaşma kurumunun uygulanmayacağını, Aralık 2006 sonuna kadar TCK'nın 5. maddesinin

yürürlüğü ile ilgili bir değişiklik yapılmadığı takdirde, iki uzlaşma kurumunun çatışan noktalarında Çek Kanunu'ndaki uzlaşmanın ilgili hükümlerinin zimnen ilga edildiği sonucuna ulaşılarak uygulama yapılacağı yönünde karar vermiştir. Bu CGK kararının sonucu olarak, halen karşılıksız çek keşidesi suçu hakkında uzlaşma kurumu, kanuna ve hukuka aykırı olarak, uygulanmamaktadır.

Bu CGK kararı hukuka aykırıdır. Çek Kanunu'ndaki düzenleme, şikâyetin geri alınması ve düzeltme hakkının kullanılması yanında eskiden beri mevcut ve uzlaşma kurumu ile yakından ilgisi bulunmayan ve gerek uygulanma koşulları gerek sonuçları itibariyle uzlaşma kurumundan farklı olan bir düzenlemedir. Kanımızca uzlaşma kurumunun TCK, CMK ve ÇKK'da düzenlenişinden sonra, karşılıksız çek keşidesi suçu açısından (şikâyete tabi olduğu ve uzlaşma kurumundan kanun ile istisna tutulmadığı için) dördüncü bir soruşturma veya kovuşturmayı ortadan kaldıracak bir kurum kabul edilmiş oldu. Uzlaşma kurumunun karşılıksız çek keşidesi suçu için uygulanması kanunun emredici kuralı gereği olup, bunu engelleyen ne bir hüküm vardır ne de Çek Kanunu'nda özel bir uzlaşma kurumu vardır. Belirtilen hükmün uzlaşma ile ilgisi yoktur. Kanımızca gerek karşılıksız çek keşidesi suçunun çok işlenmesi ve uzlaşma kurumu işletilirse çok masraflı olacağı ve Çek Kanunu'ndaki özel bir hüküm gereğince her çek yaprağının ayrı bir karşılıksız çek suçu sayılması dolayısıyla uzlaşma kurumunun uygulanma alanının çok daha fazla suçta olacağını göz önünde tutan Yargıtay, kanun ve hukuka tamamen aykırı bir karar vererek, karşılıksız çek suçlarında uzlaşma kurumunun uygulanması yolunu (maddi kaygılar ve iş yoğunluğunu engellemek için) engellemek istemiştir. Karar hukuka ve TCK, CMK ve ÇKK'nın uzlaşma ile ilgili maddelerine aykırıdır. Ayrıca yargı kararıyla kanun hükmü

değiştirilmeye çalışılmakta ve en azından kanun hükmünün uygulanması engellenmektedir ki, daha önce AİHS'nin 4 nolu ek protokolünün yanlış yorumlanarak karşılıksız çek suçunun suç olamayacağı ve hapis cezası ile karşılanamayacağı kararı (-ki hem maddi ceza hukuku normlarına ve Sözleşme ve ek protokolüne aykırı hem de CMK gereğince Yargıtay'ın veremeyeceği ve ceza muhakemesi ve kanun yolları ve Yargıtay teşkilatı kanununa aykırı "*Türkiye'deki tüm yargulamaların durdurulması*" kararıyla yapıldığı gibi, hatalı bir kararla kanun hükümlerinin yanlış yorumlanması yanında, hukuksal olmayan gerekçe ve suni zorlama izahlarla kanuna aykırı keyfi uygulamalara kapı açılmaktadır.

Yargıtay burada mülga TCK m. 312 ile ilgili olarak yakın tarihte verdiği tartışmalı kararın gerekçesinde adeta parlamentoya direktif verip TBMM'nin neyi suç olarak düzenleyebileceği v.s. hususlarını tespit gibi vahim hukuksal hataları aşarak, çok daha sakıncalı bir yola girmiş ve kendisini TBMM'nin yerine geçirerek, hatalı, pragmatik ve hukuksal ve kanuni temellerden yoksun karar ve gerekçeleriyle kanunla getirilen bir kurumun aşikar uygulanma olanağını hukuk dışı amaç ve gerekçelerle ortadan kaldırma yoluna girmiştir.

Arzumuz, karşılıksız çek suçunun uzlaşma kurumunun uygulanma alanı dışında tutulması isteniliyorsa, bunun kanun değişikliği ile yapılması ve bu yapılmıyorsa kadar da hatalı bu Yargıtay içtihadından vazgeçilerek karşılıksız çek suçu açısından da uzlaşma kurumunun işletilmesidir.

**ÖNÖDEME VEYA UZLAŞMA KURUMU İŞLETİLİRSE
BU KURUMLAR SONRASINDA VERİLECEK KARARDA
İLGİLİ EŞYANIN DA MÜSADERESİNE
KARAR VERİLEBİLİR Mİ?**

Önödeme veya uzlaşma kurumu işletilirse, bu kurumlar sonrasında verilecek kararda ilgili eşyanın da müsaderesine karar verilebilir. Bu kurumların soruşturma veya kovuşturmanın devamını engellemesi, ceza hukuku ihtilafı açısından sonuç doğurmalarıyla ilgili olup, müsadere konusu malın müsaderesini engellemez.

Bizatihî bulundurulması, kullanılması, alım-satımı vs. suç teşkil eden eşyanın müsaderesi için, şüpheli veya sanığın mahkûm olması dahi gerekmediğinden, uzlaşma veya ön ödeme kurumunun işletilmesi veya işletilememesi bu açıdan önemsizdir.

Buna karşılık, suçta kullanılan veya kullanılmak üzere hazırlanan eşya ile suçtan elde edilen eşyanın veya bunların değerlendirilmesi nedeniyle kazancın müsaderesine (bkz., TCK m. 54/1 ve 55/1-2) gidilecek ise, kural olarak, şüpheli veya sanığın yargılama sonucunda mahkûm olması, bu eşyayı (=veya kazancı) suçta kullandığı veya kullanmak üzere hazırladığı veyahut suçtan elde ettiğinin ispatlanması gerekmektedir. Fakat, önödeme ve uzlaşma ise kural olarak mahkûmiyeti

engelleyen bir kurumdur. Bu nedendir ki, uygulamamızda, bu konuda önemli hatalar yapılmaktadır. Öncelikle ortada bir (adeta önkoşul olan) mahkûmiyet kararı olmadığı için ilgili eşyanın müsadere edilip edilemeyeceği hususunda tereddüt yaşanmaktadır ki, bu yersiz olduğu ve önödeme ve uzlaşma kurumlarıyla izah edilemeyecek bir husustur.

Belirtelim ki, uzlaşma kurumu çok hatalı ve birçok açıdan eksik düzenlendiği gibi, müsadere ile ilgili olarak uzlaşma kurumunu düzenleyen TCK m. 73/8, CMK m. 253, 254, 255 ve ÇKK m. 24'e bir hüküm konulması da unutulmuştur. Bu ise, önödeme ve diğer bazı kurumlardaki açık hüküm karşısında, uzlaşmaya karşın müsaderenin mümkün olup olamayacağı hususunda önemli tartışmaları ve farklı uygulamaları ve haksızlıkları beraberinde getirecektir.

Olması gereken hukuk açısından, bu konuda TCK veya CMK'ya açık hüküm konulması gerektiği düşüncesindeyiz. Yine de bu eksikliğin bir öneminin bulunmadığı ve kanuni hüküm düzenleninceye kadar da, koşulları var ise, eşya veya kazancın müsaderesine gidilmesi gerektiği düşüncesindeyiz. Çünkü, uzlaşma sadece teknik anlamıyla ceza verilmesini engellemekte ve yargılama giderlerinin tahsilini içermektedir. Bunun dışında kalan haller, örneğin müsadere uzlaşma kurumunun işletilmesi nedeniyle engellenemez. Fakat, kanunda açıklık olmaması nedeniyle, uygulamanın bir hayli zorlanacağını tahmin etmek zor olmasa gerektir.

Buna karşılık, önödeme düzenleyen (ve koşulları hariç, esas itibarıyla uzlaşma gibi hukuksal bir sonuç doğuran) TCK m. 75/5, önödeme kurumunun başarıyla uygulanışının müsadere hükümlerinin uygulanışını engellemeyeceği madde metninde açıkça düzenlenmiştir.

Belirtelim ki, önödeme kurumu uygulanırken, uygulamada önemli bir hata yapılmakta ve önödeme teklifinin kabulünden sonra verilen kovuşturamama veya düşme kararı sonrasında dosya üzerinde (duruşma yapılmadan ve bazen de henüz müsadere davası açılmamışken) suçta kullanılan veya suçtan elde edilen eşyanın müsadereesine gidilmektedir. Bu uygulama hem maddi ceza hukuku hem de ceza muhakemesi hukuku açısından hatalıdır. Kaldı ki, önödeme suçluluğun ispatı ve müsadere konusu eşyanın suçta kullanıldığı veya ondan elde edildiğinin hiçbir surette bir delili olmadığı için, ispat hükümlerine de aykırı bir uygulama ile karşı karşıyayız. Öncelikle, bizatihi bulundurulması, imal veya ithali, alınıp-satılması vs. suç olan eşya açısından bir ön mahkûmiyet kararına ihtiyaç olmadığı için, müsadere davası açılarak bu konuda karar verilmelidir. Buna karşılık suçta kullanılan veya kullanılmak üzere hazırlanan veyahut suçtan elde edilen eşyanın müsadere için bir ön şart olarak mahkûmiyet kararı ve bu eşya veya kazancın suçta kullanıldığı, kullanılmak üzere hazırlandığı veya suçtan elde edildiğinin ve eğer üçüncü kişiye ait bir eşya ise bu takdirde de bu şahsın kendi özgür iradesiyle eşyayı suç işleyecek faile verdiğinin ispatı gerekmektedir. Bunun ispatı ise CMK uyarınca müsadere davası açılması ve önödeme nedeniyle ceza davası düşürülen eylem hakkında müsadere davasına devam edilerek mahkemece bu konuda bir karar verilmesi ile mümkün olacaktır. Dolayısıyla, eğer önödeme halinde müsadere davası açılmamış ise, önödemeye dayalı kovuşturamama veya düşme kararına karşın müsadere davası açılmalı, önödeme soruşturmaya son verecekse yine bir müsadere davası açılmalı ve nihayet önödeme davayı düşürürse ve bu düşen dava ile birlikte müsadere davası açılmış ise buna devam edilmesi ve açılmamışsa iddianameyle bir müsadere davası açılması ve bunun sonucuna göre, koşulları var ve gerekli ispat yapılırsa müsadere kararı verilmelidir.

Uygulamada çoğunlukla buna uyulmayarak, ya önöde-meye dayalı kovuşturamama kararıyla birlikte veya kısa süre sonra, düşme kararının verilmesi halinde ise aynı mahkeme veya daha sonraki bir talep üzerine dosya üzerinden ve çoğunlukla şüpheli veya sanığın önödemeye olumlu cevap vermesi gerekçesi (=nedeniyle) ile eşyanın müsadere sine gidilmektedir. Oysa, ya duruşma yapılmamaktadır veya müsadere davası açılmamıştır veyahut sübuta ulaşılması zorunluluğu ihlal edilmekte ya da müsadereye ilişkin usul kurallarına veya mahkûmiyet ön koşuluna riayet edilmeyerek hukuka aykırı biçimde eşya müsadere edilmektedir. Halbuki, müsadere usulü CMK m. 256-259'da ayrıntılı olarak "özel ceza muhakemesi türlerinden birisi olarak" düzenlenmiş ve CMK m. 257/1 gereğince "duruşmalı olarak" karar verilmesi gerektiğinin altı önemli çizilmiştir. Halen vaki uygulamada, belirttiğimiz biçimdeki hatalı uygulamalarda hâkimlik kararı var ise "itiraz" ve mahkeme kararı var ise "temyiz" kanun yolu ve ileride bölge adliye mahkemelerinin kurularak çalışmaya başlamaları halinde ise hâkimlik kararlarında itiraz ve mahkeme kararlarında ise CMK m. 258 uyarınca istinaf kanun yoluna başvurularak hüküm boz durulmalı ve gerek TCK gerekse CMK'nın gerekleri yerine getirilerek bir müsadere yargılaması sonrasında eşya veya kazancın müsadere sine veya müsadere edilmemesine karar verilmelidir.

Buna karşılık, suç konusu olmayıp sadece müsadereye tâbi bulunan eşyanın müsadere sine sulh ceza hâkimi tarafından duruşma yapılmaksızın karar verilir (CMK m. 259) ki, bunda bir hukuka aykırılık bulunmamaktadır. Çünkü, bu olasılıkta, müsadere için bir ön koşul olarak ilgili kimsenin mahkûmiyeti aranmamaktadır.

Bu müsadere etme kuralının ilk istisnası, üçüncü şahsın suç işleneceğini bilmeden eşyasını başkasına vermesi veya

kendisinin haberi veya rızası olmaksızın eşyanın alınarak suçun işlenmesinde araç olarak kullanılmasıdır. TCK m. 54 hatalı olarak bu hususu “iyiniyetli üçüncü kişilere ait olmamak koşulu” biçiminde belirtmiştir. Oysa iyi niyet bir ceza hukuku kavramı olmadığı gibi hem sübjektif olması dolayısıyla ispat güçlüğü yaratacak hem de iyi niyetli dahi olsa suç işlenmesinde araç olarak kullanılacağını bilerek eşyasını başkasına veren kişinin bu eşyasını (hükümdeki ifade dolayısıyla) müsadere etmemek gerekecektir ki, bu dahi müsadere kurumunun anlam, amaç ve koşullarıyla çelişmektedir. Dikkat edilmesi gereken husus, burada suçta araç olarak kullanılan eşyanın sahibinin bu malı suç işlenmesinde araç olarak kullanılacağını bilerek verip vermeme konusunu yetkili hâkim veya mahkeme tespit ettikten sonra, eğer suçta kullanılacağını bilinerek verildiği ispatlanırsa, müsadere edip etmeme konusunda merciin bir takdir yetkisi bulunmayıp, müsadere zorunluluğu, aksi halde ise müsadere etme yasağı bulunmaktadır.

İkinci önemli sakıncalı durum ise, TCK m. 54/3’de düzenlenen durum olup, maddeye göre, “suçta kullanılan eşyanın müsadere edilmesinin işlenen suça nazaran daha ağır sonuçlar doğuracağı ve bu nedenle hakkaniyete aykırı olacağı anlaşıldığında, müsaderesine hükümedilmeyebilir”. Belirtelim ki, burada hâkim veya mahkemenin takdirinde olan bir durumla karşı karşıyayız. Bir müsadere yasağı söz konusu olmadığı gibi, müsadere zorunluluğu da bulunmamakta ve mercie m. 54/3’de ifade edilen bir durumun var olup olmadığını tespit ve bu tespite rağmen 3. fıkrayı uygulayıp uygulamama konusunda bir takdir yetkisi sunulmaktadır. Ancak belirtelim ki, madde hükmü olması gereken hukuk açısından sakıncalıdır. Burada bir koruma tedbiri değil, esasında bir fer’i ceza, TCK’nın ifadesine göre ise bir emniyet tedbiri söz konusudur. Failin tehlikeliliğini dikkate almadığı ve özel önleme amacını ön plana çekmediği için, bu

3. fıkrada esasta (kanuni ifadeye rağmen) bir güvenlik tedbiri söz konusu değildir ve güvenlik önlemlerinin amacına hizmet etmeyecektir. Buna karşılık fer'i ceza olarak kabul edersek de, belirtilen gerekçe ile bunun uygulanmasından vazgeçmek kabul edilebilir bir şey değildir. Kaldı ki, TCK m. 54'de düzenlenen müsadere için bu hükme yer vermek ve fakat kazancın müsaderesini düzenleyen 55. maddenin konusu açısından düzenlememek de kendi içinde bir çelişkidir. Olması gereken hukuk açısından, Kanun'un 54/3. maddesinden bu hususun çıkarılması gerektiği düşüncesindeyiz.

TÜRK VATANDAŞI OLAN VE FAKAT HİÇ VEYA YETERİNCE TÜRKÇE BİLMEYEN BİR KİMSEYE TERCÜMAN SAĞLANMASI ZORUNLU MUDUR?

CMK m. 202'ye göre, sanık veya mağdur meramını anlatacak ölçüde Türkçe bilmiyorsa, mahkeme bir tercüman atamak ve duruşmada bu kişilerin iddia ve savunmalarının esaslı noktalarının tercüme edilmesi zorunludur. Soruşturma evresinde dinlenen şüpheli, mağdur veya tanıklar hakkında da tercüman, işlemi yapan mercie göre sulh ceza hâkimi veya Cumhuriyet Savcısı tarafından atanacaktır (CMK m. 202/3). Buna karşılık Türkçe bilsin veya bilmesin, engelli olan sanığa veya mağdura, duruşmadaki iddia ve savunmaya ilişkin esaslı noktalar, anlayabilecekleri biçimde anlatılacaktır. Belirtilen hükümlerin amacına uygun ve gerektiği biçimde işletilmemesi, hem kanun hükmünün uygulanmaması hem de savunma hakkının kısıtlanması nedeniyle mutlak temyiz nedenidir.

Belirtelim ki, madde metninde belirtilen yardımlardan yararlanacak kimselerin vatandaşlığı vs. açılarından bir vurgu veya hükme yer verilmemiş olup, bu kimselerin belirtilen kurumlardan yararlanabilmeleri için Türk vatandaşı olup olmamalarının bir önemi bulunmamaktadır.

Diğer yandan Yargıtay Ceza Genel Kurulu 12.3.1996 tarih ve E. 1996/6-2, K. 1996/33 sayılı kararında tercümandan ya-

rarlanma ve bunun masraflarının kimin tarafından ödenmesi gerektiğine ilişkin olarak Türk vatandaşı olan ve Türkçe bilmeyen bir sanığın yargılama sırasında oldukça yerinde bir karar vermiştir. Karar özetle şöyledir:

“Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nin ... 6/3-e maddesinde, ‘her sanık duruşmada kullanılan dili anlamıyor ya da konuşmuyorsa, bir çevirmenin yardımından ücretsiz olarak yararlanmak hakkına sahiptir’ hükmü yer almaktadır. İnsan Haklarını ve Ana Hürriyetleri Koruma Sözleşmesi, Türkiye Büyük Millet Meclisi tarafından 6366 sayılı Yasa ile onaylanarak yürürlüğe konulmuş ve Anayasa’nın 90. maddesi uyarınca yasa niteliğini kazanmıştır. (765 sayılı) Türk Ceza Yasası’nın 39 ve (1412 sayılı) Ceza Muhakemeleri Usulü Yasası’nın 406 ve devamı maddelerinde, yargılama giderlerinin kime yükletileceği ve ne şekilde tahsil edileceği gösterilmiştir. Duruşmada kullanılan dili bilmeyen sanığın, bir çevirmenin yardımından ücretsiz yararlanacağına ilişkin, ‘İnsan Haklarını ve Ana Hürriyetleri Koruma Sözleşmesi’nin’ 6/3-e maddesi, genel kuralı düzenleyen ceza yasası ve ceza muhakemeleri usulü yasasının yanında istisna hükmüdür. Adil yargılamayı gerçekleştirmek, sanığın; duruşmada kullanılan dili bilmemesi nedeniyle kendini etkili şekilde savunmaktan yoksun kalmasını önlemek amacıyla kabul edilmiştir, kutsal haklardan olan savunma hakkını kolaylaştırmak ve güçlendirmek amacı güdülmüş, sanığın duruşmada olup biteni anlaması ve kendini savunması sağlanmıştır. Yargılama dilini anlamama yanında, sağır-dilsiz gibi fiziki bir arızanın neden olduğu olanaksızlık halinde de sanığa ücretsiz çevirmen sağlanacak ve kendisini savunma olanağı tanınacaktır. Bu itibarla; yargılamada kullanılan dili anlamayan ya da sağır-dilsiz olan sanığa, yalnız son soruşturmada değil yargılamanın tüm aşamalarında, kesin hükme kadar sağlanan çevirmen için ödenecek ücretin; mahkûmiyet halinde dahi diğer yargılama giderlerine eklenerek sanıktan istenmesi mümkün olmadığından, itirazın reddine karar verilmelidir.”

Bu karar gerek ulusal üstü normlarla gerek ulusal normlarla AY, TCK ve CMK'nın (AY m. 10, 36, 38; CMK m. 202, 324) savunma hakkının gereğince uygulamaya geçirilmesi ve iddianın öğretilmesi ile ilgili hükümlerine gerek adil yargılama ilkesine uygundur.

Daha sonra benzer birkaç kararın daha verilmiş olması ve bu içtihadın emsal niteliğini kazanması uygulamamız açısından çok yerinde olmuştur.

Ayrıca belirtilen kararlarda, tercümandan yararlanma hakkı ile bunun masraflarının devlete yüklenmesi gereğinin yalnızca belirli bir ceza muhakemesi safhası/ devresi ile sınırlandırılmaması ise oldukça memnuniyet vericidir.

Nitekim CMK m. 324/5 gereğince, Türkçe bilmeyen ya da engelli olan şüpheli, mağdur veya tanık için görevlendirilen tercümanın giderleri, yargılama gideri sayılmayacak ve bu giderler Devlet hazinesince karşılanacaktır.

Esasen Yargıtay 3. Ceza Dairesi daha eski tarihli (1999 tarihli) bir kararında bu kadar ayrıntılı gerekçelere yer vermese dahi, benzer bir olay açısından aynı yönde karar vermişti.⁷⁹ Yukarıda belirttiğimiz kararda ve daha sonra verilen kararlarda⁸⁰ bu içtihadın sürdürülmesi sevindiricidir.

CMK m. 202 açısından tercümanın sadece esaslı noktaları çevirmesi sakıncalıdır. Özellikle maddi gerçeğin ortaya çıkarılması, çelişmeli ve silahların eşitliği ilkesine uygun bir duruşma için ve savunma hakkının kısıtlanmaması için iddia ve savunmanın bütününe tercüman tarafından çevrilmesi

⁷⁹ Bkz., 3. CD, 10.6.1999., E. 1999/5604, K. 1999/7168 (YKD 1999, S. 11, s. 1599-1560).

⁸⁰ Örnek olarak Bkz., 9. CD, 8.11.2001., E. 2001/2125, K. 2001/2765 (YKD 2002, S. 9, s. 1442-1444).

gerekmektedir. Bazen en küçük bir ayrıntı, olayın, ispatın vs. seyrini değiştirebilecektir. Kaldı ki, diğer kimselerle kıyaslandırığında hak arama ve savunma yapmak açısından eşitsizliğe de yol açacak bu durum, kanunla, hukuka aykırı biçimde maddi gerçeğin engellenmesi veya birçok ceza muhakemesi ilkesinin işlevini yitirecek bir uygulamaya neden olacaktır.

Maddenin 2. fıkrasında engelliler açısından da, iddia ve savunmanın sadece esaslı noktalarının anlatılacağı düzenlenmesi, hatalı ve savunma hakkını kısıtlayabilecek, maddi gerçeğin ortaya çıkarılması açısından sorun yaratabilecektir. Yukarıda 1. fıkra açısından belirtilen eleştiriler bu fıkra açısından da geçerli olup, aynı yönde değişikliğe gidilmelidir.

Kovuşturma evresinde tanıklar hakkında da bu kurumun uygulanacağıın madde metninde düzenlenmeyişi hatalı olmuştur. Tanıklar açısından yalnızca soruşturma evresi düzenlenmiştir. Buna rağmen, uygulamada ulusal üstü normlar ve Yargıtay ile AİHM'nin kararları dikkate alınarak yukarıda açıklanan kurum kovuşturma evresinde de uygulanmalıdır. Özellikle delillerin irad ve ikamesi açısından kovuşturma evresinde bu kurumun uygulanmasına çok daha fazla ihtiyaç ve zaruret vardır.

Engellilere anlatacak kimsenin uzmanlığının aranmaması hatalı olmuştur. Madde metninde, engellilere bunu kimin anlatacağı belirtilmediği gibi, bu kimsenin engellinin durumu ve engelliliğin nedenine göre bir uzman, tercüman, özel eğitilmiş bir öğretmen vs. olmasının da aranmaması sakıncalara neden olacaktır. Bu konuda mutlaka kanunda değişiklik yapılarak uzman kimsenin yardımından yararlanılmalı ve bu değişiklik yapıncaya kadar ise, yargulamaya gölge düşürebilecek uygulamalardan kaçınılmalıdır. Keza bu bağlamda, delilin içerik ve ispat gücünde kuşkuya yol açacak biçimde, örneğin o kimsenin akrabası, kişisel ilişkide bulunduğu birisi vs. ye bu anlatım yaptırılmamalıdır.

**SANIK, HUKUKA UYGUN ELDE EDİLMİŞ
BİR DELİLİN ORTAYA KONULMASINI
ÖRNEĞİN BİR TANIĞIN DİNLENİLMESİNİ
ENGELLEYEBİLİR Mİ?**

CMK'nın oldukça sakıncalı bir hükmü olan 206/3. maddesi hükmü bu tür bir olanağı sanık veya müdafine veyahut savcıya sunmaktadır. Bu hüküm hukuka ve ceza muhakemesinin amacına ve özellikle delil ve ispata ilişkin kurallarına aykırı olmasına ve bir o kadar da sakıncalı olmasına rağmen, kanunda düzenlenmiştir. Madde metnine göre, Cumhuriyet Savcısı ile sanık veya müdafii birlikte rıza gösterirlerse, tanığın dinlenilmesinden veya başkaca herhangi bir delilin ortaya konulmasından vazgeçilebilir.

Burada mahkemenin ne tür bir fonksiyonu olduğu düzenlenmiş değildir. "Vazgeçilebilir" denildiği ve kovuşturma aşamasında asıl yetkili makamın mahkeme olması nedeniyle, biraz da ceza muhakemesinin amacı ve aşağıda belirtilen sakıncaları kısmen engelleyebilmek için, vazgeçme konusunda bir zorunluluk olmadığı, bir takdir yetkisinin bulunduğu ve belirtilen tarafların birlikte rızalarının varlığı koşuluyla mahkemenin bu yetkiyi kullanıp kullanmama konusunda takdir yetkisinin bulunduğu kabul edilmelidir.

Delilin ortaya konulmasından söz edildiği için, henüz dava dosyasına girmemiş deliller açısından da bu takdir yetkisinin

mahkemeye tanınıp tanınmadığı belirsiz kalmaktadır. Her ne kadar düzenleme yapılırken bu husus düşünülmemiş ve eksik bırakılmış ise de, delillerin ortaya konulması kavramına atf yapıldığı için, CMK m. 206 vd. maddelerindeki düzenlemele-
rin göz önünde tutulması ve nitekim 206. maddenin 1. fıkrası ve 2. fıkrasının (a) (b), özellikle de ve (c) bendinin delil irad ve ikâme talebine ilişkin olması ve 207. maddenin delilin geç bildirilmesine ilişkin olması, ortaya konulmak istenen delilin o an celseye/ oturuma yeni getirilen delil olması olasılığının da söz konusu olabileceğini göstermektedir. Burada belirtilen kişilerin müşterek rızaları ile kendilerinin mi yoksa mahkemenin mi ortaya koymaktan vazgeçeceği çok net düzenlenmemiştir. Uygulamada, bu hükmün delilden mahkemenin haberdar olması ve belirtilen koşulların varlığı şartıyla, mahkemenin bu delilin toplanması veya dava dosyasına sokulması veyahut irad ve ikame edilmesi hususunda takdir yetkisini kullanacağı biçiminde anlaşılması gerekmektedir.

CMK'nın delillerin ortaya konulması ve reddini düzenleyen 206. maddesinin bu 3. fıkrası çok hatalıdır. Maddenin 3. fıkrası hiçbir şekilde kabul edilemez, anlamsız ve hukuk devletini tehlikeye düşürecek derecede vahim bir hukuksal hatayı içermektedir. Böyle bir hükmün bir hukuk devletinin mevzuatında bulunması kabul edilebilir ve anlaşılır bir şey değildir. Burada ihtiyari bir durumun düzenlenmesi de eşitliğe aykırı uygulamalara neden olacaktır. Önemli bir delilden, tanığın dinlenilmesinden veya herhangi bir delili değerlendiren bilirkişi incelemelerinden nasıl vazgeçilecektir anlaşılammaktadır. Mahkemeyi/hâkimi dahi bağlayacakmış gibi kaleme alınan ve mağdurun, müştekinin/müdahilin de birer ceza muhakemesi süjesi olduğu, haklarının korunması gerektiği ve amacı maddi gerçeği hukuka uygun biçimde ortaya çıkarmak olan bir hukuk dalına ilişkin en temel kodda savcı ile

sanık veya müdafinin anlaşarak delillerin değerlendirilmesini önlemek olanağının bir kanunda düzenlenmesi çağdaş bir hukuk sisteminde akıl alır ve kabul edilebilir bir şey değildir. Bir ceza muhakemesinde hukuka uygun elde edilip muhafaza edilmiş bir durumda, savcı ve sanığın veya müdafinin isteği ile bunların değerlendirme dışı tutulması hiçbir şekilde hukukla bağdaşmaz. Vakit geçirilmeksizin yapılacak bir değişiklikle bu fıkra hükmü hemen madde metninden çıkarılmalıdır: Adil yargılanma hakkı başta olmak üzere, mağdur bilim ve hukuk devleti ilkesinden söz etmek çok güç olacak ve bu tür bir uygulama ise ihkakı hak veya çete-mafyaya başvurma eylemlerini körükleyecek, besleyecektir.⁸¹

Kaldı ki, mahkemenin buradaki rolü de belirgin değildir. Madde metninde bu açık olmalıydı, savcı ile sanık veya müdafinin anlaşmasının belirli bir ölçüte bağlanmadan, mağdur veya davaya katılan üçüncü kişilerin iradesine hiçbir değer vermeden ve delilin irad ve ikamesinden vazgeçilebileceğini düzenlemek, ileride ispat açısından oldukça büyük ve telâfi edilemez sorunlara gebedir. Bu düzenlemenin kanundan bir an önce çıkarılması gerekmektedir. Bunun gibi bir hükme mutlaka yer verilmesi gerekiyorsa, iddia, müdafaa ve yargı erkleri dışında davaya katılan tüm tarafların muvafakati alınmak ve değerlendirilmesinden vazgeçilen delilin ilişkin olduğu ispat konusunun ispatından kesinlikle vazgeçmemek ve o hususun yeterince hukuka uygun delille açığa çıkarılacak biçimde davanın önceki sürecinde ispatlanmış olduğunun kabulüyle, aynı hususa ilişkin ve ispatta kuşku yaratmayacak aynı yöndeki delillerle tali bir konunun ispatı için yeniden ve fazladan bir delilin irad ve ikamesinden vazgeçilebileceği düzenlemesi getirilebilir.

⁸¹ Ünver, *Deliller ve Değerlendirilmesi*, s. 2903.

**ÇOCUĞUN MÜDAFİSİZ ALINAN İFADESİ ÜZERİNE
MAHKEMEDEN ALINAN ARAMA KARARIYLA
ARANAN EVDE BULUNAN SUÇ VASITASI SİLAHIN
DAVADA DELİL OLARAK KULLANILMASI
TEMYİZ NEDENİ OLUR MU?**

Öncelikle belirtelim ki, CMK m. 150/2 çok açık bir biçimde çocuklara (18 yaşını doldurmamış olanlara) bir müdafileri bulunmazsa istemleri aranmaksızın müdafii görevlendirileceği hükmünü amirdir. Başka bir ifadeyle, çocuklar açısından zorunlu müdafilik sistemini kabul etmiştir. Çocuğun müdafii olmaksızın alınan ifadesi hukuka ve CMK'nın 147'nin atfıyla m. 148/3'e ve 150/2'ye aykırılık oluşturur. Bu ifadenin içeriği çocuk veya kanuni veya iradi temsilcisi tarafından doğrulansın veya doğrulanmasın, bu beyanın kullanılmasına çocuk veya kanuni veya iradi temsilcisi rıza gösterebilir göstermesin bu ifade hukuka aykırıdır ve özel norm sıfatıyla 148/3 ve aynı mantık ve amaca yönelik genel norm olan 217/2'nin mantığı dolayısıyla hiçbir şekilde değerlendirilemez, kullanılamaz.

Buna karşılık bu ifadeyle elde edilen bilgilere dayanılarak suç vasıtası silahın evde bulunmasının delil olarak kullanılabilip kullanılamayacağı, bu pozitif hükümlerden ziyade, hukuka aykırı delillerle ilgili "*yasak/zehirli ağacın meyvesinin de yasak/zehirli olduğu*" ispat kuramından hareketle cevaplandırılmalıdır. Bu kuram ve ilke gereğince (bazı yabancı ülke

doktrin ve yüksek mahkemelerinin kararlarının⁸² aksine) belirtilen biçimde bulunan silahın hiçbir şekilde delil olarak kullanılamayacağı ve AY m. 38/6' da düzenlenen "kanuna aykırı

⁸² Örneğin Alman doktrin ve uygulamasında durum biraz farklıdır: "Yasak ağacın meyvesi (m. 289/son) bir delil değerlendirme yasası kabul edilince, o zaman 'bunun yalnızca doğrudan doğruya yasak bir metotla elde edilen delil açısından geçerli olup olmadığı ve bu surette dolaylı olarak elde edilen delilin değerlendirilebilir değerlendirilemeyeceği' biçimindeki diğer bir soru sorulmaktadır (örneğin eğer, uyuşturucu madde aracılığıyla konuşurulan şüpheli cesedin gizlendiğini söylerse, ceset buna istinaden bulunursa ve ceset üzerinde kendisinin kan izleri saptanırsa; acaba ispat yasağının uzak etkisi, kan izlerinin o kişinin suçluluğunun ispatında kullanılmamasını sağlamaya yeterli midir?). Bu soruna ilişkin olarak Amerikan ceza muhakemesinde "fruit of the poisonous tree doctrine" geliştirilmiştir; buna göre, bir delil değerlendirme yasası dolaylı olarak elde edilen delili de kapsamaktadır (karş. Mueller, 1966, 38; Erdmann, 1969, 137 vd., 201 vd.; Harris, 1991). Uzak etki Alman Hukuku'nda da kabul edilmelidir. Çünkü, aksi halde kolayca ispat yasaklarının arkasına dolanılacaktır. Sorun son derece tartışmalıdır (Uzak etki için: Köln NJW 79, 1216; Oldenburg NSTZ 95, 413 (§ 136'ya ilişkin bir olay hakkında); Grünwald, StrV 87, 470; Fezer, JZ 87, 937; Otto, GA 70, 293; Spindel, NJW 66, 1105; farklı olarak Ranft, Rn. 1615 vd.; Koriath, 1994, 103 vd. Uzak etkiye karşı: Stuttgart NJW 73, 1941; Sarstedt, 1966, 23; Rogall, 1979, 39; Seiler, 1996, 193 vd). Alman Federal Yüksek Mahkemesi mektupposta ve telekomünikasyonun gizliliğinin sınırlandırılmasına ilişkin kanunun ihlalinde, bu ihlal ile bağlantılı olarak AL. AY'nın 10. maddesinin uzak etkisini kabul etmiştir (Rigel'in yorumu [JZ80, 757] ile birlikte 29, 244). Buna karşılık, BGHSt 32, 68; 35, 32'ye göre caiz olmayan telefon dinlemede (§ 100a) bir uzak etki, ancak tanık ve sanıkların ikrarının doğrudan doğruya caiz olmayan (telefon) dinleme tutanağının içeriğine dayanması durumunda söz konusu olmalıdır. Soruşturma makamlarının muhtemelen yalnızca caiz olmayan (telefon) dinleme nedeni dolayısıyla sanıkların izini elde etmiş olmaları değerlendirilemezlik için yeterli olmamalıdır. Bu (görüş) reddedilmelidir (farklı çözüm teklifleriyle aynı görüşte

biçimde elde edilmiş bulgular delil olarak kabul edilemez” hükmünün kapsamında kaldığını ve delil olarak kesinlikle dikkate alınmaması gerektiği düşüncesindeyiz.

Wolter, nstz 84, 276; Schlüchter, JR 84, 517). Alman Federal Yüksek Mahkemesi, § 136a'nın bir ihlali (bir hücreye kapatılan ihbarcı şüphelinin ağzını arar) halinde de, değerlendirilemez beyanları araştıran tanığı şüphelinin suçunun ispatında kullanmayı caiz saymak istemektedir (BGHSt 34, 362; başka görüşte LG Hannover StrV 86, 521; Grünwald, StrV 87, 470; Fezer, JZ 87, 937; Seebode, JR 88, 427; Reichert/Hammer, JuS 89, 446; Neuhaus, NJW 90, 1221; Roxin, 1991, 95 vd.). Bu, aynı şekilde, yasaklanan uygulamaların doğrudan doğruya cesaret vermesi ve sonuçta § 136a'nın boşa çıkmasına neden olduğu için de reddedilmelidir (bu görüşte Grünwald, 1993, 158 vd.). Bir gizli soruşturmacının görevlendirilmesine ilişkin bir hakim onayının olmaması da, gerçi mümkün olduğunca onun beyanını değerlendirilemez kılmalı ve fakat bu surette sanığın elde edilen ikrarını değerlendirilemez kılmamalıdır (BGH NSTZ 96, 48). Buna karşılık şu tespit edilmelidir ki, eğer bir delil araştırmaların o zamanki gidişatına göre yüksek bir ihtimalle muhakeme ihlali olmaksızın da elde edilebilecek idi ise, o takdirde artık yukarıda (III 2 vor a) tasvir edilen alandaki dolaylı delillerin değerlendirilmesi söz konusu olabilir.” (Bkz., Roxin, Claus, “İspat Hukuku'nun Esasları” (Çev.: Yener Ünver), İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi. İstanbul 2005/2, S. 8, s. 287-288'den naklen).

**KİMLİĞİ ÖĞRENİLEMİYEN
ŞÜPHELİ KİMSE HAKKINDA
İDDIANAME DÜZENLENEBİLİR Mİ?
KİMLİĞİNİ SÖYLEMEYEN KİMSEYE KARŞI
NE YAPILABİLİR?**

Bu sorunun cevabı açısından öncelikle dikkate alınması gerekli hükümler AY m. 38/5., CMK m. 81, 147/1-a ve 147/1-e, 170/3-a, 174/1-a, TCK m. 204/2, 207/2, 206, 267, 26, ve Kabahatler Kanunu m. 40/1-3' dür.

Öncelikle belirtmek gerekir ki, hiç kimse (ve özellikle şüpheli, sanık ve tanık) kendisini ve kanunda gösterilen yakınlarını suçlayan bir beyanda bulunmaya veya bu yolda delil göstermeye zorlanamaz (AY m. 38/5). Susma hakkı olarak adlandırılan bu kural, şüpheli ve sanık açısından kimliği ile ilgili bilgiler hariç, diğer hususlara ilişkindir. Başka bir ifadeyle, mevzuatımız şüpheli veya sanığın kimliğini söylemek zorunda olduğunu kabul etmiştir. CMK m. 147/1-a'ya göre şüpheli veya sanık, kimliğine ilişkin soruları doğru olarak cevaplandırmakla yükümlüdür. İfade veya sorgusu yapılırken, kimlik ile ilgili hususlar hariç, şüpheli veya sanığa yüklenen suç hakkında açıklamada bulunmamasının kanuni hakkı olduğunun söylenmesi mecburidir (CMK m. 147/1-e).

Belirtmek gerekir ki, bir kimse hakkında kamu davasını açmak için iddianame düzenlenebilmesi için iddianamede zorunlu olarak bazı bilgilere yer verilmesi gerekmektedir.

Şüpheli kimsenin kimliğinin de iddianamede bulunması zorunlu olup (bkz., CMK m. 170/3-a), şüphelinin kimliğine yer verilmeden düzenlenen iddianamenin CMK m. 174/1-a gereğince Cumhuriyet Başsavcılığı'na iadesine karar verilmesi gerekmektedir.

Şüpheli veya sanık, herhangi bir soruşturma veya kovuşturma olmadan, gerçek kimliğinin ortaya çıkmaması için sahte bir kimlik kullanırsa, kullandığı belgenin resmi veya özel belge olmasına göre, sahte resmi veya özel belgeyi kullanma suçunu işlemiş olur (Bkz., TCK m. 204/2 veya 207/2). Bu kişi resmi bir belgenin (örneğin iddianamenin veya ifade veya sorgu tutanağının) düzenlenmesi esnasında yalan beyanda bulunursa, bu takdirde bir resmi belgeyi düzenlemek yetkisine sahip olan kamu görevlisine yalan beyanda bulunmak suçunu işlemiş olur (Bkz., TCK m. 206). İlgili kişi bunun yerine işlediği bir suç nedeniyle kendisi hakkında soruşturma ve kovuşturma yapılmasını engellemek amacıyla, başkasına ait kimliği veya kimlik bilgilerini kullanırsa, TCK m. 268'in atfı nedeniyle TCK'nın 267. maddesinde düzenlenen iftira suçuna ilişkin hükümlere göre cezalandırılacaktır.

Nihayet bu kimse yukarıda belirtilen davranışlarda bulunmayıp, kimliğine ilişkin soruları cevapsız bırakarak bilgi vermekten kaçınırsa, yani susarsa, bu takdirde Kabahatler Kanunu m. 40/1 uyarınca, görevle bağlantılı olarak soru soran kamu görevlisi tarafından 50 YTL idari para cezası ile cezalandırılır. Önemle belirtelim ki, Kabahatler Kanunu m. 40/1'de cezalandırılan diğer bir eylem ise, ilgili kişinin kimliği konusunda gerçeğe aykırı beyanda bulunulmasıdır. Bu idari suçun gerçek dışı bilgi verilerek işlenmesi ile TCK m. 206'da düzenlenen resmi belge düzenleme yetkisi bulunan kamu görevlisine yalan beyanda bulunmak suçu benzer eylemleri

düzenleyip, uygulamada hangi suçun işlenmiş olduğunun saptanmasında dikkat edilmelidir. TCK m. 206'da soru soran kamu görevlisinin resmi belge düzenleme yetkisinin bulunması aranarak, özel bir hüküm sevk edilmiştir. Kabahatler Kanunu m. 40/1'de ise bu tür bir özellik öğesi aranmayarak daha genel bir hüküm sevk edilmiştir.

Ancak belirtmek gerekir ki, gerek kimliğin öğrenilmesini gerektiren suç gerek kimliğin açığa çıkmasını önleme/gizleme amaçlı belirtilen suçların gerektirdiği yaptırımın uygulanması için de, ilgili kişinin kimliğinin bilinmesi gerekmektedir.

O nedenle, belirtilen hükümlere rağmen ilgilinin kimliğinin öğrenilemediği hallerde, konunun çözümü için fizik kimliği düzenleyen CMK m. 81 ve kimliğin öğrenilmesi için ilgiliyi zorlama amaçlı düzenleme getiren düzenlenen Kabahatler Kanunu m. 40/2-3'den yararlanılabilir. CMK m. 81 belirli hallerde bazı koşullarla fiziki kimlik düzenlenmesini ve dolayısıyla da bu fiziki kimliğin iddianameye eklenerek kamu davasının açılması olanağını yaratmıştır. Bu hükme göre, üst sınırı iki yıl veya daha fazla hapis cezasını gerektiren bir suçtan dolayı şüpheli veya sanığın, kimliğinin tespiti için gerekli olması halinde, Cumhuriyet Savcısı(nun) emriyle fotoğrafı, beden ölçüleri, parmak ve avuç içi izi, bedeninde yer almış olup teşhisini kolaylaştıracak diğer özellikleri ile sesi ve görüntüleri kayda alınarak, soruşturma ve kovuşturma işlemlerine ilişkin dosyaya konulur. Maddenin 2. fıkrası, sonradan 2005 tarih ve 5353 sayılı Kanun'la değiştirilerek kısmen daha az sakıncalı hale getirilse dahi, yine de önemli sakıncalarla birlikte bazı haller için, söz konusu kayıtların imhasını ve bunun tutanağa geçirilmesini düzenlemektedir.

Diğer taraftan, Kabahatler Kanunu'nun 40/1. maddesi, yukarıda da değinildiği üzere, kimlik bilgisini vermeyen

veya gerçeğe aykırı beyanda bulunan kimseye 50 YTL idari para cezası verileceğini düzenleme dışında, aynı kanununun 40. maddesinin 2. fıkrasında kişinin kimliğini öğrenme veya onu zorlama amacıyla, hukuksal koşul, kapsam, düzenleme ve sonuçları açısından hukuka uygun kabul edilemeyecek ve ölçülülük ilkesini ihlal eder biçimde bazı koruma tedbirlerine yer vermiştir. Bu maddenin ikinci fıkrasına göre, açıklamada bulunmaktan kaçınması veya gerçeğe aykırı beyanda bulunması dolayısıyla kimliği belirlenemeyen kişi tutularak durumdan derhal Cumhuriyet Savcısı haberdar edilir. Bu kişi, *“kimliği açık bir şekilde anlaşılincaya kadar”* gözaltına alınır ve gerekirse tutuklanır. Gözaltına ve tutuklamaya karar verme yetkisi ve usulü bakımından Ceza Muhakemesi Kanunu hükümleri uygulanır. *“Kişinin kimliğinin belirlenmesi durumunda”*, bu nedenle gözaltına alma veya tutuklama haline derhal son verilir.

CMK m. 81'in sadece soruşturma evresi düşünülerek ve sadece savcıya yetki verilerek düzenlenmesi eksiklik arz etmektedir. Oysa kimlik bilgisine yer verilmeyen iddianamenin hatalı olarak verilen kararlar kabul edilmesi veya CMK m. 174/1'deki on beş günlük iddianamenin inceleme süresi sükûtle geçirilmekle kamu davası açılmış olabilir. Kanımızca, CMK m. 81 ve Kabahatler Kanunu m. 40'da soruşturma ve kovuşturma açısından bir açıklık ve ayırım yapılmadığı için, bu hükümlerin kovuşturma evresinde de uygulanmaları mümkündür. CMK m. 81 kovuşturma evresinde dahi (hâkim veya mahkeme değil) savcılık tarafından işletilerek fiziki kimliğin saptanması ve m. 81'in uygulanmadığı haller açısından ise hâkim veya mahkeme tarafından Kabahatler Kanunu m. 40 işletilecektir.

Ancak belirtelim ki, fiziki kimliği düzenleyen CMK m. 81'deki düzenleme de Kabahatler Kanunu'nun 40. maddesi de birçok açıdan hatalı ve hukuka aykırıdır. Konuyla ilgili olarak

uzun açıklamalar yapmak yerine ve olması gereken hukuk nedeniyle eleştiri amacıyla, başka bir çalışmadaki şu açıklamaları naklediyoruz: “CMK’nın 81. maddesinin ikinci fıkrası çok hatalı olup, kişisel verilerin korunması ile suçla mücadele için hukuka uygun elde edilmiş ve gerek başka suçların önlenmesi gerek başka suçların sağlıklı biçimde açığa çıkarılıp ispatlanması olanağını ortadan kaldırmaktadır. Oysa, tam aksine, ülkemizde suçla hukuka uygun ve daha sağlıklı ve kesin sonuçlara ulaşabilmek, suçla iyi mücadele edebilmek, suçların işlenmesini engellemek için mutlaka DNA Bankaları kurulmalıdır. Yeni CMK ve TCK bu tür bilgi biriktirilmesini kişisel verilerin korunması ile ilişkilendirmekle birlikte, konuyu hatalı olarak karıştırmış ve bu tür veri bankalarının kuruluşunu engelleyici hükümler içermektedir. Oysa sporda şiddet ile ilgili kanunda (5149 sayılı Spor Müsabakalarında Şiddet ve Düzensizliğin Önlenmesine Dair Kanun) iki ayrı yerde bu tür düzenlemeye izin verilmektedir.

Ayrıca maddenin 2. fıkrasındaki zaman dilimleri hatalıdır. Takipsizlik kararına itiraz edilmesi ve bunun sonucunda bu kararın kaldırılması olasılığında, deliller yok edildiği ve bazen de tekrar toplanamayacağı için, çok büyük sakıncalara yol açacaktır.⁸³

‘Burada özgürlüğün keyfi biçimde kısıtlanması konusunda ilgili olarak değinilmesi gereken bir hüküm, Kabahatler Kanunu’nun 35.

⁸³ Belirtelim ki, 5353 sayılı ve 25.05.2005 tarihli “Ceza Muhakemesi Kanunu’nda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun” ile CMK’nın bu 81. maddesinde değişiklik yapılmış ise de, belirtilen sakınca tamamen giderilmemiştir. Yapılan düzeltme ile söz konusu kayıtların derhal yok edilmesinin önemli sakıncalar doğuracağı endişesiyle, bu kayıtların maddede belirtilen kararların kesinleşmesi sonrasında kadar muhafaza edilip, kovuşturmayaya yer olmadığı kararına itiraz süresinin geçmesi veya itirazın reddi, beraat veya ceza verilmesine yer olmadığı kararının kesinleşmesi sonrasında imhası yükümlülüğü getirilerek, zaman açısından kısmi bir güvence getirilmiştir. Ancak, hükmün asli sakıncası halen ortadadır.

maddesidir. Bu madde hükmüne göre sarhoş olup başkalarının huzur ve sükûnunu bozacak şekilde davranışlarda bulunan kişiye kolluk güçleri tarafından 50 Türk Lirası idari para cezası verilmesi dışında, ayrıca sarhoşluğun etkisi geçinceye kadar kişi kontrol altında tutulacaktır. Polis Vazife ve Selahiyet Kanunu'nun 13/C maddesinde de halkın rahatını bozacak veya rezalet çıkaracak derecede sarhoş olanların veya sarhoşluk halinde başkalarına saldıranların yakalanacağı ve gerekli işlemlerin yapılacağı belirtilmekteyse de, Kabahatler Kanunu gereğince kontrol altında tutulacak kişinin kabahat teşkil eden eylemi yapıp yapmadığı, başkalarının huzurunun bozulup bozulmadığı ve kişinin sarhoş olup olmadığı gibi sarhoşluğun etkisinin geçip geçmediğine ilişkin delil ve emareleri de kolluk tek başına, hiçbir kanuni usule tabi olmaksızın değerlendirmektedir. Sarhoşluğun etkisinin geçirilmesi için kolluk güçlerine herhangi bir hukuksal yükümlülük yüklenmediği gibi, özgürlüğün kısıtlanmasının (kontrol altında tutulmanın) azami bir süresinin öngörülmemesi de sakıncalıdır. Ayrıca burada sarhoşluğun etkisinin tamamen mi yoksa kısmen mi geçmesi gerektiği belirtilmemiş, en küçük bir etkinin var olduğu sürece kişilerin özgürlüklerinin kısıtlanmasına imkân verildiği ve bunun bir yargı kararıyla değil de tamamen kolluğun değerlendirmesine bırakıldığı göz önünde tutulursa, hükmün sakıncası daha da bariz görünmektedir. Hatta, Karayolları Trafik Kanunu'ndan farklı olarak, kolluğa burada alkol veya kan örneği muayenesi/tahlili yapmak/yaptırmak yükümlülüğü de yüklenmediği de dikkate alınır, durumun vahameti biraz daha açığa çıkmaktadır. Hatta hükümde, kişinin veli, vasi, kanuni temsilcisi veya bir yakınının veya islahevi, yurt veya infaz kurumu yetkililerinin teslim alıp refakat etmeleri veya sarhoşluğu geçinceye kadar kendisi veya başkalarına zarar vermesini veyahut rahatsız etmesini önleyeceği güvencesi vermelerine karşın kolluk bu kimseyi bırakmayacak ve sarhoşluğun tüm etkisi geçinceye kadar gözaltında tutacaktır. Her ne kadar bu yaptırımlara karşı Sulh Ceza Mahkemesi'ne başvuru yolunun düzenlendiği gerçek ise de, bu başvuru yolunun icrası ve bundan sonuç alınmanın pratikte bu

özgürlüğün kısıtlanmasını önlemek açısından hiçbir değeri bulunmayacaktır. Keza, bu kanun birçok kurum açısından CMK'daki hükümlere atıf yapmış iken, bu özgürlük kısıtlanmasının hukuka aykırı olması hali açısından CMK m. 141 ve devamına atıf yapmamış ve konuyu düzenlemeyerek genel tazminat hukuk yolunun işletilmesine bırakmıştır ki, bu kanunlaştırma biçimi, kanun sistematigi ve yeni CMK sisteminin özü ve amacıyla uyumlu olmayıp, hatta CMK'da soruşturma ve kovuşturma organlarının fül ve kararlarına karşı bu yol düzenlenmişken Kabahatler Kanunu'nda daha da ileriye gidilmesi ve bizzat kolluğun delilleri bizzat değerlendirerek uyguladığı bu özgürlük kısıtlaması haline özgü durum için düzenlenmeyişi evleviyet (öncelik) kuralıyla da çelişmektedir.

Kabahatler Kanunu açısından üzerinde durulması gerekli üçüncü bir kurum ise, Kanun'un 40. maddesinde düzenlenen 'kimliği bildirmeme' halinde uygulanacak yaptırım ve önlemlerdir. Kanunun bu hükmüne göre, görevle bağlantılı olarak sorulması halinde kamu görevlisine kimliği veya adresiyle ilgili bilgi vermekten kaçınan veya gerçeğe aykırı beyanda bulunan kişinin bu eylemi idari para cezasını gerektiren bir kabahattir. Belirtelim ki, bu hükümde şüpheli ve sanık ile diğer kişiler arasında bir ayırım yapılmamıştır. 765 sayılı TCK'daki 528. maddenin kaldırılması nedeniyle ortaya çıkan boşluğu doldurmak için getirilen bu hüküm teorik açıdan sanığın susma hakkı ile nemo tenatur ilkesinin bir istisnası olarak öngörülmüştür. Kanımızca bu hüküm belirtilen ilkelerle çelişmektedir. Şüpheli ve sanık diğer hususlarda olduğu gibi kimliği konusunda da konuşmak veya doğruyu söylemek zorunda olmamalıdır. Yalnızca iddianamede şüpheli kimsenin kimliğinin mutlak surette yazılması sorun çıkardığından, burada iki yoldan birisi izlenmelidir: Ya şüpheli kimse hakkında dava açılması için kimlik bilgilerinin mutlak surette saptanmasından vazgeçilip, kendisinin 'ferden tayin edilebilir olması' ile yetinilmeli veya (daha yerinde olarak) CMK m. 81'de düzenlenen fiziki kimliğe dayalı olarak da iddianame düzenlenmesi

bu koşulun gerçekleşmesi açısından yeterli sayılmalıdır. Fakat burada CMK m. 81/1'deki ilgili suçun cezası açısından öngörülen ve hatalı olan miktar sınırlamasından da vazgeçilmelidir. Dolayısıyla sanık konuşmaya veya doğruyu söylemeye zorlanmayacak ve fakat el altında ise hakkında fiziki kimlik düzenlenerek diğer işlemler ve özellikle de iddianame düzenlenerek yargının kilitlenmesi önlenecektir. Bu açıdan hem CMK m. 81'deki süre sınırlamasının yerinde olmadığını hem de Kabahatler Kanunu'nun (ve TCK'nın yukarıda belirtilen konuya ilişkin hükmünün) şüpheli ve sanık açısından bir istisna öngörmemesini hatalı bulmaktayız.

Diğer yandan, Kabahatler Kanunu da 765 sayılı TCK'nın hem 528 hem de 343. maddesi hükmü gibi bu konudaki ilke ihlalinin alanını geniş düzenlemiştir. Çünkü Kabahatler Kanunu 40/1. maddesiyle suçun tipik eylem unsuruna seçimlik ikinci bir hususu daha ekleyerek suçun uygulanma alanını gereğinden çok daha aşırı biçimde fazla geniş düzenlemiştir. Bu hükme göre, 'kimlik bilgisi' dışında, 'adres' hakkında bilgi vermemek veya doğru bilgi vermemek de bu suçun oluşumuna vücut verecektir. Hükmün şüpheli ve sanıklar açısından hatalı ve şüpheli/sanık haklarına aşırı müdahale olduğu düşüncesindeyiz. Her ne kadar 765 sayılı TCK'nın 528. maddesine nazaran hüküm tipik eylemi oluşturacak verilmeyen bilginin kapsamını daraltmış ise de, bu haliyle de hüküm fazla geniştir.

Ancak asıl sakıncalı olan husus, şüpheli veya sanığın bu bilgileri vermek için zorlanmasına yönelik ağır önlemlerin getirilmesidir. Kabahatler Kanunu'nun 40/2 ve 3. fıkraları dolayısıyla, belirtilen hususlarda açıklama yapmayan veya gerçeğe aykırı beyanda bulunan kişi tutulacak, gözaltına alınacak ve gerekirse tutuklanabilecektir. Hem maddenin metni hem de gerekçesinden anlaşıldığı üzere, burada gözaltı ve tutuklama önlemlerinin CMK'daki kanunî koşul ve unsurları aranmayacaktır. Kanun sadece karar verme yetkisi ve usulü açısından CMK'ya atıf yapmış ve fakat koşullar açısından herhangi bir koşul aranmadan sırf ilgili kişinin doğru beyanda bulunmaya

zorlanması için bu önlemlerin uygulanması olanağını yaratmıştır. En sakıncalı yönü, bu önlemler açısından belirli bir üst sürenin düzenlenmemiş olmasıdır. Her ne kadar gerekçede gözaltı süresi dolunca tutuklamaya başvurulur denilerek gözaltı süresine atıf yapılmış ise de, kanun metninde ne gözaltı ne de tutuklama açısından bir üst süre veya sürenin uzatılması açısından bir azami süre öngörülmemiştir. Aksine madde gerekçesi, tutuklama açısından bir üst sürenin olmadığını belirterek, bu sakıncalı durumu teyit etmektedir. 3. fıkra ve gerekçesine göre, bu özgürlük kısıtlaması kişinin kimliğinin belirlenmesine kadar sürdürülecektir. Bu ise delilden samığa gitmek kuralı yerine tekrar sanıktan/şüpheliden delile gidilmesi kuralı ve uygulamasına dönüleceğine işaret etmektedir.

Madde metninde bu önlemlerin uygulanışı açısından bir üst süre öngörülmediği için, maddenin düzenlenişinden kimlik veya adres bilgilerinin öğrenilememesi durumunda istenildiği kadar bu kişilerin özgürlüğünün kısıtlanabileceği anlamı çıkmaktadır. Bu ise ölçülülük ilkesi ile hiçbir şekilde bağdaşmamaktadır. CMK'da (m. 100/1) esasen tüm koruma tedbirlerinin bir önkoşulu olmasına karşın, tutuklamanın ağır niteliği dolayısıyla tutuklama önlemine başvurulması açısından ölçülülük ilkesini ayrıca özel olarak düzenleyen ve tutuklamanın ağır etki ve sonuçlarını gidermek için adli kontrol (m. 109 vd.) kurumunu ihdas eden kanun koyucunun bu düzenlemeden çok sonra yaptığı Kabahatler Kanunu'nda bu hükme yer verilmesi anlaşılabilir bir şey olmadığı gibi, aynı zamanda çelişkili bir tutumdur.

Aynı ölçüsüzlük ve çelişki, bu önlemlere başvurma açısından önkoşul niteliğinde bir ceza miktarı, türü veya suç tipi sınırlamasının getirilmemesinde de görülmektedir. Bu düzenleme ile en basit bir cezayı gerektiren ve hatta çok az bir para cezasını gerektiren bir suç için üst süresi belirsiz bir özgürlük kısıtlamasına olanak sağlandığı gibi, suç tipi açısından da bir ayırımı gözetilmemiştir. Oysa, Kabahatler Kanunu'ndan çok daha ağır ve özel koşulların bulunması nedeniyle

sınırlı olarak uygulanabilecek ve fakat bu düzenlemeden çok daha ağır nitelikte olan CMK'daki tutuklama ve adli kontrole başvurulabilmesi, diğer koşullar yanında, ilgili suçun cezası açısından da sınırlandırılmıştır. CMK m. 100/4'e göre para cezasını gerektiren suçlarda tutuklamaya başvurulamayacağı gibi üst sınırı iki yıldan fazla olmayan hapis cezasını gerektiren suçlarda⁸⁴ da tutuklama mümkün değildir. Yine CMK m. 109/1'e göre üst sınırı üç yıldan fazla hapis cezasını gerektiren suçlarda (CMK m. 112'deki özel hal hariç) ve para cezasını gerektiren suçlarda adli kontrol önlemine başvurulamayacaktır. Oysa, Kabahatler Kanunu'nda hiçbir ilgili suç açısından süre, tür veya miktar sınırı konulmayarak oldukça aşırıya gidilmiştir. Halbuki, bu durum evleviyet (öncelik) kuralına da aykırıdır. Bu düzenleme dolayısıyla, tutuklama ve adli kontrol açısından CMK'da süre ve ceza türü açısından getirilen güvenceler, kişinin kimlik ve adres bilgileri açısından (sonradan kabul edilen Kabahatler Kanunu gereğince) hatalı olarak ortadan kaldırılmıştır.

Kaldı ki, maddenin 2 ve 3. fıkraları özensiz ve birbiriyle içerik açısından çelişir biçimde düzenlenmiştir. Çünkü, maddenin 2. fıkrasında bu önlemlere başvurulması için ilgili kişinin 'açıklamada bulunmaktan kaçınması veya gerçeğe aykırı beyanda bulunması' gerektiği belirtilerek 1. fıkrada düzenlenen her iki hususa (kimlik ve adres bilgilerine) atıf yapılırken, 3. fıkrada sadece 'kişinin kimliğinin belirlenmesi'nden söz edilmektedir ki, bu önlemlere her iki halde de mi yoksa sadece kimliğin öğrenilememesi halinde mi başvurulabileceği hususunda tereddüt ve çelişki yaratılmıştır. Madde hükmünün yukarıda belirttiğimiz doğrultuda değiştirilip, hukuka uygun biçimde yeniden düzenlenmesi gerekmektedir."⁸⁵

⁸⁴ CMK'nın ilk şeklinde yer alan bu hüküm, 5353 sayılı ve 25.05.2005 tarihli Kanun'un 11. maddesiyle değiştirilmiş ve bu süre bir yıla indirilmiştir.

⁸⁵ Ünver, *Deliller ve Değerlendirilmesi*, s. 2910-2913'den naklen.

**İDDİANAMEDE SUÇ NİTELEMESİNE
YER VERİLMEZ İSE VEYA HATALI YAPILIRSA
BU NEDENLE İDDİANAMENİN İADESİ
MÜMKÜN MÜDÜR?**

CMK m. 170/3-h gereğince, şüpheli kimseye yüklenen suç ve uygulanması gereken kanun maddelerine iddianamede yer verilmesi gerekmektedir. Hatta suçu oluşturan olayların iddianamede, mevcut delillerle ilişkilendirilerek açıklanması gerekmektedir.

Ancak iddianamede suç teşkil ettiği iddia edilen eylemin hukuksal tavsifinin yapılmaması ile yanlış yapılmasını birbirinden ayırmak ve farklı sonuçlara ulaşmak gerekmektedir:

Eğer iddianamede suçun hukuksal nitelemesi yapılmaz ise, CMK m. 170. maddeye aykırı bir iddianame düzenlendiği için, bu iddianamenin Cumhuriyet Başsavcılığı'na iadesi gerekecektir.

Buna karşılık, Cumhuriyet Başsavcılığı iddianamede isnat edilen suçun bir hukuksal nitelemesine yer vermekle birlikte, bu nitelemede yanılmış veya hatalı nitelendirmede bulunmuşsa, CMK m. 174/2'de özel bir hüküm olması ve bu hükmün 174/1-a açısından bir istisna yaratması dolayısıyla, suçun hukuksal nitelendirilmesi, yanlış nitelendirilmesi nede-

niyle iddianame Cumhuriyet Başsavcılığa iade edilmeyecektir. Bunun nedeni, mahkemenin savcılık tarafından yapılan hukuksal tavsifle (nitelemeyle) bağlı olmaması ve eğer hukuksal nitelemede bir değişiklik olursa mahkemenin şüpheliye tanıyacağı ek savunma hakkı ile bu sorunun açılmasının kolay ve mümkün olmasıdır (Bkz., CMK m. 225/2 ve 226).

Soruya ilişkin hüküm CMK m. 174/4'tür. Bu hüküm geçince, iddianamenin iadesi üzerine, kararda gösterilen eksiklikleri tamamladıktan ve hatalı noktaları düzelttikten sonra, kovuşturmaya yer olmadığı kararı verilmesini gerektiren bir durumun bulunmaması halinde, savcı yeniden iddianame düzenleyerek dosyayı mahkemeye gönderecektir. Madde hükmüne göre, ilk kararda belirtilmeyen sebeplere dayanılarak yeniden iddianamenin iadesi yoluna gidilemez.

Görüldüğü üzere, asıl amaçlanan şey, iddianameyi reddedecek mahkemenin incelemesini çok titiz yapması ve eğer iade edecekse iddianamede gördüğü eksiklik veya hataların tümünü bir kerede iade kararında göstermesini temin etmektir. Bu, iddianamenin titizlikle incelenerek iade kurumu ile sağlanmak istenen kontrol ve güvence sistemini pekiştireceği gibi, delillerin kaybolmasını önlemek, kolluk ve savcılığın titiz çalışmasını sağlamak vs. yanında özellikle makul sürede yargılanma ilkesine de hizmet edecektir. Ancak bu hüküm, iddianamenin hiçbir zaman ikinci kez iade edilemeyeceği anlamına gelmemektedir. Mahkemenin işaret ettiği eksiklik veya yanlışlık veya eksiklikler veya yanlışlıkların iddianame

kendisine iade edilen Cumhuriyet Başsavcılığı'nın yapması gerekeni yapmayarak ve iade kararında gösterilen eksiklikleri ve hatalı noktaları gidermemesi durumunda, yeniden düzenlenen iddianamenin (kanımızca bu eksiklik ve hatalar giderilinceye kadar ve müteaddit defalar) iadesi olanağı vardır ve uygulamada da iade edilmelidir.

Yasaklanan şey, mahkemenin ilk iade kararında belirtmediği bir nedene dayanarak yeni düzenlenen iddianameyi yeniden reddetmesidir. Şüphesiz bu hüküm, aynı olaya ilişkin düzenlenen iddianame ile ilgilidir. Buna karşılık, iddianamenin iadesinden sonra elde edilen deliller Cumhuriyet Başsavcılığı'nı tamamen farklı nitelikteki bir eylemin veya önceden saptanamamış eylemlerin içtimainın varlığına veya önceki iddianame sonrasında kovuşturamama kararı verilerek takip etmeme kararına karşın o esnada tesadüfen ortaya çıkan eylemden ve öncekinden tamamen bağımsız bir eyleme ulaştırır ve savcılık da bu nedenle bir iddianame düzenlerse, ortada önceki eylem ve (iade edilen) iddianameden farklı bir eyleme ilişkin yeni bir iddianame vardır ve bu iddianame açısından da yukarıdaki kurallar baştan yeniden uygulanmak gerekir.

**CEZA MUHAKEMESİ SÜJELERİNİN
İDDIANAMENİN DÜZENLENİŞİNE VEYA
İADESİNE KARŞI KOYMA OLANAKLARI VAR MIDIR?**

Cumhuriyet Başsavcılığı, mahkeme üyeleri ve dolaylı olarak kolluk dışında, diğer kimselerin iddianamenin düzenlendiğinden haberdar olmaları, ancak iddianamenin kabulü kararından sonra ve çoğu kez de iddianamenin kabulü kararından sonra duruşma gününün mahkemece belirlenmesi ve duruşmada hazır olması gereken kişilerin çağrılması (bkz., CMK m. 175/2) üzerine olur. Dolayısıyla iddianamenin düzenlenişine veya düzenlenen iddianamenin mahkemeye verilmiş veyahut mahkemenin bu iddianameyi kabul kararı vermesini engelleyici özel bir kanun yolu olmadığı gibi fiilen de, bu husus özellikle bu süreçte ilgililerin yer almamaları, haberdar edilmemeleri nedeniyle de olanaksızdır.

Sadece, soruşturma evresini sürekli ve gerekli titizlikle izleyen ve dosyayı sürekli inceleyip takip eden bir süjenin, sözlü, çoğu kez de zorunlu olarak yazılı olarak vereceği dilekçede iddianamenin düzenlenişine müdahale etmesi, iddianamede yer alacak hususlarda yönlendirmede bulunması veya iade edilmesi için mahkemece değerlendirilmek üzere açıklama veya delil ibraz etmesi mümkündür. Şüphesiz, hem iddianame hakkında CMK m. 174 uyarınca iddianameyi reddederek iddianamenin kabulü kararından önce, hem de hukuksal tavsif

değişikliğini ek savunma hakkını kullanarak daha sonraki bir zaman diliminde mahkemenin iddianamenin düzenlenişine müdahalesi imkânı vardır.

Buna karşılık iddianamenin iadesi açısından durum farklı olup, her makam veya kişi için/açısından olmasa dahi, Cumhuriyet Başsavcılığı'na bu iade kararının gereklerini yerine getirmek yerine bundan önce iddianameyi iade öncesi şekliyle kabulünü sağlamak üzere itirazda bulunma yetkisi tanınmıştır. Cumhuriyet Başsavcılığı iade kararına karşı itiraz kanun yolunu kullanabilecektir. Ancak, Cumhuriyet Başsavcılığı dışındaki makam veya kişilerin bu tür bir itiraz yetkisi bulunmamaktadır. İddianamenin kabulünü isteyen kişi veya makamlar, eğer iddianamenin Cumhuriyet Başsavcılığı'na iade edildiğinden bir biçimde haberdar olmuşlarsa, Cumhuriyet Başsavcılığı'nın iade kararına itiraz etmesi için çaba sarf edebilirler, Cumhuriyet Başsavcılığı'nı soyut talep, delil ibraz ederek veya hukuksal açıklamalarla bu iade kararına itiraz etmeye tahrik edebilirler.

Bilindiği üzere sanık veya müdafinin delil toplama veya sanığın suçsuzluğunu ispat etme yükümlülüğü bulunmamaktadır. Eğer iddia makamı, katılan ve vekili ve mahkemenin elde ettiği hukuka uygun deliller sanığın suçsuzluğunu her tür kuşkudan arınmış biçimde ispat edemiyorsa, sanık aleyhine delil yoksa veya ispat konusu tüm delillere karşın kuşkulu kalıyorsa suçsuzluk karinesi ve şüpheden sanık yararlanır ilkesinin de yardımıyla sanığın suçu işlemediğine karar verilmesi zorunludur. Bununla birlikte, sanık veya müdafii delil toplama, toplanmasını isteme veya örneğin doğrudan veya çapraz soru sorma usulleriyle ispat faaliyetine katılma, delili değerlendirme araçlarının kullanılmasını isteme, teknik uzmandan yararlanma vs. ile ispat araçlarının elde edilmesine ve ispatın sanık lehine gerçekleşmesi için hak ve olanak sahibi olup bunu kullanabilirler.

Bu hak ve olanağı kullanmanın bir biçimi ise, delillerin toplanmasını soruşturmada savcılık ve kovuşturmada mahkemenin istemektir. Kanun koyucu bu olanağı sağlamak için birçok hükmünde ilgili makamlara bazı yükümlülükler yüklemiştir. Örneğin CMK m. 176/3 gereğince duruşmaya

çağrılan tutuklu sanıktan duruşmada kendisini savunmak için bir istemde bulunup bulunmayacağı ve bulunacaksa bunun neden ibaret olduğunu bildirmesi istenecektir. Soruya ilişkin özel hüküm ise, CMK m. 177'dir. Bu hükmeye göre, sanık, tanık veya bilirkişinin davetini veya savunma delillerinin toplanmasını isteyebilir ve bunu istediğinde bunların ilişkin olduğu olayları göstermek suretiyle mahkemeye bu hususta bir dilekçe vermelidir. Sanık bu dilekçesini duruşma gününden en az beş gün önce mahkeme başkanı veya hâkime vermelidir. Mahkeme bu dilekçe üzerine verilecek kararı derhal sanığa bildireceği gibi, sanığın bu dilekçesindeki isteklerinden kabul edilenleri dava açıldıktan sonra da iddia faaliyetlerini yürütmek ve sanığın aleyhine olduğu kadar lehine olan delilleri de toplamak ödevi bulunan Cumhuriyet Savcısı'na da bildirecektir.

Uygulama açısından, sanığın mahkûmiyetine karar verebilmek için vicdani kanının oluşumuna yeterli olmayan oranda veya çelişkisiz delilin bulunmadığı durumlarda, mahkeme kararlarında *"delil yetersizliğinden beraatına"* tarzında karar verilmektedir. Bu hatalı bir yaklaşım olup, esasında hem yargılamayı yapan açısından bir anlamda ihsas-ı rey anlamına geldiği hem de ileride muhakemenin iadesi nedenlerinden birisinin gerçekleşmesi üzerine yapılacak yargılamayı olumsuz etkileyebileceği için, suçsuzluk karinesi ile çelişmektedir. Bu durumda verilmesi gereken karar, *"beraat"* kararıdır.

Diğer yandan, müdafilik veya vekillik görevini icra eden avukatların, toplanmasını istedikleri delil açısından, soyut bir talep dışında bir bilgi sunmadıkları ve bunun da zaman zaman mahkeme veya hâkim (ve hatta soruşturmada Cumhuriyet Savcılarınca) dikkate alınmaya değer görülmediği gözlemlenmektedir. O nedenle, kanun koyucu, toplanması istenen delille ilgili bağlantılı olayların zikredilmesini iste-

miştir. Şüphesiz ispat külfeti anlamında değil, iddia veya savunma görevini iyi yapabilmek ve amaca hukuka uygun ve kolay ulaşılabilmek için yapılması gereken şey, olanaklar elverdiğince, bu tür bir delil toplanması talebinde bunların ilişkin olduğu olayları göstererek talepte bulunmaktır. Bu hem talebin ispat açısından önemini ortaya koyacak, hem delilin daha kolay ve hukuka uygun toplanmasına hizmet edecek hem de bu delilin toplanması talebinin soyut iddialarla mahkeme-yi oyalamak için istenmediği kanısını uyandırarak araştırma faaliyetlerini psikolojik olarak motive edeceği gibi diğer süje veya muhakemede bulunmak hakkı olan veya çağrılanların da aynı deliller veya karşı delillerin toplanması için çaba sarfetmesine ve hatta bizatihi soruşturma veya kovuşturma organlarının delil toplama görevlerini “deliller arasındaki bağlantıların açığa çıkarılması suretiyle” kolaylaştırarak, gerek bu kurumun işletilmesine gerek genel olarak ceza muhakemesinin amacına azami katkıyı sağlayacaktır.

**SANIK VEYA MÜDAFİİNİN VEYA KATILAN
VEYA KATILAN VEKİLİNİN GÖSTERDİĞİ TANIK
VEYA UZMAN KİŞİNİN ÇAĞRILMASI HAKKINDAKİ
TALEP REDDEDİLİRSE, SANIK, SANIK MÜDAFİİ
KATILAN VEYA KATILAN VEKİLİ
BUNA KARŞI NE YAPABİLİR?**

Yalnızca iddia makamı veya mahkeme değil, sanık veya sanık müdafii veya katılan veya katılan vekili de dinlenmek, doğrudan doğruya soru sorma veya çapraz sorgu kurumunun haklarında işletilmesi için tanık veya bilirkişinin duruşmada dinlenilmesini sağlama olanağı vardır. Eğer bu yöndeki talepleri hâkim veya mahkemece kabul edilirse, bu süjelerin talebi doğrultusunda hâkim veya mahkeme bu kişileri çağıracaktır. Buna karşılık, eğer hâkim veya mahkeme başkanı bu kişilerin dinlenilmesine ilişkin dilekçeyi reddederse, sanık, sanık müdafii, katılan veya katılan vekili o kişileri bizzat duruşmaya getirebilir.

Bu kişiler getirildiğinde, onların duruşmada dinlenilmeleri zorunludur (CMK m. 178). Bu konuda mahkeme başkanı veya hâkimin bir takdir yetkisi bulunmamaktadır. Sanık, doğrudan doğruya davet ettireceği veya duruşma sırasında getireceği bilirkişi ve tanıkların ad ve adreslerini Cumhuriyet Savcısı'na makul sürede bildirmelidir. Dikkat edilmesi gereken önemli bir husus, bu bildirim mahkemeye değil, Cumhuriyet Savcısı'na yapılmasıdır. Ancak Cumhuriyet Savcısı'na bildirimde bulunulursa kanunun aradığı koşul gerçekleştirilmiş olur. Cum-

huriyet Savcısı'na bildirilmek koşuluyla, ayrıca Cumhuriyet Savcısı yanında davaya bakan hâkime de bildirilmesi sakıncalı değildir ve bu sistemin işleyişini engellemez. Bu bildirim amacı, Cumhuriyet Savcısı'nın hazırlık yapması, bu bilirkişi veya tanığa sorulacak sorular açısından hazırlanması ve eğer kendisi de ya re'sen veya mahkeme başkanı veya hâkimin kararıyla bu tanık ve bilirkişi dışında bilirkişi veya tanık davet edecekse bunu yapmak için zamanının olmasıdır.

Nitekim kanun, Cumhuriyet Savcısı'nın davet edeceği veya ettireceği kişilerin ad ve adreslerini sanığa makul süre içinde bildirmesini yükümlülük olarak yüklemiştir (CMK m. 179). Bu sistem gerek savunma tarafının gerek iddia tarafının gafil avlanmaması, sırf bu nedenle duruşmanın ertelenerek zaman kaybına yol açmaması ve dosya açısından çalışıp hazırlanmalarına olanak tanımayı hedeflemektedir.

Belirtelim ki, CMK m. 178 ve 179 karşılaştırıldığında, önemli bir hususun düzenlenmesinin unutulduğu görülmektedir. CMK m. 178 mahkeme başkanı, mahkeme veya hâkimin başvurduğu tanık veya bilirkişi dışındaki veya mahkeme, mahkeme başkanı veya hâkimce dinlenilmek istenmeyen bir uzman (=bilirkişi) veya tanığın bizzat duruşmaya getirilerek dinlenilmesinin sağlanması, doğrudan sorgu ve çapraz sorguya tabi tutulması olanağını sanık ve Cumhuriyet Savcısı yanında, katılana da tanımıştır. Ancak gerek 178 gerek 179. maddede, sanık ve Cumhuriyet Savcısı için bu kimselerin duruşmaya getirileceği veya getirileceğinin önceden muhatap tarafa makul süre içinde bildirilmesi yükümlülüğü yüklenmesine karşılık, bu yükümlülük açısından katılan veya vekiline bu tür bir yükümlülük yüklenmemiştir. Bu hem amaca hem de sisteme aykırıdır. Kaldı ki, tanınan olanaktan yararlandırıp, yukarıda belirtilen yararları sağlayan bu yükümlülüğün ka-

tilana yüklenmemesinin makul bir gerekçesi olamaz. Katılan ve Cumhuriyet Savcılığı aynı saflarda yer alsalar dahi, farklı kişi ve makamlar olduğu ve yetki, görev ve olanaklarla birlikte yükümlülüklerinin de farklı olduğu göz önünde tutulduğu için, kanunda açıkça düzenlenmediği halde, ne savcı açısından getirilen yükümlülüğün mantık olarak katılanı da kapsadığı ve onun açısından yükümlülüğün bulunduğu ne de katılanın kamu davası yanında birlikte yürüyen müdahale yoluyla davada süjeliğinin olduğu ve bu tür bir yükümlülüğe gerek olmadığı gibi suni bir gerekçe ileri sürülemez. Kanundaki sistemin silahların eşitliği ilkesine aykırı bu yönünün kanun değişikliği ile giderilmesi ve savunma erkini zayıf bırakan ve katılanın savcının olanakları ve yetkilerinden yararlanmasını yanında eşitliğe aykırı, belirli bir amaç ve yararı bulunmayan ve ispat araç ve yöntemlerine katkı açısından dengeyi sanık aleyhine bozan bir ayrıcalığın tanınmaması gerekir.

Uygulamada CMK'nın yürürlüğe girmesinden beri çok yaygın uygulanan ve CMK m. 178 vd. düzenlenen bu kurumu adeta işlemez bir hale getiren şey, soruşturma ve kovuşturma makamlarının yanlış yorumları veya bazı hukukçuların gerçek anlamından saptırarak "*uzman tanık*" diye uydurma bir kavram dolayısıyla uygulamanın yanıltılmasıdır. Diğer nedenler ise, soruşturma veya kovuşturma organlarındaki hukukçuların sayılarının azlığına karşın iş yüklerinin çokluğu nedeniyle tıpkı uzlaşma, doğrudan soru sorma veya çapraz sorgu gibi kurumların ilave iş yükü, zaman kaybı, yetki daralması, fazla mesai yapma gibi sonuçlara yol açacağı veya açtığı yaygın kanısıyla mümkün olduğunca bu kurumları işletmemek veya gerektiği biçimde işletmemek eğilimidir. Yapılan şey, özellikle sanık veya müdafinin dinlenilmesini istediği tanık ve bilirkişilerin dinlenmelerini yetersiz ve soyut gerekçelerle reddeden karardan sonra, sanık veya müdafinin CMK m. 178 gereğince

ve makul süre öncesinde Cumhuriyet Savcısı'na (ve hatta çoğu kez aynı zamanda mahkemeye de) ad ve adresleri bildirilmesine karşılık, hâkim veya mahkeme başkanının, getirilen tanık olsun bilirkişi olsun "getirdiğiniz kimse 'uzman tanık'tır, bir tanığı dinleyip dinlememek mahkeme olarak benim/bizim takdirimizdedir ve dinlemek istemiyoruz" gerekçesiyle bu kimseleri dinlememeleri ve hatta duruşma salonu dışına çıkarmalarıdır. Öncelikle belirtelim ki, getirilen kimse bilirkişi olsun tanık olsun, CMK m. 178-179 ile getirilen yeni sistemde bir farklılık arz etmeksizin, mutlaka dinlenmeleri gereken kişilerdir. Mahkeme başkanı, hâkim veya savcı istemiyorsa bu kişiye soru yöneltmeye-bilirler, ama dinleme ve söylenenlerin duruşma tutanağına eksiksiz geçirilmesi zorunludur. Tanığın uzman olup olmaması önemli değildir, önemli olan bilirkişinin uzman olmasıdır. Fakat, tanıkları dinlemenin mahkemenin yetkisinde olduğu gerekçesi arkasına sığınarak yapılmak istenen hukuka aykırı uygulama için, bu kimselere yönelik "uzman tanık" nitelemesi yapılmaktadır ki, hukuka ve CMK'ya aykırıdır. Eğer bu hukuka aykırı uygulama devam ettirilirse, hem bu tanık ve bilirkişilik kurumları hem de doğrudan soru sorma ve çapraz sorgu sistemi esas itibariyle çökecek ve ölü doğmuş hükümler haline gelecektir.

Kaldı ki, "uzman tanık" tanımlaması (-ki bazen hukukçular da bunu yapmaktadır), burada çoğu kez yerinde değildir. Öncelikle belirtelim ki, ilke olarak tanık uzman olmaz ve belirli bir konuda uzman olduğu için dinlenilmemektedir. Tanık beş duyu organı ile edindiği bilgileri hâkim veya mahkeme önünde aktaran kimsedir. Tanık ile bilirkişiyi birbirine karıştırmamak gerekir. Yabancı CMK'larında ve literatürdeki bir kavram ve kurumun buradaki hatalı uygulama için, bilinerek veya bilinmeyerek dayanak alındığı görülmektedir. Yabancı kanunlar ve literatürde "uzman tanık" ifadesi ile kastedilen şey,

belirttiğimiz biçimde anlaşılıp uygulanan kurum olmayıp, bilirkişi olarak delil konusu veya delilin bir inceleme sırasında tükenmesi, ortadan kalkması ve esas özelliğini yitirmesi gibi olaylarda, inceleme konusu şeyin ne olduğu hususunda bir tereddüt doğarsa, incelemeyi yapan uzmana, incelediği şeyin inceleme sırasındaki nitelik, miktar, inceleme biçim ve araçları ile ortamı, ne olduğu, inceleme sonrasında nasıl ve neden yok olduğu, özelliğini kaybettiği vs. konularında sorular sorulması biçiminde gerçekleştirilir. Burada, daha önce bilirkişi niteliğini haiz bir kimsenin, inceleme sırasında veya inceleme için müdahale, parça/numune alma, kimyasal analize tabi tutma sırasında ortadan kalkan ve duruşma sırasında ikinci kez incelenmesi olanağı kalmayan bir şeye ilişkin görüşü alınmaktadır ki, o kimse burada artık uzmanlığı ile birlikte tanıklığını da konuşturmakta, yani hem tanık olduğu bilgileri hem de uzmanlığının verdiği bilgiler ile teknik açıklamalar ve verileri açıklamaktadır. Örneğin kimyasal bir analiz için kullanılan ve inceleme sırasında tükenen bir miktar materyalin uyuşturucu madde mi, pudra şekeri mi, un mu, yoksa başka bir şey mi olduğu bu uzman tanığa sorulur. Ayrıca belirtelim ki, bazen aynı hükümler gereğince yabancı kanunlar ve literatürde kabul edilip uygulanan anlamdaki uzman tanığın da duruşmaya getirilerek dinlenilmesi mümkün ve hukuka uygundur. Ancak bizim sistemimizde, belirtilen gerçek anlamdaki (yabancı hukukta uygulanan mantık ve anlamıyla) bir tanık veya bilirkişinin duruşmaya getirilmesi CMK m. 178-179 gereğince Cumhuriyet Savcısı veya sanık tarafından getirildiğinde, makul süre öncesinde haberdar etmek koşulu gerçekleşmek kaydıyla, şu andaki uygulamamızın aksine, bunların da dinlenilmeleri mutlak bir zorunluluk olup, mahkeme başkanı, hâkim veya mahkemenin dinleyip dinlememe bir takdir yetkisi bulunmamaktadır.

**MAHKEMENİN BULUNDUĞU YERDEN UZAKTA
BULUNAN BİR TANIK VEYA BİLİRKİŞİYİ
DURUŞMAYA GETİRMEYEN, DURUŞMA ÖNCESİ VEYA
SIRASINDA DİNLENİLMESİNİ SAĞLAMA OLANAĞI
VAR MIDIR?**

CMK böyle bir olanağı, tanık ve bilirkişilerin belirli koşullarla istinabe (talimat) veya naiple dinlenilmesi biçiminde düzenlemektedir. Hastalık, malullük veya giderilmesi olanağı bulunmayan başka bir nedenle bir tanık veya bilirkişinin uzun ve önceden bilinmeyen bir zaman için duruşmada hazır bulunamayacağı anlaşılırsa, mahkeme o kimsenin bir naiple veya istinabe yoluyla dinlenmesine karar verebilir. Ayrıca, konutları yetkili mahkemenin yargı çevresi dışında bulunduğu için duruşmaya getirilmesi zor olan tanık ve bilirkişinin dinlenilmesi için de bu yöntemlerden birisi uygulanabilir (Bkz., CMK m. 180/1-2).

Buna karşılık, esas (davayı gören=olay) mahkemesi, zorunluluk olmadıkça, Büyükşehir belediye sınırları içerisinde bulunan şikâyetçi, katılan, sanık, müdafî veya vekil, tanık ve bilirkişilerin istinabe yoluyla dinlenmesine karar veremez. Eğer istinabe yoluna gidildiğinde, istinabe olunan mahkemenin, Büyükşehir belediyesinin sınırları içerisinde bulunması durumunda, ilgililer kendi yargı çevresi içinde bulunmasa dahi büyükşehir belediye sınırları içerisinde yerine getirilmesi gereken istinabe evrakını geri çevirmeksizin gereğini yapmak zorundadır (Bkz., CMK m. 180/3-4).

CMK m. 180/3'deki "zorunluluk olmadıkça" olumsuz koşulunun azami dikkatle uygulanması gerekir ve basit gerekçelerle istinabe kurumuna müracaat edilmemelidir. Önerimiz, mümkünse bu kişileri getirerek veya getirterek bizzat dinlemek, bu mümkün değilse, aşağıda değinilecek teknik vasıtaları kullanmak, bu mümkün değilse bu kez naiple dinlemeyi tercih etmek ve nihayet bu da mümkün değilse veya çok güçlük varsa bu takdirde son çare olarak istinabe yoluna başvurulmasıdır. Bu sıralama kanunda bulunmayıp, delillerin doğrudan doğrucalığı ilkesinin ihlalinin zararlarını önlemek için ve diğer ispat ilkelerinin bir gereği olarak biz önermekteyiz.

Yukarıda belirtilen tüm olasılıklar açısından başka bir olanağın bulunup bulunmadığının her zaman incelenmesi ve eğer bu mümkünse bu olanağın kullanılması gerekmektedir. Bu olanak, tanık veya bilirkişinin aynı anda görüntülü ve sesli iletişim tekniğinin kullanılması suretiyle dinlenebilme olanağının bulunup bulunmadığıdır. Eğer bu olanak varsa, naiplik veya istinabe suretiyle değil, bu iletişim tekniği kullanılarak tanık veya bilirkişinin ifadesi alınmalıdır (Bkz., CMK m. 180/5).

Bu konuda *üç şeyin çok önemli olduğu* gözden kaçırılmamalıdır. *Birincisi*, bu teknik olanağın kullanılması imkânı var ise, istinabe veya naiple dinlemeye başvurulmaması gerektiğidir. *İkinci husus*, bu tekniklerin kullanımı yöntemi, istinabe ve naiple dinlemenin aksine, delillerin doğrudan doğrualığı ilkesini zedelemeyecek, hem bu kişilerin beyanını değerlendirecek olay hâkimi/hâkimlerinin dinlemeyi bizatihi yapmaları hem de duruşma sırasında yapılışı diğer süjeler, davada hazır bulunanlar ve üçüncü kişiler açısından yargıya duyulacak güveni pekiştirecektir. *Üçüncü önemli husus* ise, gerek bu esnada doğrudan soru sorma gerek çapraz sorgu yöntemi uygulansın

veya hatta mahkemece ifadenin alınması usulü uygulanmış olsun, istinabe veya naiple dinleme yönteminde elde edilmesi mümkün olmayan yararlar bulunmaktadır: Klasik ifade alma yanında, doğrudan soru sorma ve çapraz sorgu sistemleri uygulanabilecek, istinabe olunan veya naiplikteki dolaylı delil elde etme veya delili değerlendirme yöntemleri yerine vicdani kararı oluşturacak karar veren makamların bizatihi görerek, tepkilerini izleyerek ve duyarak ifade alması söz konusu olacak ve nihayet naiplik veya istinabede akla gelemeyen veya ifadeler alınırken sorulmak istenen veya verilen cevapların alınışı sırasında sorulması ihtiyacı doğan yeni sorular veya bağlantı kurucu, teyit edici soruların sorulması mümkün olacaktır. Bu yararlar kurum biraz masraf ve donatım gerektirecek ise de, burada saymakla bitmeyecek yararları nedeniyle mümkün olan en fazla yaygınlıkta uygulamaya geçirilmelidir.

**DURUŞMADA VEYA ADLIYE BİNASI İÇİNDEKİ
VE DIŞINDAKİ ADLİ İŞLEMLER YAPILIRKEN
SES VEYA GÖRÜNTÜ KAYIT VEYA NAKİL OLANAĞI
SAĞLAYAN VASITALAR KULLANILABİLİR Mİ?**

Ceza Muhakemesi Kanunu'na göre, adliye binası içerisinde ve duruşma başladıktan sonra duruşma salonunda her türlü sesli veya görüntülü kayıt ve nakil olanağı sağlayan aletlerin kullanılması yasaktır. Bu yasak kapsamındaki cihazlar sadece fotoğraf makinesi olmayıp, kamera, fotoğraf makineli cep telefonu, teyp kaydedici cihaz vb. aynı özelliklere sahip teknik cihazların tümüdür.

CMK'nın belirli sınırlı hallerde tanık ve bilirkişinin ifadelerinin aynı anda sesli ve görüntülü iletişim araçlarıyla alınmasını düzenleyen 180/5. ile sanığın duruşmada hazır bulunmaktan bağışık tutulduğu (=vareste kılındığı) hallerde sorgusunun aynı anda görüntü ve ses nakleden ve kaydeden teknik cihazlarla yapılmasını düzenleyen 196/4. maddelerin uygulandığı durumlar bu yasaktan mahfuzdur. Yani bu iki maddenin belirtilen fıkraları söz konusu olduğunda, adli işin niteliği gereği teknik cihazlar kullanılarak sesli veya görüntü kayıt ve nakil cihazları kullanılacağı için, belirtilen maddelerin belirtilen fıkralarının uygulanmaları durumunda, bu vasıtaların kullanılması yasak değildir. CMK'nın 180/5. ile 196/4. maddelerinin uygulandığı süreçte herkes açısından bu yasağa

93

bir istisna getirilmiş olmayıp, yalnızca bu maddelerin belirtilen fıkralarındaki işlemleri yapanlar açısından getirilmiş bir istisna söz konusudur. Yani, diğer kimseler açısından bu yasak yine de devam etmektedir.

Belirtelim ki, bu yasak, adliye binası içerisinde ve dışındaki diğer adli işlemlerin icrasında da uygulanır. Örneğin adliye binası dışında veya içinde naip hâkimin yaptığı adli işlem, savcılığın yaptırdığı keşif veya otopsi veya yer gösterme veyahut bilirkişi incelemesi gibi işlemler de bu yasak kapsamında olacaktır.

*SANIK VEYA SANIKLARDAN BİRİSİ
18 YAŞINDAN KÜÇÜK İSE
DURUŞMA ALENİ YAPILABİLİR Mİ?*

94

Bilindiği üzere, alenilik ilkesi ceza muhakemesinin en önemli bir ilkesi olup, kural olarak kovuşturma evresinde, gerçek anlamda ise duruşma evresinde geçerli bir ilkedir. Duruşmanın tamamen veya kısmen kapalı yapılması, ancak kanunda belirtilen istisnai hallerde ve kanunda sayılan nedenlere dayalı olarak yapılabilir (Bkz., CMK m. 182-187). Özellikle kovuşturmanın hüküm çıkarma/karar verme safhasında müdafî, vekil ve savcının dahi bulunmaması ve yalnızca hâkimlerin bulunup karar vermeleri gerektiği dikkate alınırsa, alenilik ilkesi gerçekte kısmen duruşma evresinde yapılan işlemlerde ve asıl olarak duruşma safhasında uygulanır. Soruşturma evresinde gizlilik ilkesi geçerli olup, yalnızca istisnain ve belirli işlem ve kişiler açısından açıklık söz konusu olabilmektedir.

Alenilik ilkesine uymamak, hem hukuka aykırılık (AİHS. m. 6) hem de bir mutlak temyiz nedenidir (CMK m. 289/1-f).

Buna karşılık, on sekiz yaşını doldurmamış sanıklar açısından, ister çocuk mahkemelerinden birisi önünde ister davaların birleştirilmesi nedeniyle diğer mahkemeler önünde yargılanı-

yor olsun, kanun koyucu hem duruşmanın kapalı yapılması hem de hükmün kapalı duruşmada açıklanması zorunluluğunu getirmiştir (=zorunlu kapalılık) (CMK m. 185).⁸⁶

⁸⁶ Belirtelim ki, Çocuk Koruma Kanunu ayrıca çocuklara ilişkin yargılamada duruşmada hazır bulunabilecekler, mahkeme tarafından çocuğun sorgusu veya çocuk hakkındaki diğer işlemler için hazır bulundurulabilecek kimseler ve duruşmalarda hazır bulunan sanık çocuğun duruşma salonundan çıkarılmasını ve duruşmada bulundurulmasına gerek görmeyebileceği halleri özel olarak düzenlemiştir (Bkz., ÇKK m. 22).

Kural olarak olması gereken ve hukuka uygun bir ceza muhakemesinde, üç erki (iddia-müdafaa-yargı) oluşturan kimselerin mutlaka duruşmada bulunmaları gerekmektedir. Bunun kanunun izin verdiği bazı istisnaları vardır ve bunlardan sanık hazır olmaksızın duruşma yapılabilmesine ilişkin soruyu cevaplandırırken aşağıda değineceğiz.

Bu üç erki oluşturan kimselerden özellikle hükme katılacak hâkimler, Cumhuriyet Savcısı, zabıt kâtibi ve kanunun zorunlu müdafiliği kabul ettiği hâllerde müdafinin hazır bulunması zorunludur (CMK m. 188/1). Bir oturumda bitmeyecek davada, herhangi bir nedenle bulunamayacak üyenin yerine geçmek ve oya katılmak üzere yedek üye bulundurulabileceği (CMK m. 188/2) gibi, birden çok Cumhuriyet Savcısı ve birden çok avukat aynı zamanda duruşmaya katılabilecekleri gibi aralarında işbölümü de yapabilirler (CMK m. 189).

Bununla birlikte, ceza muhakemesi hukukumuzda iki ayrı pozitif norm olması gereken hukuk kurallarına ve diyalektik mantığa dayalı (tez-anti tez-sentez) yargılama sistemine aykırı olarak ve AİHS ile AİHM içtihatlarıyla çelişme pahasına, bazı

durumlar açısından bir ceza muhakemesi yapan ceza mahkemelerindeki duruşmalara Cumhuriyet Savcısı'nın katılmayacağını düzenlemektedir. Bunlar “sulh ceza mahkemelerinde yapılan duruşmalarda Cumhuriyet Savcısı bulunmaz” hükmünü içeren CMK'nın 188/3. maddesi ve “çocuk mahkemelerinde yapılan duruşmalarda Cumhuriyet Savcısı bulunmaz” hükmünü içeren ÇKK'nın 25/1. maddesidir.

Gerek bu düzenlemelerin varlığı gerek bu düzenlemelerde Cumhuriyet Savcısı'nın bulunmayacağını açıkça ve bir zorunluluk olarak düzenlenerek uygulama vasıtasıyla (bazen veya artık yeni sistemde Cumhuriyet Savcısı'nın bulunarak) kanuni sistemin hatalı düzenlemesinin sakıncalı sonuçlarını izale etme olanağının da kaldırılmış olması, hukuka aykırı ve sakıncalıdır. İddia makamının görevi yalnızca soruşturma evresini tamamlayıp iddianame düzenlemek olmayıp, kovuşturma evresi ve sonrasında da iddia görevini yürütme ve maddi gerçeğin ortaya çıkarılmasına bilfiil duruşmada hazır bulunarak aktif olarak katılma görevi vardır. Yukarıda belirtilen hükümler, hukuka aykırı olan bu pozitif normlar nedeniyle, bu görev ve olanağı ortadan kaldırmakta ve çelişmelilik/kolektiflik niteliğinden yoksun ceza muhakemesi kararları verilmesine yol açmaktadır ki, çelişmeli yargılama sonucunda verilmeyen ve kolektiflik niteliğinden yoksun bir hükmün çağdaş olması gereken ceza muhakemesinin asgari gerekliliklerine uygun olduğu söylenebilir. Burada gerçek anlamda bir ceza muhakemesinin olmazsa olmaz kurallarından birisinin ihlal edilmesine bizatihi pozitif metinler imkân vermektedir. Bu hükümlerin en kısa zamanda kaldırılmaları ve her ceza muhakemesinde iddia makamının bizatihi bulunarak iddia faaliyetini huzuruyla birlikte yürütmesi zorunluluğu getirilmelidir.

Kaldı ki, bu belirtilen hükümlerin kapsamındaki olaylarda

Cumhuriyet Savcısı'nın olmayışı, çelişmelilik, kolektiflik ilkelinin ihlali ve (iddianame vermek dışında ve sonrasında) iddia faaliyeti olmadan ceza yargılaması yapılması gibi hukuka aykırılık yanında, Cumhuriyet Savcısı'nın da işleteceği çok önemli bazı kurumların bu açıdan kağıt üzerinde ve işleyemez hale gelmesine ve davalar veya şüpheli/sanığın yaşına göre eşitlik ilkesine aykırılıklara yol açacaktır: Örneğin, Cumhuriyet Savcısı duruşmada bulunmayınca delillerin irad ve ikamesi sağlıklı yapılmayacak, delillerin gerçek kolektifliğinden söz edilemeyecek, Cumhuriyet Savcısı'nın kullanacağı doğrudan doğruya soru sorma ve yine Cumhuriyet Savcısı'nın işleteceği çapraz sorgu yöntemlerinin işlemesi söz konusu olmayacağı gibi, bu kurumlardan Cumhuriyet Savcısı dışındaki sùjeler yararlanacağı için, dengeli ve silahların eşitliği ilkesine uygun maddi gerçeğin ortaya çıkarılması söz konusu olmayacağı gibi, bazı sùjelerin lehine olacak bir biçimde yargılama yöntemleri uygulanacaktır. Bu düzenlemeler olması gereken hukuka aykırıdır ve en kısa süre içinde Cumhuriyet Savcısı olmaksızın ceza muhakemesine ilişkin bir duruşmanın yapılması olanaksız kılınmalıdır.

**SULH CEZA MAHKEMELERİ İLE
ÇOCUK MAHKEMELERİNDE YAPILAN
DURUŞMALARDA SAVCI BULUNMAZ İSE
BU KANUNA AYKIRILIK TEŞKİL EDER Mİ?**

Belirtelim ki, olması gereken hukuka aykırı olsa dahi, CMK bazı hallerde yapılan bir ceza muhakemesinde duruşma safhasında Cumhuriyet Savcısı'nın bulunamayacağını düzenlemiştir (Bkz., CMK m. 188/2). Benzer bir hüküm çocukların yargılamasında mevcut olup bu hükme göre, çocuk mahkemelerinde yapılan duruşmalarda Cumhuriyet Savcısı bulunmaz (Bkz., ÇKK m. 25/1)

Ancak, olması gereken hukuk açısından, her iki hükmü de ceza muhakemesinin mantığına, niteliğine ve ilkelerine aykırı bulmaktayız. Madde metinlerine dikkat edilirse, adeta Cumhuriyet Savcıları açısından bu duruşmalarda bulunmak yasağı getirilmiştir. Bu yasağın önemli bir sakıncası, duruşmada "*hazır bulunma*" yasağı biçiminde düzenlenmesinin yanı sıra "*iddia görevini yürütme/yapma yasağı*"nı da içermesidir ki, bu husus, duruşmalar sonucunda verilen kararın muhakeme, deliller ve hükmün kolektifliği ilkesini zedelemektedir. Hüküm/karar safhasında son karar (=hüküm) açıklanmadan önce görüş sorulması da pratikte bir anlam ifade etmeyecek ve belirtilen ihlalleri izale etmeyecektir.

ÇKK'nın 25/1-son cümle'de, Cumhuriyet Savcılarının çocuk mahkemelerinin kararlarına karşı kanun yollarına başvurabileceğinin düzenlenmesi de, hem bu sakıncaları gidermeyecek hem de duruşmaya katılmayan, deliller ve ispat açısından bir kanaat ve bilgisi olmayan Cumhuriyet Savcısı'nın yargılama bittikten sonra dosyanın kendisine gönderilmesi üzerine bir inceleme yapıp bir kanun yoluna başvurabileceğinin düzenlenmesi nedeniyle, bu hüküm, kâğıt üzerinde kalmaya, başka bir ifadeyle ölü doğmuş hükümler olmaya mahkûmdur. Zaten uygulamada da iş yoğunluğu, yetersiz inceleme, duruşmayı izlemeyenin çocuk hakkında sağlıklı bir ceza veya tedbir önermeyeceği vs. nedeniyle, çoğu kez bu kanun yollarına başvurulmayacak veya başvuru şeklen bir başvuru yapılacak olmakla birlikte sağlıklı bir layiha ve kanun yolu nedenleri gösterilmeyeceği için, hiçbir yarar sağlamayacaktır. Öncelikle iddia makamının bulunmadığı yargılamalarda diyalektik mantık mekanizması -çelişmelilik/kollektiflik ilkesi işlemeyeceği için, gerçek anlamda bir ceza muhakemesinden söz edilemez. Diğer yandan, Cumhuriyet Savcılığı'na yüklenen ödevlerden kovuşturma evresinde vazgeçmek anlam ve uygulamasına dönüşecek bu düzenlemeler nedeniyle, Cumhuriyet Savcılığı'nın açılan davada iddia faaliyetini yürütmek görevine anlamsız ve önemli bir sakınca getirerek adeta "talhik" modelinin kovuşturma evresinde uygulanan küçük bir modeline geçişe neden olmaktadır. Diğer yandan, iddianame düzenlemek kadar ve belki de ondan da önemli olanı "delillerin ve hükmün kolektifliğini sağlamak, çelişmeli yargılamaya katılmak", "esas hakkındaki mütalaada bulunmak" faaliyetleri olup, bunları olanaksız kılan bu düzenlemeler, Cumhuriyet Savcısı'nın esas hakkında mütalaada bulunmak ödevini gerçek anlamda uygulanamaz hale getireceği gibi, yargılama sonunda görüşü sorulsa bile duruşmayı izlemeyen, kollektif delile dayalı kanaat edinmeyen, yargı makamı dahil tüm makam ve sülhelerin olası yanlış uygulama

ve görüşlerine müdahale etmeyen bir iddia makamının gerek yargılama gerek esas hakkındaki karar açısından objektif ve gerektiğinde (çocuk yargılamasında olduğu gibi) ilgili kimse lehine ve gerekli olan güvenlik önlemlerinden veya cezanın başka tedbir veya para cezasına çevrilmesi vs. konularda sağlıklı bir değerlendirme yapması ve bu amaçla bir öneride bulunması mümkün değildir.

Kaldı ki, “*kabahat*” türündeki suçların 5237 sayılı TCK ile ceza hukuku mevzuatından kapsamından çıkarılması ve çok az sayıdaki bir kısmının idari para cezasını gerektiren bir fiil olarak Kabahatler Kanunu’nda düzenlenmesi sonrasında, bu mahkemelerdeki duruşmalarda Cumhuriyet Savcısı’nın bulunması gerekliliği daha da önem kazanmıştır. Çünkü artık eskiden olduğu aksine, Sulh Ceza Mahkemelerinde yargılanan eylemlerin, bir kısmının genel mahkemelerde yargılanan suçların en hafif türlerini oluşturması gibi bir durum söz konusu değildir. Kaldı ki, basit veya ağır bir ceza yaptırımını gerektirmiş olsun, eğer yapılan bir yargılama ceza muhakemesi ise, uygulanacak yaptırım ceza olsun güvenlik tedbiri olsun fark etmeksizin, bu yargı sürecinde ve özellikle de duruşma safhasında mutlaka Cumhuriyet Savcısı olmak zorundadır. Bu husus, adil yargılanma ilkesinin doğal ve zorunlu bir sonucudur. Zaman geçirilmeden, belirtilen düzenlemelerin değiştirilerek, bu yargılamalarda da Cumhuriyet Savcısı’nın mutlaka duruşmada/kovuşturma işlemlerinin her anında bulunması zorunluluğu getirilmelidir.

**DURUŞMADA HAZIR BULUNMAYAN
SANIK HAKKINDA DURUŞMA YAPILARAK
HAKKINDAKİ DAVA BITİRİLEBİLİR Mİ?**

97

Kural olarak duruşmaya gelemeyen sanık hakkında duruşma yapılamaz ve yargılama tamamlanıp bitirilemez. Nitekim bu nedenle ve deliller ve ispat muhakemesi gibi hükmün de kolektifliğini sağlamak ve dolaylı da olsa savunma hakkına verilen önem dolayısıyla uygulanması mümkün bazı vasıtalarla sanığın duruşmada hazır bulundurulması gerekliliği ve buna ilişkin olanaklar düzenlenmiştir. Örneğin geçerli bir neden olmadan gelmeyen sanığın zorla getirilebilmesi (CMK m. 193/1), sorgusundan önce sanığa ifadesini esas mahkemesi huzurunda vermek isteyip istemediğinin sorulması (CMK m. 196/2) veya yurt dışında bulunan sanığın belirlenen duruşma tarihinde hazır bulunmasının zorluğu halinde bu tarihten önce duruşma açılarak veya istinabe suretiyle sorgusunun yapılabilmesi (CMK m. 196/6), mahkemeye gelen sanığın duruşmanın devamı süresince hazır bulunmasının sağlanması ve savuŐmasının önüne geçmek için mahkemece gereken tedbirlerin alınabilmesi (CMK m. 194/1) bunlardan birkaçıdır. Tüm bunların asıl nedeni, delil-ispat ve hükmün kolektifliği, çelişmelilik ilkesinin savunma hakkı açısından önemi, maddi gerçeğin ortaya çıkarılması amacı, ceza muhakemesinin itham veya tahkik değil “iŐbirliđi sistemine dayalı oluŐu” vb. ceza muhakemesi amaç ve ilkelerinin yaşama geçirilmesidir.

Burada önemle belirtelim ki, sanık hakkında toplanan delillere göre mahkûmiyet dışında bir karar verilmesi gerektiği kanısına varılırsa, sorgusu yapılmamış olsa da duruşmanın sanığın yokluğunda bitirilmesi mümkündür.⁸⁷

Ancak kanun, sanık hazır bulunmaksızın duruşma yapılamayacağı kuralına sınırlı bazı istisnalar tanımıştır. Önemli olanlarına değinecek olursak:

1. Sanık geldiği duruşmadan savuşur veya duruşmaya ara vermeyi izleyen oturuma gelmezse, önceden sorguya çekilmiş ve artık hazır bulunmasına mahkemece gerek görülmemek kaydıyla, dava o sanığın yokluğunda bitirebilir (CMK m. 194/2);

2. İşlendiği iddia olunan suç yalnız veya birlikte adli para cezasını veya müsadereyi gerektirmekte ise, sanık gelmese bile duruşma yapmak mümkündür. Bu gibi haller açısından, sanığın duruşmada hazır bulunmasının gerekliliği ilkesi ve bunun istisnalarının anlam ve amacı dolayısıyla uygulamada, bu gibi hallere ilişkin olarak sanığa gönderilecek davetiyelerde, gelmediği takdirde kendisi hazır olmadan da duruşmanın yapılacağına yazılarak bildirilmesidir (CMK m. 195);

3. sanık CMK m. 196 gereğince duruşmada bulunmak yükümlülüğünden bağışık tutulmuş (=vareste tutulmuş) ise,

⁸⁷ Bilindiği üzere, benzer bir hüküm duruşma süresince ortaya çıkan muhakeme koşulları veya benzer bazı nedenlere ilişkin olarak CMK m. 223/9'da düzenlenmiştir. Buna göre, duruşma sırasında ortaya çıkan birçok yargılama engelini normalde koşulun gerçekleşme olasılığı veya etkisine göre "durma", "düşme" veya "ceza verilmesine yer olmadığı" kararı verilmesi gerektiği halde, eğer somut dava açısından derhal beraat kararı verilebilecek bir durum söz konusu ise, bu kararların verilmesi mümkün olmayıp, sanık hakkında beraat kararı verilerek, kendisi yargı kararıyla aklanacaktır.

duruşma kendisinin yokluğunda yapılabilir. Bu halde, mahkeme gerekli gördüğünde, varestede tuttuğu sanığı belirli bir celseye çağırabilir, varestede tutma kararında bunu gösterebilir veya sonradan gerekli gördüğünde bu kararı kaldırarak veya kaldırmadan belirli bir celseye veya belirli bir celseden sonraki duruşma safhasına çağırabilir, gelmezse (önceden ihtarda bulunmak kaydıyla) zorla getirebilir.

Belirtelim ki, tüm duruşma safhası açısından bir istisna olmamakla birlikte, kısıtlı bir istisna da sorgunun yapılmasında söz konusudur: Alt sınırı beş yıl ve daha fazla hapis cezasını gerektiren suçlar hariç olmak üzere, sanığın istinabe suretiyle sorguya çekilmesi mümkündür (CMK m. 196/2).

Duruşmada bulunmak sanık açısından özünde bir hak, kanunun düzenlediği sınırlı bazı hallerde ise bir yükümlülük olarak karşımıza çıkmaktadır. Sorunun cevabı açısından temel hareket noktası, ikisinin de savunma erki içinde yer alıp ceza muhakemesi işlemlerine aynı yönde katkı sağlamalarına karşılık, sanık ile mdafiiinin birbirinden bağımsız birer süjeler olduklarıdır.

Müdafiiin hukuksal niteliği konusunda hangi görüşe taraftar olunursa olunsun, durum bu açıdan değişiklik göstermemektedir. Nitekim bu nedenledir ki, müdafiiin duruşmada veya bir ceza muhakemesi işleminde hazır bulunması veya yetkilerini kullanabilmesi sanığın da o anda orada hazır bulunmasına bağlı olmadığı gibi, aynı Şekilde sanığın da hazır bulunması veya işlemlere katılması müdafiiin de aynı anda olması veya birlikte hareket etmelerine bağlı değildir. Hatta CMK'nın bazen, sanığın haklarını korumak için, kendisinin duruşma salonundan çıkarılmasına olanak verdiği hallerde, duruşma salonundan çıkarılmasına karşın müdafii olmayan sanığa müdafii atanmasını zorunlu kıldığı hallere ilişkin özel

hükümler (örneğin CMK m. 204) dahi, açıklanan hususları değiştirmemektedir.

Her ne kadar uygulamada münferit ve istisnai olaylarda müdafie sanığının yerinin sorulması, neden duruşmaya gelmediği veya neden sanığın getirilmediği gibi yanlış uygulamalar yapılmakta ise de, bu hukuka aykırı olup, müdafinin hak veya yetkilerini kullanabilmesi ne sanığın hazır bulunmasına ne de sanığın da birlikte işlem yerinde hazır olmasına bağlı değildir. Aynı şekilde müdafinin müvekkilini hazır etme, yerini söyleme, duruşmaya getirme veya gelmeye zorlama vb. ödevleri de bulunmamaktadır. Belirtilen hüküm ve ilkelerin tamamen veya kısmen uygulanmaması, savunma hakkını hukuka aykırı biçimde kısıtlar.

Soruyla ilgili olarak dikkate alınması gerekli temel hüküm, CMK m. 197'de düzenlenmiştir. Aslında bu tür bir hükme gerek olmadığı ve eşyanın tabiatı ve bu kurumların niteliğinin doğal sonucu olmasına karşın, çok münferit de olsa, zaman zaman uygulamada hukuka aykırı uygulamalar ve tereddütler bulunduğu için, kanun koyucu bu tereddütleri izale etmek amacıyla konuya ilişkin açık hüküm koymuştur.

Buna göre, sanık hazır bulunmasa da müdafii bütün oturumlarda hazır bulunmak yetkisine sahiptir. Her ne kadar belirtilen hükümde, hazır bulunma dışında bir yetki veya hak kullanımından söz edilmemiş ise de, işin niteliği ve hazır bulunmanın doğal sonucu olarak, hazır bulunulan hallerde müdafii sahip olduğu tüm yetki ve hakları da herhangi bir istisna veya kısıtlamaya tabi olmaksızın kullanabilir.

Belirtelim ki, bu hükmün uygulanmaması, savunma hakkının kısıtlanması niteliğinde olup, CMK m. 289/1-h gereğince hukuka aykırılık hali olarak mutlak bir temyiz nedenidir.

Yargıtay'ın mülga CMUK'daki benzer düzenlemeye ilişkin uygulaması da bu yönde olup, belirttiğimiz hükmü pekiştirmektedir.⁸⁸

Mülga 1412 sayılı CMUK'un konuya ilişkin 227. maddesi hükmü, halen yürürlükteki CMK m. 197'den farklı idi. Mülga düzenlemeye göre, sanık, kendisinin hazır bulunmaksızın yapılabilecek bütün duruşmalara müdafii göndermek yetkisi vardı. Halen yürürlükte olan CMK m. 197'de, yerinde olarak, 'sanığın hazır bulunmaksızın yapılabilecek bütün duruşmalara' biçiminde sınırlayıcı bir kayıt bulunmadığından, yukarıda değinilen hatalı uygulamaların terk edilmesi CMK nazarında daha kolay ve zorunludur.⁸⁹

⁸⁸ "...Sanık hazır olmasa da avukatının duruşmaya alınmaması savunma hakkının kısıtlanması sonucunu oluşturur..." (Bkz., 5. CD, 18. 03. 1981, E. 1981/199, K. 1981/754=www.kazanci.com.tr (Siteye giriş: 23.02.2006, Saat: 11.30).

⁸⁹ Belirtelim ki, yukarıda değindiğimiz husus, sanığın "duruşmada" hazır bulunması ile ilgili olup, CMK'da diğer ceza muhakemesi işlemlerine ilişkin ayrı hükümler mevcuttur. Örneğin, CMK m. 84/5'e göre, şüpheli veya sanık tutuklu ise, hakim veya mahkeme tarafından keşifte hazır bulundurulmasına karar verilebilecektir. Bu gibi hallerde, müdafii şüpheli veya sanık yerine keşif işleminde hazır bulunamaz. Hazır bulundurulacak olan şüpheli veya sanık olup, müdafii isterse, şüpheli veya sanıkla birlikte keşif sırasında veya soruşturmayı geciktirmemek kaydıyla yer gösterme sırasında (CMK m. 85/2) şüpheli veya sanık yanında hazır bulunabilir.

Bilindiği üzere, eski hale getirme, özellikle kanuni sürelerin kaçırılması ve ceza muhakemesi işlemine katılmaya hakkı olan bir kimsenin elinde olmayan, olağanüstü, önlenemeyen nedenlerden dolayı belirli bir işlemi süresinde yapması veya bir işlemin icrası sırasında hazır bulunarak hak ve yetkilerini kullanamaması (ve bazen dolaylı olarak da o işleme kolektiflik niteliğini vermesi) durumlarında, bu kaçırılan olanakların yeniden elde edilmesi için kabul edilmiş hukuksal bir kurumdur. Kanun koyucu bu kurumun işletilmesini ve usulünü çeşitli işlemler açısından özel düzenleme yanında ayrıca genel koşul ve usul kurallarıyla birlikte sonuçlarını genel bir hükümle de düzenlemiştir. Örneğin sürelerle ilişkin temel düzenleme CMK m. 40, 41 ve 42'dir. Keza istinaf kanun yolu süresinin işlemesi açısından özel hüküm CMK m. 274'de, temyiz kanun yolunda ise CMK m. 292'de yer almaktadır.

CMK'nın 40-42. maddelerinde bu yola esas itibarıyla *"kusuru olmaksızın bir süreyi geçirmiş olan kişi"* nin başvuracağı açıklanmakta, istisnaen *"kanun yoluna başvuru hakkı kendisine bildirilmeyen"* kimsenin de bu sebeple kanun yoluna başvuramış olması durumunda, o kimsenin de kusursuz sayılarak

eski hale getirme hakkından faydalanabileceği belirtilmektedir (CMK m. 40/2). Eski hale getirme yoluna başvurma da süreyle sınırlanmıştır. Buna göre, “engelin kalkmasından itibaren yedi gün içinde” müracaat etmek gerekir. Burada özellikle üzerinde durmak istediğimiz husus, kanun yoluna başvuru hakkı kendisine bildirilmeyen ve bu nedenle örneğin temyiz yoluna müracaat edemeyen kimsenin, bu hak kendisine bildirilmemesinden itibaren yedi gün içinde eski hale getirme dilekçesi ve temyiz dilekçesini beraber vererek bu hakkını kullanabileceği hükmü karşısında, bu hak kendisine hiç bildirilmemiş olan bir kimsenin ne zamana kadar eski hale getirme talebinde bulunabileceğidir. Kanımızca, bu hakkın kendisine bildirilmediği hallerde, eski hale getirme süresinin de başladığını kabul etmemek ve böylece ilgilinin bu hakkı her zaman kullanabileceğini kabul etmek gerekecektir. Ancak, örneğin kendisine bildirilmeyen hükmün mahkûmiyet hükmü olup da, hükmün infazının tamamlandığı hallerde artık eski hale getirme olanağı olsa olsa yargılamanın yenilenmesi ve tazminat bakımından önem taşıyacaktır (CMK m. 323/3).

Duruşmaya gelmeyen sanık açısından ise, özel bir hüküm bulunmaktadır (CMK m. 198). Sanığın duruşmada hazır bulunma hakkının bir gereği olarak, duruşma sanık hazır bulunmaksızın yapılmışsa mahkemenin karar ve işlemlerinin kendisine tebliği tarihinden itibaren bir hafta içinde, sürenin geçmesinden doğan sonuçları gidermek için sanığın, kanuni nedenlere dayanarak mahkemenin o karar ve işlemleri hakkında eski hale getirme isteminde bulunabileceği kabul edilmiştir (CMK m. 198/1).

Ancak, iki halde duruşmada bulunmayan sanığın eski hale iade kurumundan yararlanması yasaklanmıştır. Bunlar:

1. sanığın kendi istemi üzerine duruşmadan bağışık tutulmuş (vareste tutulmuş) olması ve

2. sanığın duruşmada kendisini bir müdafî aracılığıyla temsil ettirmek yetkisini kullanmış olmasıdır.

Sanık bu iki halde, eski hale iade kurumunun tüm koşulları olsa dahi, bu kurumdan yararlanamayacaktır.

Konuyla ilgili olarak CMK'da birkaç hüküm mevcuttur:

Bu konudaki temel hüküm CMK m. 204'tür. Bu düzenlemeye göre, davranışları nedeniyle duruşmada hazır bulunmasının duruşmanın düzenli olarak yürütülmesini tehlikeye sokacağı anlaşıldığında sanık duruşma salonundan çıkarılır. Bu çıkarma kararını vermeye, madde metninde çok net olarak yazılmamakla birlikte, yalnızca mahkeme yetkilidir. Bu yetki konusu açısından, CMK m. 204 ile duruşmanın düzenine ilişkin CMK m. 203/1'i birlikte mütalaa etmek ve bu kararı yalnızca mahkemenin verebileceğini kabul etmek gerekir. Şüphesiz, burada soyut varsayımlardan hareket etmemek, duruşma disiplininin, duruşma düzeninin bozulacağı, yani duruşmanın düzenli olarak yapılmasının tehlikeye gireceğini gösterir delil veya emarelerin varlığını aramak gerekir. Mahkemenin geniş takdir yetkisi bulunmakla birlikte, gerek muhakeme ilkeleri gerek savunma hakkının kısıtlanmaması amacıyla, madde metnindeki "*tehlikeye sokacağı anlaşıldığında*" ifadesinin kullanıldığı dikkate alınarak, "*tehlikeye sokacağından kuşkulandığında*" biçiminde bir kabul ve uygulamaya gidilmemelidir. Mahkemenin, bu tehlikenin var olup olmadığını takdir etme ve

buna işaret eden delil veya emareyi değerlendirme yetkisi var ise de, bu tehlikenin varlığını gösterir olgular bulunduğu mahkemenin sanığı duruşma salonundan çıkarıp çıkarmama konusunda takdir yetkisi olmayıp, madde metnine göre bu durumda sanığın çıkarılması mecburidir. Bunun önemi gerekçe açısından ve ilgililerin çıkarma yönündeki talep ve müdahaleleri açısından olup, mahkeme tehlikenin varlığına rağmen salondan çıkarılmasına gerek olmadığı biçiminde bir karar veremez.

Mahkeme, duruşma salonundan çıkardığı sanığın duruşmada hazır bulunmasını dosyanın durumuna göre kendisinin savunması açısından zorunlu görmez ise, oturumu onun yokluğunda sürdürür ve bitirir. Bu hüküm dahi, gerçekten bir tehlikenin varlığını gösterir bir delil veya emare bulunmadığı hallerde, mahkemenin sanığı duruşma salonundan çıkarmaması gerektiğinin önemini göstermektedir. Çünkü çıkarma sonrası çoğu kez duruşma o sanığın yokluğunda yürütülüp bitirilecektir ki, haksız olarak duruşma salonundan çıkarmalar savunma hakkının kısıtlanması sonucunu doğuracaktır ve bu da mutlak temyiz nedenlerinden birisidir. Bu yetkinin çok dikkatle, somut veriye dayalı ve sıradan tartışmalar veya itirazlar üzerine mahkeme veya mahkeme başkanının yetki, güç veya saygınlığını veyahut otoritesini göstermek veya sağlamak için değil, gerçekten duruşmanın düzeninin bozulmasını önlemek ve duruşmanın gerektiği biçimde düzenli icrasını temin için kullanılması gerekmektedir.

Ancak, duruşma salonundan çıkarılan sanığın müdafii yoksa mahkeme barodan bir müdafii görevlendirilmesini ister. Burada müdafii olmayan sanığın yokluğunda yapılacak işlemler açısından, kendisini haklarının korunması, savunma erkinin güçlendirilmesi (=silahların eşitliğinin sağlanması)

arzu edilmiş ve sanık için ve onun adına yapılacak savunma veya kullanılacak kanuni yetkilerin kullanımının sağlanması amaçlanmıştır.

Duruşmadan çıkarılan sanığın oturuma (madde metninde bir ayırım olmadığı için aynı veya bir sonraki oturuma) alınmasına karar verilirse, kendisinin yokluğunda yapılan işlemler kendisine açıklanır. Bu açıklamanın amacı, bundan sonraki savunmaları, dosyanın durumu ve daha sonraki hak ve yetkilerini kullanması için sanığı muhakemedeki verilerden haberdar etmektir.⁹⁰

Belirtelim ki, CMK m. 204 kanımızca hatalı olarak duruşma salonu dışına çıkarma yetkisini sadece "sanık" açısından düzenlemiştir. Oysa duruşmanın düzenini sanık dışındaki kişiler de bozabilir. Madde hükmü amaçlanan husus açısından yetersiz ve eksiktir. Bu açıdan 1412 sayılı CMUK hükmü daha yerindeydi. O nedenle, CMK' da değişiklik yapılarak en

⁹⁰ Belirtelim ki, konuyla doğrudan ilgili olmamakla birlikte, dolaylı olarak ve esasta bir sonuç olarak sanığın duruşma salonundan çıkarılmasını düzenleyen bir hüküm de CMK'nın 205. maddesidir. Bu madde, bir kimsenin duruşma sırasında suç işlemesi haline ilişkin olup, bu gibi haller açısından mahkemenin bu olayı tespit edip, tutanak tutması ve bunu yetkili makama göndermesi yanında, gerek görülürse failin tutuklanmasına karar verebilmesini düzenlemektedir. Burada suç işleyen kimse açısından bir mahsusluk/özgürlük yaratılmamış, duruşmada suç işleyen herkes bu hükmün kapsamına alınmıştır. Bu kimse sanık da olabilir ve eğer mahkeme o an için tutuklamaya gerek görürse ve birden çok sanıklı davada diğer sanıklarla ilgili yargılamaya devam edilecek ise, tutuklanan kimsenin duruşma salonundan çıkarılmasına karar verilebilecektir. Burada esasta, doğrudan uygulanacak norm, yukarıda açıklanan CMK m. 204 olup, CMK m. 205 sadece bu hükmün uygulanmasına dolaylı bir uygulanma olanağı sağlayacak bir hali düzenlemektedir.

kısa süre içinde bu madde metnindeki “sanık” ifadesi yerine, tıpkı 1412 sayılı mülga CMK m. 379’ da olduğu gibi “bir kimse” ifadesi konulmalıdır.

Konuyla ilgili ikinci hüküm, yukarıdaki disiplin amaçlı duruşma salonundan çıkarmadan farklı olarak, sorgu (ve kanunun ifadesiyle ayrıca “dinleme”) sırasında beyan delillerinin sağlıklı ve amaca uygun içerikle alınmasını sağlama amaçlı bir hükümdür. CMK m. 200’e göre, sanığın yüzüne karşı suç ortaklarından birisinin veya tanığın gerçeği söylemeyeceğinden endişe edilirse, mahkeme, sorgu ve dinleme sırasında o sanığın mahkeme (=duruşma) salonundan çıkarılmasına karar verebilir. Sanık daha sonra mahkeme (=duruşma) salonuna tekrar getirildiğinde, tutanaklar okunur ve gerektiğinde içeriği anlatılır. Burada da, beyanına başvuru alan kişinin çeşitli nedenlerle gerçeği söylemeyeceğinden çekinilen durumlarda, beyanın gerçeğe uygun alınması amaçlanmıştır.

Madde hükmünün sadece “gerçeğin söylenmeyeceği endişesi”ne odaklı düzenlenmesi hatalı olup, ayrıca sorulara eksik cevap verilmesi veya gerçeğe birlikte gerçek dışı bilgilerin de açıklanması gibi hallerin düzenlemeyişi hatalı olmuştur. Konu, sanığın duruşmada hazır bulunma hakkı ile doğrudan doğruya ilişkili olduğundan, keyfi olarak ve çok geniş bir biçimde kıyasa gidilmesi sakıncalı olacaktır. Buradaki hüküm, sevk amacıyla örtüşmemektedir ve amacı tamamen karşılayacak bir hüküm olmaktan uzaktır. O nedenle, olması gereken hukuk açısından, madde metninin değiştirilerek gerçeğe aykırı bilgi verme dışında, sorguya gölge düşüren, eksik bilgi verilmesi vs. gibi halleri de kapsayacak biçimde maddedeki yetkinin genişletilmesi gerekmektedir.

Konuyla ilgili “üçüncü hüküm”, uygulamada çok nadir karşılaşılabilecek olmakla birlikte, birden fazla sanığın iştiraken

işledikleri veya kanunda özel olarak sayılan bazı kimselerin davalarının birleştirilerek açılması veya davalar açıldıktan sonra açılması durumunda, sanıkların birbirleri aleyhlerine tanıklık yapmaları olasılığıdır. Her ne kadar olması gereken hukuk açısından hukuka aykırı ve genelde susma özelden ise nemo tenetur ilkesiyle çelişmekle birlikte, CMK m. 50/3 “*yemin verilmemek kaydıyla*” iştiraken suç işleyen sanıklar, suçluyu kayırmaktan veya suç delillerini yok etmek veyahut suç delillerini yok etmek, gizlemek veya değiştirmekten şüpheli, sanık veya hükümlü olanların birbirleri aleyhlerine (veya lehlerine) tanıklık yapabilmelerini mümkün kılmaktadır. Haklarında CMK m. 50 uyarınca tanıklığa ilişkin hükümler uygulanan ve esasta diğer sanıkla suçu iştiraken işlemiş veya o suça yataklık etmiş, suçluyu kayırmış, suç delilini yok etmiş sanıkla birlikte sanık olan bir kimse, eğer CMK m. 58 uyarınca tanıkların korunması programından ve bu tür sanıkların koruma amaçlı duruşma salonu dışında dinlenilmesi olanağından yararlanırsa, bu takdirde o sanığın (tanık koruma hükümleri nedeniyle), CMK m. 58 gereğince, duruşma salonundan dışarıya (başka bir odaya, yere vs) çıkarılması mümkün olacak ve hatta gerekecektir.

Konuya ilişkin dördüncü hüküm Çocuk Koruma Kanunu m. 22/3’de yer almaktadır. Bu hükme göre, duruşmalarda hazır bulunan çocuğun yararı gerektirdiği takdirde çocuk sanık duruşma salonundan çıkarılabilecektir.⁹¹

⁹¹ Belirtelim ki, aynı madde gereğince, mahkeme sanık çocuğun duruşmadan çıkarılmasına karar verebileceği gibi, sorgusu yapılmış çocuğun duruşmada hazır bulundurulmasına gerek de görmeyebilir.

**MAHKEME DURUŞMA SIRASINDA
BİR SUÇ İŞLENİRSE NE YAPMAK ZORUNDADIR?
O EYLEMİ DE ÖNÜNDEKİ DAVA İLE
BİRLEŞTİREREK YARGILAYABİLİR Mİ?**

101

DuruŐma sırasında bir suç iŐlenirse, mahkemenin derhal durumu tespit etmesi ve bu hususta dűzenleyeceđi tutanađı yetkili makama gűndermesi gerekmektedir. Bu mahkeme için bir takdir yetkisi olmayıp, mutlaka yerine getirilmesi gerekli bir zorunluluktur. Uygulamada çođu kez, iŐlenen suçun soruŐturulmasının Őikāyete bađlı olup olmadıđı ayırımı yapılmaksızın bu maddede belirtilen hususların yapılması yerine, mađdurun giderek kendisinin Őikāyet veya ihbar hakkını kullanması istenmektedir. Oysa CMK m. 205 mahkemeye yűklenmiŐ önemli bir űdevdir ve olayın cereyanı açısından soruŐturmayı baŐlatacak iŐlemlerin yapılması ve soruŐturma mekanizmasını harekete geçirecek ilk műdahaleleri mahkemenin yapması istendiđi için bu hűkűm konulmuŐtur.

Mahkemenin tutacağı tutanakta yalnızca ilgili kimsele-
rin kimlik bilgileri ve eylemin anlatımı deđil, űzellikle önemli
olduğu için tanıkların isimleri dahil olay yerinde ulaŐılabilen
diđer tűm delillerin tespitine gidilmelidir. AŐađıda gűrűleceđi
űzere, madde metninde mahkemeye bu űdevler dıŐında sadece
tutuklama yetkisinin verilmesi eksik bir dűzenlemeyi ifade
etmektedir. Oysa mahkemenin burada adli kolluktan da ya-

rarlanabilmesi gerekmektedir. Özellikle delillerin toplanması açısından bu çok önemlidir. Kanunda yapılacak değişiklikler bu eksiklik giderilmelidir. Ancak kanunda yapılacak değişikliklerle bu eksiklik giderilinceye kadar, delillerin toplanması ve diğer bazı önlemler açısından, madde metninde ayrıca düzenlenmesi dahi, mahkeme savcısının yetkili ve görevli olduğu kabul edilmeli ve maddede mahkemeye yetki verilmeyen hususlarda bu savcı harekete geçip yetkilerini kullanmalıdır. Çünkü bazen bu müdahalenin yapılmayışı çok vahim sonuçlara ve özellikle de işlenen suçun yargılanmasına ilişkin delil ve ispat zorluklarına yol açacaktır. Fakat yine de belirtelim ki, (yukarıda ilgili soruda değindiğimiz üzere) çok sakıncalı ve hatalı olarak CMK sulh ceza mahkemelerindeki ve çocuk mahkemelerindeki duruşmalarda savcının bulunmayacağını düzenlediği için, mahkeme savcısından yararlanmak her zaman mümkün olmayacak ve belirttiğimiz sakınca bu suretle dahi giderilemeyecektir. O nedenle, CMK m. 205'deki görev ve yetkinin düzenlenmesi ihtiyacı ve gerçeği ve hatta nedeni yanında, bu belirttiğimiz eksikliği giderecek bir düzenlemeyle mahkemenin adli kolluğa emir verebilmesinin açıkça kanunda düzenlenmesi sakıncalı olmayacağı gibi, kanuni bir temele dayalı olarak ceza muhakemesine hizmet edecektir.

Madde metnindeki önemli bir eksiklik, işlendiği iddia olunan suçun (duruşma disiplinini bozmadığı halde) şikâyete bağlı olması halinde ne olacağıdır. Çünkü madde metninde işlenen suçun soruşturulması ve kovuşturulmasının şikâyete bağlı olması ile re'sen kovuşturulması arasında bir ayırım yapılmamıştır. Oysa, şikâyetin olmadığı durumda soruşturmaya başlanamayacağına göre, bu olasılık, mahkemenin CMK m. 205'deki yetkisinin alanı dışında tutulmalıydı. Şikâyete hakkı olan kimsenin olay yerinde bulunmadığı durumlarda, m. 205'in işletilmesi amaca uygundur. Kanunda bu yönde bir

değişiklik yapılmalıdır. Buradaki tespit, tutanak tutma ve gerekirse tutuklamaya karar verme yakalama önlemi gibi bir amaca hizmet etmediği gibi m. 204'ün önlemek istediği bir durum da bulunmadığından, şikâyete bağlı bir suç işlendiğinde bu yetkinin kullanılmayacağı belirtilmesi gerekirdi. Madde metni değiştirilinceye kadar, şikâyet kurumunun niteliğinden hareketle yapılacak bir yorumla, şikâyete bağlı bir suç işlendiğinde, şikâyete hakkı olan/olanlardan en az birisinin olay yerinde bulunmadığı haller hariç, şikâyete hakkı olanlara/olana şikâyetçi olup olmadığı sorularak bunun sonucuna göre m. 205'deki yükümlülük yerine getirilerek tutuklama yetkisinin icrasına gidilmeli veya gidilmemelidir.

Mahkemenin burada, yeni ve duruşma sırasında işlenen suçtan kaynaklanan olayların devam etmesi, vahameti veya doğurduğu etki açısından duruşmanın disiplinini bozacağı anlaşıldığında, yeni işlendiği iddia olunan suçun şikâyete bağlı veya re'sen soruşturulup-kovuşturulan suç olması fark etmeksizin, CMK m. 204'deki yetkisini kullanması her zaman mümkündür.

Mahkeme, durumu tespit ettiği esnada veya kaçmasını önlemek için tespit ve tutanak öncesinde, eğer olayın özelliği gerektiriyorsa ve kanuni koşullar mevcut ise, (kanunun yanlış ifadesiyle "fail'in, gerçekte) şüphelinin tutuklanmasına da karar verebilir (CMK m. 205/son cümle). Tutuklamaya karar vermek burada zorunlu olmayıp, mahkemeye tanınan ve olayın koşulları ve kanuni hükümler çerçevesinde kullanılması gerekli bir takdir yetkisidir.

Esasen bu yönde madde metninde özel bir hüküm olmasaydı dahi, yetkili kolluk görevlisinin yakalama yapması ve mahkeme başkanının ise (hâkim sıfatıyla) tutuklama kararı vermesinin mümkün olduğu söylenebilir ise de, bu tür bir hükme

ihtiyaç vardır. Çünkü, öncelikle bu yeni işlenen ve suç olduğu iddia edilen eylem açısından iş henüz soruşturma evresinde olacağından, eğer mahkemeye yetki verilmez ise, soruşturma evresinde gerekli hâkimlik kararlarında da sulh ceza hâkimleri yetkili olacağından o kişinin tutuklanması mümkün olmayacaktı. Diğer yandan, işi kolaylaştırmak için, burada tutuklama yetkisi (soruşturma evresinde olunmasına karşılık) sulh ceza hâkimine veya mahkeme başkanına değil, duruşmasında suç işlenen diğer yargılamayı yapan “mahkeme”ye verilmiştir.

Buna karşılık, koşulları bulunduğu takdirde CMK m. 90 gereği herkesin yakalama yapma hakkı veya kolluğun yakalama yapma yetkisinin kullanılabilmesi mümkündür ve halen de mümkündür. Burada tutuklama değil de, yakalamaya gidilirse, yakalama sonrası Cumhuriyet Savcısı’na haber verilmesi, onun gözaltı yetkisini kullanması veya kullanamaması veyahut tutuklama veya adli kontrol için yetkili Sulh Ceza Hâkimi önüne çıkarılması şeklindeki usulün uygulanması gerekecektir.

Bu olasılıkta, özellikle çocuklar, beden veya akıl hastalığı olanlar, malullük veya güçsüzlükleri nedeniyle kendilerini idareden aciz kimseler için, suçun şikâyete bağlı olmasına karşın, yakalama önlemine yine de başvurulacağı hususu dikkatlerden kaçırılmamalıdır (Bkz., CMK m. 90/3).

Mahkemenin bu yeni gerçekleştirilen eylemi önündeki/duruşmada yargıladığı eyleme ilişkin dava ile re’sen birleştirme olanağı bulunmamaktadır. Buna öncelikle “davasız yargılama olmaz” ilkesi engeldir. Diğer taraftan, CMK m. 205, halen mülga CMUK m. 259’da olduğu gibi bazı ek koşullarla gerçekte bir iddianameyle dava açılıp birleştirme kararı verilmediği halde belirli kişilerin muvafakatiyle ve suçu işleyeninin görülmekte olan davadaki sanık olması kaydıyla mahkemenin alacağı bir kararla mevcut dava ile yeni işlenen suçta konu eylemi birlikte

yargılama yetkisi düzenlenmemiştir. Uygulamada hatalı bir ifadeyle “sözlü iddianame” diye adlandırılan mülga CMUK m. 259 esasında davasız yargılama olmaz ilkesine pratik mülahazalarla (ve hatta soruşturma evresi atlanarak) getirilmiş kanuni bir istisnaydı. Ayrıca yeni işlenen suç hakkında açılmış bir dava da olmadığı için, ‘*ek savunma hakkı tanınması*’ da burada hiçbir şekilde bir çözüm olamaz. Bu iki eylem birleştirilerek birlikte görülemez. Çünkü ikinci eylem açısından açılmış bir dava olmadığından, birleştirmenin en temel koşulu eksiktir.

Buna karşılık, eğer yeni işlenen suç hakkında hızla soruşturma yapılıp ve dava açıldıktan sonra ve kanunda davaların birleştirilmesine ilişkin (irtibat, olanak ve yarar) koşulları mevcut olursa, bir zorunluluk olmamakla birlikte, bu koşulların varlığı görülürse bu iki davanın, birleştirme kuralları gereğince ilgili mahkemede birleştirilmesine karar verilebilir. Fakat birleştirmede üst görevli mahkemede birleştirme yapılacağı için, önceki suçun yargılandığı mahkeme bazen bu koşula uymayabilir. O nedenle, her zaman önceki suçun görüldüğü mahkemede değil, birleştirme koşullarının gerektirdiği mahkemede birleştirmeye gidilir. Nihayet, çocukların işlediği suçlara ilişkin davaların birleştirilmesi ile ilgili özel kuralların bulunduğu göz ardı edilmelidir.

SUÇUN NİTELİĞİNDE BİR DEĞİŞİKLİK OLURSA YENİDEN VEYA EK BİR İDDİANAMENİN DÜZENLENMESİ ZORUNLU MUDUR?

Öncelikle belirtelim ki, davaya bakan mahkeme eylemin hukuksal nitelendirilmesi açısından iddia ve savunma ile bağlı değildir (CMK m. 225/2). Her ne kadar, hakkında dava açılan eylemin hukuksal nitelemesinin, tıpkı şüpheliler hakkında uygulanması istenilen kanun hükümleri gibi iddianamede yazılması zorunlu ise de (bkz., CMK m. 170/3-h ve m. 170/6), bu husus sadece mahkemeye yol göstermekte, bir görüş açısı sunarak nitelemenin yapılması açısından yargı makamına yardım amaçlı bir bildirimden öteye geçmemektedir. Hukuksal tavsif açısından tek yetkili makam yargı organı olup, ilgili hâkim veya mahkeme bu yetkiyi kullanabilir. Belirtelim ki, suçun hukuki nitelemesi nedeniyle iddianame iade edilemez (CMK m. 174/2). Bu nedenle, bu hukuksal nitelemenin var olması gerekli olup, olmaması veya hatalı nitelemede bulunması bir iddianamenin reddi nedeni olarak sayılmamıştır. Çünkü geçerli ve hukuksal sonuç, doğrucu niteleme, kanun yolu denetimine açık olmakla birlikte, esas (olay) hâkimi veya mahkemesince yapılan nitelemedir.

Suçun hukuksal nitelemesinde bir değişiklik olur veya daha doğru bir deyimle (çünkü gerçekte nihai hukuksal nite-

leme hükmünde yapılacaktır) iddianamede belirtilen hukuksal nitelemede gösterilen hükümlerden başkası veya ilave bazı hükümlerin uygulanma olasılığı bulunursa bu takdirde mahkeme sanığa bu yeni olası nitelemeden dolayı kendisini savunma olanağı tanınmalıdır. Bu olanak tanınmaz ise, sadece dava konusu eylemin iddianamede gösterilmiş olması, o kimsenin farklı bir kanun hükmüyle cezalandırılması açısından yeterli değildir.

Öncelikle belirtelim ki, sanığa mahkemece ek savunma hakkının tanınmış olması, bizatihi asıl iddianameyle veya ek iddianameyle asıl davadan sonra yeni bir dava açılarak birleştirilmiş önceki davayla birleştirilmiş muhakemenin konusu kılınmamış eylemler hakkında dava açılmasını sağlayamaz. Ek savunma hakkı, davasız yargılama olmaz ilkesine bir istisna olmayıp, hakkında dava açılan bir eylemin hukuksal nitelemesine ilişkin olarak, sanığa savunmasını yapmadığı bir hukuk normu ile cezalandırılmasını önlemek fonksiyonu görerek, savunma erkine ve dolayısıyla da silahların eşitliği ilkesine hizmet eder. Sanığa kaç kez ek savunma hakkı tanınırsa tanınsın, bu hiçbir zaman hakkında dava açılmayan bir eylem veya eylemin bir kısmı hakkında davanın açılmış olması veya yargılamanın konusu veya hükmün konusu gibi bir etki doğuramaz.

Eksavunma hakkını CMK m. 226, koşulları, usulü ve sonuçları itibariyle düzenlemiştir. Kanun koyucu (yeni) CMK' da ek savunma hakkını hukuksal nitelemenin değişmesi olasılığı ile cezanın artırılmasını veya ek güvenlik tedbirlerinin uygulanmasını gerektirecek hallerin ilk kez duruşma sırasında ortaya çıkması durumunda uygulanmak üzere düzenlemiştir.

Ek savunma hakkı, madde metninden de anlaşıldığı üzere, mahkûmiyet kararı verilecek hallerde savunma hakkının do-

laylı kısıtlanmasını önleyici bir fonksiyon görmektedir. Buna karşılık, eğer mahkeme hatalı hukuksal nitelermeye karşın, iddianamede gösterilmeyen bir kanun hükmüne dayanarak sanığı beraat ettirir veya davanın düşürülmesine karar verirse, bu olasılıkta karar öncesi ek savunma hakkının kullandırılmaması hukuka aykırı olmaz. Esasen, aynı mantıkla CMK m. 290'da sanığın yararına olan (tıpkı ek savunma hakkı gibi) hukuk kurallarına aykırılığın, sanık aleyhine hükmün bozdurulması için c.savcısına bir hak vermeyeceği düzenlenmiştir.⁹²

Nitekim bu nedenledir ki, mülga CMUK'tan farklı olarak (karş. mülga CMUK m. 258/6), mer'i CMK m. 226'da, suçun hukuksal nitelermesinde sanık lehine olacak bir değişiklik halinde, daha doğru bir ifadeyle sanığa iddianamede gösterilen maddelerin gerektirdiğinden daha az ceza verilmesini gerektiren bir nedenin olması durumunda kısıtlı da olsa sanığa ek savunma hakkı verilmesi (eski CMUK'ta mevcut olan gibi) düzenlemesine yer verilmemiştir. Sistem olarak kendi içinde tutarlı görünmekle birlikte, bu halde de sanığa ek savunma olanağını vermek bazen beklenilenden fazla yararlı olabilir. Çünkü bu takdirde belki ek savunma hakkı verilecek ve cezayı azaltın etki gösteren bu hükümlere ilişkin ek savunma daha fazla indirim yapılmasını veya olayın tarihi, koşulları veya suçun unsurları nedeniyle (herhangi kanuni bir nedene dayalı olarak) beraat kararı verilmesine de neden olabilir veya katkı sağlayabilir veya diğer delillerin ispat gücünde sanık lehine bir vicdani değerlendirmeye yol açabilir.

⁹² Burada sadece Cumhuriyet Savcısı açısından bunun bir temyiz nedeni olamayacağının düzenlenmesi eksikliklerdir. Bu hükmün değiştirilerek, aynı zamanda katılan veya vekili ve üçüncü kişiler için de bu hakkın doğmayacağının düzenlenmesi gerekmektedir.

Önerimiz, halen mevcut düzenlemede çok büyük bir sarkınca ortaya çıkmayacak ise de, daha yararlı olduğu ve gerek sistemle uyumlu gerek amaca daha çok hizmet edeceği için mülga CMUK m. 258/6'daki veya benzeri bir hükmün CMK m. 226'ya eklenmesidir.

Hukuksal nitelme iddianamede yapılmamış ise, mahkemenin mer'i CMK açısından yapması gereken şey, tıpkı iddianamedeki nitelmenin değişebileceği kuşkusunu doğduğu anda yapıldığı gibi, sanığa olası nitelmeyi belirterek ek savunma imkanı vermektir. Cumhuriyet Savcılığı'nın yaptığı hukuksal nitelme mevcudiyetine rağmen anlaşılabilir veya muğlak veyahut tenakuzlu ise, bunun giderilmesi açısından (sakıncalı olarak) CMK'ya bir hüküm konulmamıştır. Oysa mülga CMUK m. 258/4'de bu sorunu çözecek önemli bir düzenleme mevcuttu. Bunun hem hukuksal nitelmenin sağlıklı yapılması hem de açılan iddianamenin-davanın ve hükmün konusunun eylem ve hukuksal tavsif açısından belirgin hale getirilmesi açısından çok önemli bir fonksiyonu vardı. Yapılacak bir kanun değişikliği ile böyle bir hükmün yeniden CMK'ya eklenmesi yararlı olacaktır. Halen bu gibi durumlarda mahkemenin elinde iki olanak vardır: Ya on beş günlük inceleme süresi geçmeden önce kendisine sunulan iddianameyi kabul kararı vermeden bu hususun belirginleştirilmesi ve bu arada CMK m. 170/4'ün de gereğinin yerine getirilmesi için iddianameyi iade edecektir veya kendisi durma kararı vererek ve iddianamede zikredilen eylemler/eylemle bağlı ve sınırlı olarak olası bir nitelmeden söz ederek sanığa savunmasını buna göre yapması için ek savunma hakkı tanıyacaktır. Ek savunma hakkının yalnızca bir kez kullanılabileceği biçiminde bir kayıtlayıcı hüküm CMK'da bulunmadığı için, sonradan oluşacak hukuksal nitelme değişiklikleri halinde yeniden ek savunma hakkı kullanılabilir.

Bütün bu açıklamalardan anlaşıldığı üzere, davaya-yargılamaya-hükmün konusuna yeni (tam veya kısmen) bir olay/eylem katmamak kaydıyla, hakkında dava açılan eylemlerin hukuksal niteliğinde bir değişiklik olursa, yukarıda belirtilen koşullar ve usulü CMK m. 226'da gösterilen biçimde bir ek savunma hakkını kullanması olanağı sanığa verilmek zorundadır. Aksine uygulama yapılarak sanık mahkûm edilirse, bu hukuka aykırı olup, savunma hakkının mahkeme kararıyla kısıtlanması niteliğinde olduğundan (bkz., CMK m. 289/1-h), hükmün bozulması için hukuka mutlak aykırılık niteliğinde (mutlak) temyiz nedeni oluşturacaktır. Buna karşılık, ek savunma hakkının kullandırılması koşuluyla, sanığın iddianamede gösterilmeyen bir hükme dayanılarak mahkûm edilmesi mümkün ve (başka hukuka aykırılık yoksa) hukuka uygun olacaktır. Bu bağlamda ve kapsamda, hukuksal niteliğinin değişmesi nedeniyle, yeniden veya ek bir iddianamenin düzenlenmesi gerekmez, düzenlenemez ve düzenlenmemelidir.

“Her hukuk devletinde kabul edilen ve masumluk karinesi ile sıkı bir ilgisi bulunan şüpheden sanık yararlanır ilkesine göre, yapılan ceza muhakemesinin sonunda, fiilin sanık tarafından işlendiği % 100 belliliğe ulaşmadığı takdirde beraat kararı verilecektir (Anayasa m. 38/4, İnsan Hakları Evrensel Beyannameşi m. 11, İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi m. 6/2, Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesi m. 14/2). Böyle bir ilkenin kabul edilmesinin sebebi, bur suçlunun cezasız kalmasının bir masumun mahkûm olmasına tercih edilmesidir; başka bir ifade ile masumluk karinesidir” (Adalet Komisyonu Raporu).

“Şüpheden sanık yararlanır” ilkesi, ceza yargılaması hukukunda geçerli olan ve mevzuatımızda yazılı olarak hükme bağlanmamış bulunan bir ispat kuralıdır. Buna göre, bir suç işlediği iddiasıyla yargılanan kimse hakkında mahkûmiyet kararının verilebilmesi için, o kimsenin o suçu işlediğinin %100 oranında kesin olması, ispatlanmış bulunması gerekir. Bu noktadaki %1’lik şüphe dahi, sanığın beraat etmesine yol açar. Böylece masum bir kimsenin cezalandırılmasındansa, suçlu bir kimsenin serbest bırakılması daha üstün tutulmaktadır. Nitekim jüri sisteminin bulunduğu Amerika Birleşik

Devletleri'nde jürinin tek görevi, sanığın suçu işleyip işlemediği konusunda, yani ispat hususunda karar vermektir. Jüri 11 üyeden oluşmaktadır ve bir kimsenin suçu işlediğine karar verilebilmesi için 11 üyeden, 11'inin de sanığın suçu işlediğine kanaat getirmesi gerekir. 10 üye sanığın suçu işlediği; ancak bir üye işlemediği yönünde oy kullandığı takdirde, sanığın beraatına karar verilir. Bu örnek, şüphenin %100 oranında yenilmemesi dolayısıyla, sanığın beraatına karar verilmesi gerektiğini göstermektedir.

Ceza muhakemesi hukuku açısından serbest delil ve vicdani ispat sistemi geçerlidir (CMK m. 217=mülga CMUK m. 254/1=). Genel bir ifadeyle delillerin elde edilmesi ve değerlendirilmesi serbestliğini ifade eden bu sistem, eylemi yargılayan hâkimin her tür delili kullanarak ispata ulaşmasını, sanığın aleyhinde olduğu kadar, lehindeki delilleri de araştırıp değerlendirecek tam bir inanışla ve özgürce değerlendirerek, kuşku-dan arınmış bir sonuca ulaşmasını gerektirir. Bu husus ülkemiz CMK' u açısından olduğu gibi önceki kanunumuzun mehazı olan Alman CMK açısından da böyledir.⁹³ Ceza muhakemesi hukukunun en önemli ilkelerinden olan suçsuzluk karinesi (AY m. 38) ve şüpheden sanık yararlanır ilkeleri evrensel ilkeler olup, birbirleriyle sıkı ilişki içindedirler ve ispat konusunun kuşkulu kalması halinde sanık aleyhine karar verilmemesini gerektirmektedirler.⁹⁴ Bu da esasen ceza muhakemesinin uyulması zorunlu bir niteliğidir. Zira mahkûmiyet için en ufak bir

⁹³ Bkz., Ünver, Yener, *Ceza Yargılamasında İspata İlişkin Bir Yargıtay İBK'nın İncelemesi.*, İÜHF 1995-1996, sy: 1-2, s. 193.; Claus Roxin, *Strafverfahrensrecht.*, 20. Auflage, München 1987, s. 79.; Jürgen Baumann, *Grundbegriffe und Verfahrensprinzipien des Strafprozessrechts.*, Stuttgart-Berlin-Köln-Mainz 1969, s. 55 ve 56.

⁹⁴ Bkz., Ünver, Yener, *Ceza Hukukunda Objektif Sorumluluk*, s. 128-130.

kuşkunun bulunmaması ve delillere dayalı ispatın inandırıcı ve kuşkuları giderici bir kesinliğe ulaşması gerekmektedir.⁹⁵

Başka bir ifadeyle, ceza muhakemesi hukuku açısından serbest delil ve vicdani ispat sistemi geçerlidir (CMK m. 217).⁹⁶ Ancak, doğal olarak, delillerin değerlendirilmesi keyfi olamaz ve bir hususun ispatı olmaksızın varsayıma dayalı olarak hüküm kurulması olanaksızdır. Delillerin tümünün birlikte değerlendirilmesi, kuşkuların yenilmesi ve eğer yenilemiyorsa mahkûmiyet değil, sanık lehine, beraat kararı verilmelidir. Çünkü ceza muhakemesi sistemi bunu gerektirmektedir.⁹⁷ Deliller arasında çelişki bulunmaması ve delillerin birbirini destekleyip tamamlaması gerekmektedir.⁹⁸ Yine, Yargıtay'ın mutad kararlarına göre de, dava dosyasındaki mevcut deliller dikkate alındığında, sanığa isnat edilen suçun işlendiğini gösteren ve cezalandırılmasını gerektirecek nitelik ve derecede her türlü kuşkudan uzak yeterli delil bulunmaması halinde, o kimse hakkında beraat kararı verilmesi gerekmektedir;⁹⁹ bu nedenle, bu gibi hallerde çoğu kez uygulamamızda "*sanığın delil yetersizliğinden beraatına*" biçiminde karar verilmesi hukuka uygun olmayıp, hatalı uygulama ile, bireyin yargı yoluyla aklanma hakkı ihlal edilmektedir.

⁹⁵ Löwe - Rosenberg, *Die Strafprozessordnung und Gerichtsverfassungsgesetz*, 22. Auflage, Band: II, Berlin-New York 1973, s. 1431.; Werner - Beulke, *Strafprozessrecht.*, 2. Auflage, Heidelberg 1996, s. 11.

⁹⁶ Ceza muhakemesinde ispata ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz, Yıldız, Ali Kemal; *Ceza Muhakemesinde İspat ve Delillerin Değerlendirilmesi* (İ. Ü. Sosyal Bilimler Enstitüsü - Yayınlanmamış Doktora Tezi), İstanbul 2002.

⁹⁷ Bkz., Ünver, Yener, *Ceza Yargılamasında İspata İlişkin Bir Yargıtay İBK'nın İncelemesi*, s. 195.

⁹⁸ Bkz., CGK, 7.11.1994, 8-210/260; CGK, 1.4.1985, 6-511/182; CGK, 24.3.1980, 8-51/121

⁹⁹ Bkz., 9. CD, 6.12.2001, 2236/3088=YKD 2002, S. 8, s. 1278-1279.

Kaldı ki, yalnızca Yargıtay uygulaması değil, CMK'nın hükümleri de kuşku halinde sanık hakkında mahkûmiyet kararı verilmesini yasaklamaktadır. Çünkü, CMK'nın 225. maddesinin 1. fıkrasındaki, “*Hükiim, ancak iddianamede unsurları gösterilen suçla ilişkin fiil ve faili hakkında verilir*” şeklindeki düzenleme, yargılanacak uyuşmazlığın tüm soruşturma aşamalarında sınırlandırılması gerektiğini göstermektedir. Ama yasanın 230/1-c maddesinde, sanık mahkûm olursa hükmün gerekçesinde “*sanığın suç oluşturduğu sabit görülen fiili*”nin gösterileceğine değinilmesi ise hükümde de varsayıma dayalı, kuşkulu kalan hususlara yer verilemeyeceğini açıkça ortaya koymaktadır”.¹⁰⁰

Yargıtay haklı olarak, günümüz ceza muhakemesi hukukunda ceza hâkiminin varsayımlara dayanamayacağını, varsayım yoluyla bir unsurun varlığını kabul ederek hüküm kuramayacağına işaret etmektedir. Ceza yargılamasının amacı hiçbir duraksamaya yer verilmeden maddi gerçeğin ortaya çıkarılması olduğunu vurgulayan Yargıtay, maddi gerçeğin olayın bir bütünü veya parçasını temsil eden kanıtlardan ortaya çıkarılması gerektiğini ve bunun bir takım varsayımlara dayanılarak karar verilmesinin ceza muhakemesinin amacına kesinlikle aykırı olduğuna karar vermiştir. Yargıtay bu kararlarında ayrıca, kuşkunun bulunduğu yerde mahkûmiyetten söz edilemeyeceğini, suçun işlendiğinin kabulü için iddia konusu eylemin her tür kuşkudan arınmış biçimde ispatlanması gerektiğini, çelişkiler ve belirsizliklerin halinde istenen anlamda vicdani kaniya ulaşamayacağını ve bir şeyin ispatındaki şüpheden sanığın yararlandırılması gerektiğini vurgulamıştır.¹⁰¹

¹⁰⁰ CGK, 17.3.1998, E. 1998/6-18, K. 1998/91.

¹⁰¹ Bkz., CGK, 19.04.1993, 6-79/108 (YKD 1993, s. 1564 vd.). Ayrıca bkz., CGK, 19.4.1993, 6-79/108; CGK, 4-128/156; CGK, 18.3.1991., 60/85 ve CGK, 16.10.1986, 23/24.

Yargıtay'ın da uygulamalarında haklı olarak vurguladığı üzere, bir kimseye isnat edilen suçun unsurları ispat edilmeden o suçun işlendiğinden söz edilemeyecektir.¹⁰² Çünkü, Yargıtay'ın da, yukarıda belirttiğimiz hususları haklı olarak vurguladığı, delil yokluğuna rağmen bir suçtan mahkûmiyet hükmü kurulamaz,¹⁰³ şüpheden sanık yararlanır,¹⁰⁴ kuşkunun bulunduğu yerde mahkûmiyetten söz edilemez,¹⁰⁵ çelişkilerin bulunması halinde mahkûmiyet kararı verilemez¹⁰⁶ yönünde emsal nitelikte kararları söz konusudur.

Yüksek Mahkeme, istikrar kazanmış içtihatlarında, suç teşkil eden eylemlerin yapıldığının ispatına yetecek derecede yeterli ve inandırıcı kanıtların bulunmaması durumunda suçun oluşmadığına karar verilmesi gerektiğine hükmetmektedir.¹⁰⁷

Daha açık bir ifadeyle, Yargıtay'a göre de, *“ceza yargılamalarında amaç maddi gerçeğin hiç bir kuşkuya yer bırakılmaksızın ortaya çıkarılmasıdır. Kuşkunun bulunması halinde mahkûmiyet kararı verilmesi ceza hukukunun genel ilkelerine aykırıdır. Kuşkudan sanığın yararlanacağı evrensel bir ceza hukuku ilkesidir”*.¹⁰⁸ İspat açısından kuşku varsa, yeterli-kesin delil bulunmuyorsa,¹⁰⁹ belirsizlikler söz konusu ise, az da olsa iddia faaliyetleriyle

¹⁰² Bkz., 6. CD, 21.10.1965, 4289/5869; 6. CD, 26.9.1968, 3796/4868. Aynı yönde; 6. CD, 3.10.1968, 4109/5102 (=RKD, Ankara 1969, S. 5, s. 50).

¹⁰³ 6. CD, 3.10.1968, 4109/5102.

¹⁰⁴ CGK, 19.3.1993, 6-79/108.

¹⁰⁵ CGK, 19.4.1993, 6-79/108.

¹⁰⁶ CGK, 4-128/156; CGK, 18.3.1991, 60/85.

¹⁰⁷ Örnek olarak bkz., CGK, 9.12.1997, 6/265-292.

¹⁰⁸ CGK, 8.7.1991, E. 1991/1-200, K. 1991/231.

¹⁰⁹ 6. CD, 5.7.1985, 3820/8310.

doğurulan kuşku yenilememişse, alınan bilirkişi raporlarının yetersizliği nedeniyle tam bir kanaate ulaşmak güç ise,¹¹⁰ mahkûmiyet kararı verilemez ve beraat kararı verilmesi gerekir.

Yargıtay'ın aynı içeriğe sahip birçok başka kararı da vardır. Bu kararlardan iki tanesini özet olarak şöyle belirtebiliriz: *“Yüklenilen suçta işlediğine ilişkin hakkında inandırıcı deliller bulunmayan sanığın aksi kanıtlanmayan inkâra yönelik savunmalarına itibar edilmesi gerekirken oluşa ve fevni delillere ters düşen ve zora dayalı olduğu belirtilen zabıtaadaki beyanına ve bazı varsayımlara dayanılarak mahkûmiyetine karar verilmesinde isabet görülmemiştir”*.¹¹¹ *“Her mahkeme, mevcut kanıtları değerlendirme ve hüküm kurma yönünden bağımsızdır. Ancak hüküm kurulurken gösterilen gerekçe hukuka ve dosya kapsamına uygun olmalı, mevcut bilgi ve belgelerin yerinde takdir edildiğini gösterir biçimde geçerli, yeterli ve yasal olması aranmalıdır. Karar, tarafları tatmin etmeli, hiç bir kuşkuya yer bırakmamalıdır”*.¹¹²

Özetle, bilirkişi raporları arasında çelişki varsa veya soruşturma eksik yapılmışsa, bu eksiklik veya çelişki mutlaka her tür kuşkudan arınmış biçimde giderilmelidir. Bu çelişki veya eksiklik giderilmeden sanık lehine karar verilebilir ise de, sanık aleyhine karar verilemez; eğer verilirse bu bir bozma nedenidir.¹¹³

¹¹⁰ 6. CD, 7.5.1985, 5042/4730.

¹¹¹ Bkz., CGK, 20.5.1991, E. 1991/1-131, K. 1991/166.

¹¹² CGK, 17.05.1993, E. 1993/128, K. 1993/156.

¹¹³ Bkz., 3. CD, 14.12.1990, E. 1990/6471, K. 1990/12974.; 2. CD, 15.05.1991, E. 1991/2907, K. 1991/5662.; 4. CD, 11.6.1991, E. 1991/2957, K. 1991/3712; 5. CD, 05.05.1993, E. 1993/1668, K.1993/1965; 3. CD, 2.11.1994, E. 1994/6273, K. 1994/10194; 8. CD, 30.10.1996, E. 1996/12379, K. 1996/13240; 7. CD, 24.12.1997, E. 1997/9685, K. 1997/10919; 9. CD, 21.5.2001, E. 2001/450, K. 2001/1692; 7. CD, 22.12.1999, E. 1999/2508, K. 1999/13021.

Yargıtay verdiği birçok kararda, tanıkların anlatımları arasındaki çelişki giderilmeden mahkûmiyet kararı verilmesini hukuka aykırı bulmuş ve verilen mahkûmiyet kararlarını bu nedenle bozmuştur.¹¹⁴

Yargıtay keza mağdur/ müşteki ile tanığın beyanları arasında çelişki bulunması halinde dahi, sanık hakkında mahkûmiyet kararı verilemeyeceği düşüncesindedir.¹¹⁵

Yine Yargıtay birçok kararında, sanık ile tanık beyanı arasında çelişki bulunduğu bunun delile dayalı olarak giderilmesi gerektiğini, bu giderilmeden sanığın mahkûmiyetine karar verileyeceğine karar vermiştir.¹¹⁶

Yargıtay, aynı zamanda sanık beyanları ile diğer deliller arasında çelişki bulunması halinde, özetle deliller arasında bir çelişki bulunması durumunda, çelişkiler giderilmeden sanık aleyhine mahkûmiyet kararı verilemeyeceğini içtihat etmiştir.¹¹⁷ Aynı yönde: *"Sanığın annesi yakınan ...'yu ... ilişkin*

¹¹⁴ Bkz., 8. CD. 23.02.1978, E. 1977/7450, K. 1978/1682. Ayrıca bkz., "Olay yerinde aramaya katılan tanıklarla tutanağı düzenleyen tanıklar arasındaki çelişki giderilmeden ve Jandarmadaki anlatımlarının zora dayandığını belirterek suçu reddeden sanık aleyhine başkaca kanıtlar bulunmadığı halde Ceza Yargılama Yasasının 50, 51 ve 247. maddelerine aykırı olarak" mahkûmiyet kararı verilmesi yasaya aykırıdır (6. CD, 17.04.1986., E. 1986/2642, K. 1986/4241). Aynı yönde: 4. CD, 30.11.1998, E. 1998/10552, K. 1998/10811.

¹¹⁵ Bkz., 4. CD, 3.10.1996., E. 1996/5844, K. 1996/7297; 4. CD, 13.3.1997, E. 1997/1534, K. 1997/1831; 4. CD, 7.12.1998, E. 1998/8800, K. 1998/11151.

¹¹⁶ 6. CD, 09.06.1988, E. 1988/5487, K. 1988/7529. Ayrıca bkz., 10. CD, 30.1.1996., E. 1996/26, K. 1996/611.

¹¹⁷ Bkz., 5. CD, 21.9.1994, E. 1994/2418, K. 1994/2699; 8. CD, 29.05.1994, E. 1995/6159, K. 1995/7638; 8. CD, 03.03.1997, E. 1996/16157, K. 1997/2663; 8. CD, 01.06.1998, E. 1998/6991, K. 1998/8042; 10. CD, 18.3.2002, E. 2001/30112, K. 2002/12228.

iddiayı doğrulayan kanıtlar açıklanıp gösterilmeden, bu suçtan hükümlülüğüne karar verilmesi,.. hazırlık ve yargılama anlatımlarının kendi içinde ve birbirleri arasında bulunan çelişkilerin giderilmesi, giderilemediği takdirde yöntemince irdelenerek hangi anlatımın hangi nedenle üstün tutulduğunun belirtilmesi ve tüm kanıtlar birlikte değerlendirilerek... sanığın hukuki durumunun belirlenmesi gerektiği gözetilmeden..., eksik soruşturma ve yetersiz gerekçeyle hüküm kurulması” kanuna aykırıdır.¹¹⁸

Burada önemli dikkat edilmesi gerekli bir husus, şüpheden sanık yararlanır ilkesinin, hukuksal konularda uygulanamaya-çağı, yalnızca maddi konularda, yani ispat/sübut konusunda uygulanabileceğidir. İspatın konusu suçun hangi unsuru olursa olsun fark etmemekte birlikte, bu ilke hukuksal tavsif/niteleme konusunda tereddütlerin yenilememesi durumunda uygulanacak bir ilke değildir. Uygulamada zaman zaman hukuksal nitelemede tereddüde düşüldüğünde bu ilkeye dayanıldığı görülmektedir ki, bu hatalıdır. Hâkim hukuku bilmek ve uygulamak zorundadır; burada kuşkunun bulunduğu iddia veya gerekçesiyle sanık lehine bir uygulamayı tercih edemez. Hangi hukuksal norm kapsamında olduğu veya somut olayda bir normun uygulanıp uygulanmayacağı veya nasıl uygulanması gerektiği konusunda şüphe bulunduğu iddiasıyla bu ilkeye dayalı bir uygulama yapılması hukuka aykırıdır.

Diğer yandan uygulamada daha çok rastlanılan durum, yeterince delil toplanmadan ve hatta ileri sürülen bazı delil irade ve ikame talepleri reddedilip başka delil araştırılmadan, savcılık ve kolluğun soruşturmada elde ettikleri veya davanın açılmasına kadar yeterli olanlarla yetinilip dava konusu şüphe yenilmeye çalışılmakta ve ispat kuşkulu kaldığıında ise şüp-

¹¹⁸ 4. CD, 15.4.1998, E. 1998/2978, K. 1998/3565.

heden sanık yararlanır ilkesi uygulanmaktadır. Oysa, hâkim veya mahkeme kolluk ve savcılığın topladığı delillerle bağlı olmadığı gibi, (CMK'nın mahkemenin/hâkimin re'sen delil toplamasına ilişkin hükmü kanuna almaması önemli hatasına rağmen) hâkim ve mahkemenin ve hatta dava açıldıktan sonra dahi (uygulamada az oranda görülmesine karşılık) iddia makamının iddia faaliyetini yürütmek ve bu bağlamda yeni delil toplamak ödevi mevcuttur. Toplanması mümkün delil bulunmasına rağmen, bunlar toplanmayıp dosyadaki eksik delile dayalı hüküm çıkarmak, hukuka aykırıdır ve şüpheden sanık yararlanır ilkesi bu hukuka aykırılığı gizleyemez. Çünkü bu ilkenin amacı, tüm elde edilmesi mümkün delillerin toplanması ve irad ve ikame edilmesi, kolektif biçimde duruşmada ortaya konulmasından sonra, hala asli veya tali bir ispat konusu kuşkulu kalıyorsa, bu durumda sanığı şüpheden yararlandırmaktır. Yargıtay da bu hususa zaman zaman dikkat çekerek, yerel mahkemeler uygulamasını uyarmaktadır: Mahkemenin suçun olduğu yönde bir karar verebilmesi için yeterli delil elde etmiş bulunması, kendisini bu kanaate ulaştıran nedenleri açıkça gösterebilir durumda bulunması zorunludur.¹¹⁹

Bu ilke yalnızca kovuşturma evresinde değil soruşturma evresinde de etki gösterir bir ilkedir. Ayrıca uygulamamızda ve hukukçular arasında çoğunlukla bu ilke, daha çok beraat-mahkûmiyet ekseninde ele alınmaktadır. Oysa bu ilke yalnızca beraat veya mahkûmiyet yönünde verilecek bir karardaki kuşkunun beraat kararı verilmesi için bu ilkeyle yenilmesi değil, bunun yanında suça ve cezaya etki eden nedenler, hukuka uygunluk nedenleri, mazeret nedenleri vs. konularında da uygulanabilir bir ilke olup, bu gibi durumlarda, verilen karar

¹¹⁹ Özüdürk, Nejat, *TCK Şerhi ve Tatbikatı*, C. III, İstanbul 1970, s. 447-448.

işter beraat ister daha hafif ceza veya güvenlik önlemi olsun, bu ilke uygulanır; yeter ki sübutu kuşkuyla kalan husus maddi bir olaya, yani maddi ispat konusuna ilişkin olsun.

Yargıtay, aynı şekilde, eksik incelemeye dayalı, yetersiz, hatalı, çelişkili veriler içeren, ayrıntılı olmayan veya kapsamlı olmayan, kesin ispata esas teşkil etmeyen, yeterli saptamayı yapmayı teknik tespit işini olayı yargılayan mahkemeye bırakan veya konusunda uzman olmayan bilirkişilerin hazırladığı raporlara dayanılarak mahkûmiyet hükmü verilemeyeceğini vurgulamaktadır. Nitekim Yargıtay'ın bu kararları emsal kararlar niteliğinde yerleşmiş içtihatları oluşturmaktadır.¹²⁰

¹²⁰ Bkz., 6. CD, 22.11.1992, 6369/8013; 6. CD, 8.5.1991, 495/360; 6. CD, 12.3.1986, 764/2626; 6. CD, 3.10.1968, 4109/5102; 6. CD, 7.5.1985, 5042/4730; 6. CD, 7.5.1985, 5042/4730; 6. CD, 25.12.1969, 6756/7557; 6. CD, 9.11.1967, 4959/5814; 4. CD, 22.2.1995, 12809/1711; 6. CD, 23.5.1995, 5046/524; 7. CD, 28.1.1987, 10118/671; 6. CD, 12.3.1986, 764/2626 (=İntegra Yazılım).

Belirtelim ki gerek kovuşturmanın kamusalılığı gerek hâkimin re'sen delil araştırma ilkesi ve hatta iddianamenin kabulünden sonra dava konusu eylemin ispatı ve davanın yürütülmesi ile ilgili asli yetkilerin mahkemeye geçmesi ve hâkim veya mahkemenin Cumhuriyet Savcılığı ve kolluğun topladığı veya sanık veya müdafii ile katılan veya vekilinin getirdiği delillerle bağlı olmayışı ilkeleri, davaya bakan hâkim veya mahkemenin re'sen delil araştırma yetkisinin ve kanımızca aynı zamanda görevinin bulunduğunu göstermektedir.

Burada sadece iddia makamının re'sen veya kolluktan yaralanarak duruşmaya getirdiği veya diğer süjelerin ibraz ettikleri veya irad ve ikamesini talep ettikleri veyahut toplanmasını talep ettikleri delillerle yetinilerek, mevcut deliller ve "*in dubio pro reo*" (şüpheden sanık yararlanır) ilkesi uygulanarak bir ispat yargılamasının yapılması kanuna ve ceza muhakemesi hukukuna aykırıdır. Yargılama makamının şüpheden sanık yararlanır ilkesine dayanabilmesi, ancak elde edilebilecek tüm deliller hukuka uygun biçimde elde edilip duruşmada (kolektiflik ilkesi gereğince) irad ve ikame edildikten sonra, yine de asli veya tali bir hususun ispatı kuşkulu

kalırsa veyahut ispatta sorun olmamakla birlikte bir hukuka uygunluk nedeninin, kusurluluğu kaldıran bir nedenin, cezayı ağırlaştırıcı veya hafifleten veya cezasızlık nedeni veya etkin pişmanlığın vs. varlığı konusunda tüm kuşkulardan arınmış biçimde bir ispata ulaşılamıyorsa, o takdirde şüpheden sanık yararlanmalı, yabancı literatürdeki ifadeyle şüphe sanık lehine yorumlanmalıdır.

Olmaması gereken hukuk açısından CMK düzenlemesinin bu noktada hatalı ve eksik olduğu düşüncesindeyiz. Bu yeni düzenlemeye rağmen, mülga 1412 sayılı CMUK'un hükümlerinin daha yerinde olduğunu ve kovuşturma aşamasından açıkça mahkemeye görev ve yetki verdiğini belirtelim. Bu hükümler, anlaşılabilir bir tutumla ve kanımızca hatalı olarak, CMK'ya alınmamıştır. Örneğin mülga CMUK m. 237/3 gibi bir hükme CMK açısından da ihtiyaç ve düzenlenmesi için zorunluluk vardır. Aksi takdirde, Cumhuriyet Savcısı'nın getirdiği delillerle mahkemeyi bağlı tutarsak, ceza muhakemesinin bir özel hukuk yargılamasından pek farkı kalmayacak ve diğer tüm ceza muhakemesi ilkelerine rağmen delil ve ispat konusundaki sakıncalar giderilemeyecektir. Nitekim aynı mantıkla, tüm delillerin soruşturmada toplanacağı varsayımıyla, (madde metinlerinde "kovuşturma" ifadesine yer verilmekle birlikte) birçok koruma tedbirine karar verecek merci düzenlenirken "Cumhuriyet Savcısı" ve "hâkim"den söz edilmekle birlikte, CMK'da kovuşturma evresinde görev ve yetki icra edecek olan "yetkili mahkeme"den söz edilmemiştir. Mutlaka bu yönde bir kanuni değişikliğin yapılması gerekmektedir.

Belirtelim ki, sorunun doğrudan cevabı olmamak ve belirttiğimiz eksiklikleri giderecek nitelik ve kapsamda olmamakla birlikte, halen mer'î CMK'da da belirli evreler ve işlemler açısından mahkeme veya hâkimlere delil toplama

veya tespiti açısından görev ve yetki verildiği bilinmektedir. Nitekim CMK m. 205 duruşmada işlenen suç açısından mahkemenin tespit yapıp tutanak tutarak ilgili makama iletmesi yükümlülüğü ve keza suçüstü halleri ile gecikmesinde sakınca bulunan hallerde Cumhuriyet Savcısı'na erişilemiyor veya olay genişliği itibariyle Cumhuriyet Savcısı'nın iş gücünü aşıyorsa tüm soruşturma işlemlerini (bu arada özellikle delil toplama işini) yapmak açısından sulh ceza hâkimlerinin yetkilendirilmesi buna örnek gösterilebilir.

Her ne kadar CMK'nın 163. maddesi soruşturma evresindeki işlemler ve Cumhuriyet Savcısı'nın yetki ve görevi ile buna geçici ve acil hallerde yardımcı olmak için sulh ceza hakimine yetki veriyor ise de, belirttiğimiz sorunun giderilmesi açısından bu hükümden doğrudan yararlanılamaz.

Buna karşılık, sorunun çözümünde, yukarıda belirttiğimiz hususlar yanında, CMK'nın 173/3. maddesinden dolayı da olsa yararlanılabilir. Cumhuriyet Savcısı'nın kovuşturamama kararına itiraz edildiğinde itirazı inceleyen en yakın ağır ceza mahkemesi başkanı, itiraz konusundaki kararı vermek için soruşturmanın genişletilmesine gerek görebilir; önündeki dosyada mevcut verilerle yetinerek değerlendirme yapmak zorunda değildir. Eğer bu mahkeme başkanı soruşturmanın genişletilmesine gerek görürse, bu hususu açıkça belirtmek suretiyle, o yer sulh ceza hakimini görevlendirebilir ve bu sulh ceza hakiminin yaptığı araştırmalardan elde ettiği verileri de değerlendirerek, kovuşturamama kararına itiraz istemini kabul veya reddeder. Burada da görüldüğü üzere, en yakın ağır ceza mahkemesi başkanının itiraz konusu eylemle ilgili delil araştırma açısından soruşturmayı genişletme ve görevlendirdiği sulh ceza hakimine delil toplama yetkisi bulunmaktadır. Bu hüküm, bize, yeni CMK'ya bu yönde açık bir hüküm alınma-

Özel şahıs da olsa, hukuka aykırı bir eylemle veya suç işleyerek elde edilen delilin hukuka aykırı olduğu kuşkusuz olup, gerek AY m. 38 gerek CMK m. 206/2-a, 147 ve m. 217/2 uyarınca kullanılamayacaktır.

Nitekim bu nedenledir ki, CMK m. 289/1-i, hükmün hukuka aykırı delile dayanmasını temyiz kanun yolu açısından hukuka kesin aykırılık hallerinden birisi olarak düzenlemiştir.

Konuya önceki kanunumuzun mehası Alman Hukuku açısından irdeleyecek olursak: *“Deliller yalnızca ceza kovuşturması organları aracılığıyla değil, bunun yanında özel şahıslar aracılığıyla da elde edilebilirler, örneğin failin suçunu ispat etmek için bizzat mağdur araştırma yapar (bu hususta ayrıntılı olarak Krey, 1994). Bununla birlikte, eğer bu özel şahıslar hukuka aykırı davranır (örneğin belgeleri çalarsa) ve bu şekilde elde edilen delilleri soruşturma organlarının tasarrufuna sunarlarsa, elde edilen bu delillerin ceza muhakemesinde kullanılabilip kullanılamayacağı sorusu sorulmaktadır. Al. CMK'nın muhakeme hükümleri (ve her şeyden önce ispat metodu yasakları) yalnızca ceza kovuşturması organlarına yönelik oldukları için, bu tür deliller ilke olarak değerlendirilebilir¹²¹ nitektedirler; yalnızca aşırı biçimde insan haklarına aykırılık olayları*

¹²¹ Başka görüşte Rogall, 1979, 40; aynı yazar, Der Beschuldigte als Beweismittel gegen sich selbst, 1977, 210 vd.; farklı yönde Grünwald 1993, 163. Buna karşılık W. Hassemer - Matussek (1996, 74), özel soruşturma metotlarının hukuka aykırılığını soruşturma organları için geçerli neticelerin ölçülerine göre değerlendirmemektedir. Çünkü, özel şahıs bu hükümlere dayanamaz. İlke olarak daha çok (ağır suç isnadı istisnasıyla birlikte) ceza muhakemesinde şüphelinin sübjektif konumu özel şahsın gizli soruşturma metotlarının caizliğine aykırıdır. Özel (şahıs) soruşturmaları veya resmi makamların şüphelinin suçunu ispat edebilip edemeyeceği açıkça düzenlenmemiş dahi olsa, netice olarak delil değerlendirme yasağının varlığı kabul edilmelidir (a.g.e., 84).

açısından bir istisna geçerli olmak zorundadır (karş. Kleinknecht, NJW 66, 1543): örneğin özel bir şahıs ıstıraplı işkence aracılığıyla bir ikrara zorlarsa (Gössel, § 23 b IIC, özel şahısların elde ettiği delilin değerlendirilmesi için genel olarak § 136a'yı uygulamayı istemektedir. Bundan başka ispat aracı yasakları burada da delil değerlendirme yasakları ile bağlantılı kılınmıştır. Çünkü, onlarda delili kimin elde ettiği önemli değildir. Alman Federal Yüksek Mahkemesi, özel bir şahsın gizlice ses kaydetmesine (aynı şey günlük olayı açısından da geçerlidir) ilişkin ses kaydedilmesi kararında (BGHSt 14, 358), ceza kovuşturması organları aracılığıyla kaydın değerlendirilmesini bir yeni, kendine özgü insan hakkı ihlali olarak görmek suretiyle, aynı sonuca ulaşmıştır" (aynı görüşte Schmitt, JuS 67, 25).¹²²

¹²² Bkz., Roxin, İspat Hukukunun Esasları, s. 288-289'dan naklen.

çimi sadece ikrara ilişkin olmayıp, diğer delil veya emarelerde de böyle olup, vicdani delil sisteminin zorunlu bir gereğidir.

İkrarın hukuka aykırı olması halinde ifade ve sorgunun biçim ve hukuka uygunluk koşullarına aykırılık dolayısıyla delil olarak kullanılması mümkün olmayacak (Bkz., CMK m. 148) ve keza içerik olarak ister ikrar olsun ister farklı beyanları içersin, müdafî hazır olmaksızın şüpheli veya sanığın kollukça alınan ifadesi, şüpheli veya sanıkça veya bunların kanuni veya iradi temsilcileri tarafından hâkim veya mahkeme huzurunda doğrulanmadıkça (kanun koyucunun özel olarak ve kanımızca hatalı olan ayırık hüküm dolayısıyla) hükme esas alınmayacaktır (CMK m. 148/4).

Önemli olan bir ispat aracının delil veya emare olarak kabul edilmesi için gerekli koşulların bulunması, bunların usulüne ve hukuka uygun elde edilip muhafazası yanında irade ikameleri için de kanuni hükümlere riayet edilmesidir.

Ancak belirtelim ki, doktrindeki çoğu yazar bu hususta bizden farklı düşündüğü gibi, Yargıtay'ın mülga CMUK zamanındaki kararları da ikrara tek başına delil olma veya bir olguyu ispat gücünü tanımamakta diğer delil veya emarelerle destekleniyor ve onlarla arasında bir çelişki içermiyor olmasını aramaktadır.

Yargıtay konuya ilişkin verdiği yeni tarihli bir kararında şu tespitlerde bulunmuştur: *"...Ceza (Muhakemesi) Hukukunun temel amacı, maddi gerçeğin hiçbir kuşkuyla yer kalmaksızın açığa çıkarılmasıdır. Sorgu, esasında bir savunma aracı olup, delil elde etmek için kabul edilmiş bir müessese değildir. Ancak; sanığın hâkime verdiği cevap, gerçeği öğrenme konusunda hâkim için bir delil teşkil edebilir ise de; yan kanıtlarla doğrulanmayan, oluşa ve maddi gerçeğe uygun düşmeyen, fenni kanıtlarla çelişen soyut ikrara dayanılarak*

*mahkûmiyet hükmü tesisi; Ceza Hukukunun 'maddi gerçeğe ulaşma' ilkesine aykırılık teşkil eder..... fail hakkında ek iddianame ile dava açılmasının sağlanması ile delillerin birlikte değerlendirilerek sanığın hukuki durumunun tayin ve takdiri gerekirken, soyut ikrara dayanılarak eksik inceleme ile yazılı şekilde hüküm tesisi;...yasaya aykırıdır."*¹²³

CMK m. 160/2 de, delillerin toplanmasına ilişkin hüküm vesilesiyle, ceza muhakemesinin amacının "*maddi gerçeğin araştırılması*" ve "*adil bir yargılanmanın yapılması*" olduğunu açıkça düzenlemiştir.

Belirtelim ki, bu Yargıtay kararında, bizim savunduğumuz görüşten farklı bir görüş ileri sürülmemektedir. Bu ve benzeri kararlar doktrinde kanımızca çok yerinde olmayan biçimde değerlendirilmekte ve sanki ikrarın delil olarak kabul edilmesi veya ispat gücünün kabulü için ilave delil veya emarelere ihtiyaç varmış gibi yorumlanmaktadır. Belirttiğimiz kararda da görüldüğü üzere, Yargıtay ikrarın delil olarak kabulü için ilave koşul veya koşullar aramamaktadır; (sadece ispat açısından aşağıda değineceğimiz bir husus hariç) Yargıtay bu somut olay açısından iddianameye ve dava dosyası ile o ana kadar açığa çıkarılan maddi gerçeğe uygun düşmeyen, 'fenni' kanıtlarla çelişen soyut bir ikrara dayalı olarak 'mahkûmiyet hükmü' verilemeyeceğini belirtmektedir. Bu ve benzer kararlarda, ikrarın delil olarak kabul edilip sanık lehine, örneğin bir beraat kararı verilmesi durumlarında Yargıtay aynı gerekçeleri ileri sürerek kararı bozmamaktadır. Yani beraat kararı ile mahkûmiyet kararı aynı tür ve içerikteki delil açısından, delil olarak kabul ve ispat gücünü haiz olmaklık açısından farklı değerlendirilmektedir ki, bu da kendi içinde başka bir çelişkiyi ifade etmektedir.

¹²³ Bu kararın tam metni için bkz., İçel, Kayıhan - Ünver, Yener, *Uygulamalı Ceza Hukuku*, 2. Bası, İstanbul 2006, s. 571-572.

**SANIĞA DOĞRUDAN DOĞRUYA
SORU SORULABİLİR Mİ?****SANIK KATILANA, TANIĞA, BİLİRKİŞİYE VEYA
DURUŞMAYA ÇAĞRILMIŞ DİĞER KİMSELERE
DOĞRUDAN DOĞRUYA SORU SORABİLİR Mİ?**

Konu CMK m. 201’de düzenlenmiştir. Bu madde hükmüne göre, Cumhuriyet Savcısı, müdafî veya vekil sıfatıyla duruşmaya katılan avukat; sanığa ve maddede sayılan diğer bazı kişilere (tanık, bilirkişi ve duruşmaya çağrılmış diğer kişilere) doğrudan doğruya soru sorabilirler. Bu kişiler sanığa soru sorarken hâkim veya mahkemeyi (=mahkeme başkanı) vasita olarak kullanmak zorunda değildirler; bizzat soru yöneltebilirler. Bu yapılırsa, maddenin düzenleniş amacının gerçekleşmesi ve uygulamamızda arzulanan uygulamanın gelişebilmesi için, gerek sorulan sorular gerek verilen cevapların hâkim veya mahkeme (=mahkeme başkanı) tarafından soru veya cevapların özetlenerek tutanağa geçirilmesi usulüne başvurmamalıdır. Aksi takdirde, soruların mahkeme başkanına bildirilmesi ve onun kendi takdirine göre bir özetleme veya soruyu formüle ederek veya bazı soruları eleyerek soru sorup, özetini tutanağa geçirme gibi eski uygulamanın devamı biçiminde bir hatalı uygulamanın yerleşmesi ve fiilen bu hükümlerin uygulanmaması tehlikesi mevcuttur.

Şüphesiz soru yöneltilirken duruşma disiplinine uyulacaktır. Eğer yöneltilen soruya ilgililerce itiraz edilirse, bu takdirde

kanunun deyimiyle “*bu sorunun yöneltip yöneltilmesi*” (daha doğru bir ifadeyle cevaplandırılması) gerekip gerekmediğine mahkeme karar verecektir. Doğrudan soru sorma yetki ve hakkı yalnızca bir kez uygulanabilecek bir hak olmayıp, duruşma tamamlanmadıkça, duruşmanın seyrince tekrar soru sorabilirler. Kanun, mahkeme başkanı dışında, toplu mahkemelerde heyeti oluşturan hâkimlerin de maddede belirtilen kimselere ve bu arada sanığa soru sorabileceğini düzenlemiştir.

Diğer taraftan, maddenin 1. fıkrasına göre, sanık (ve katılan) da mahkeme başkanı veya hâkim aracılığıyla maddede belirtilen kimselere soru yöneltebilir. Belirtmek gerekir ki, kendisine doğrudan soru yöneltebilen kimselerden sadece sanık ve katılanın mahkeme başkanı veya hâkim vasıtasıyla soru yönelme hakkı olup, maddede belirtilen kimselerin doğrudan soru yöneltebildiği “*tanık*” veya “*bilirkişi*”lerin sanık veya katılana doğrudan veya hâkim veya mahkeme başkanı vasıtasıyla soru yönelmesi olanağı bulunmamaktadır.

Kanunun düzenleniş sistemi, hukukçu kimliğine sahip sùjelerin doğrudan doğruya soru sorabilmeleri ve müdafii veya vekillerinin bu yetkiyi kullanabilmelerine karşın (gerçekte hukukçu olsalar dahi) o davada hukukçu kimlikleri ile sùje olmayan sanık ve katılanın ancak hâkim veya mahkeme başkanı vasıtasıyla soru yöneltebilmeleridir. Dolayısıyla, kurulan bu sistemin amacı, hâkim veya mahkemenin hiçbir katkısı olmadan bir nakil aracı gibi sorulan soruyu olduğu gibi yansıtmak olmadığı ve böyle bir şeyin amaca ve makul süre ilkesine aykırılığı nedeniyle, kurulan sistemde hâkim veya mahkeme başkanı tarafından kendisinin aracı kılındığı ve sanık veya katılanın sormak istediği sorunun bir denetimi ve gerekli ise bir elemeye tabi tutulup yeniden formüle edilmesi olanağı yaratılmıştır.

takdirde, ortaya konulmak istenen delilin ortaya konulması reddedilecektir (CMK m. 206/2-a, b, c).

Üçüncü olarak, CMK m. 206/3'e göre, *“Cumhuriyet Savcısı ile sanık veya müdafii birlikte rıza gösterirlerse, tanığın dinlenmesinden veya başka herhangi bir delilin ortaya konulmasından vazgeçilebilir.”*

Dördüncü olarak, CMK m. 206/2-a'da ortaya konulması reddolunacak delili ifade için kullanılan ve mülga CMUK .m. 238/2-a'daki hükme tekabül eden *“kanuna aykırı”* ifadesinin, hatalı olduğunu ve hukuka aykırı deliller ve ispat yasağı kuramı açısından bir geriye dönüş olduğunu düşünüyoruz. Bunun yerine, *“hukuka aykırı”* ifadesinin kullanılması gerekirdi.

Beşinci olarak, 1. fıkrası açısından önemli bir eksiklik, sanığın çağrılmasına karşın mazeretsiz biçimde gelmemesi halinde ne yapılacağıнын düzenlenmeyişiştir. Bu eksiklik giderilmeli ve bu tutumun delillerin irat ve ikamesini bloke etmesi önlenmelidir.¹²⁴

Altıncı olarak, CMK m. 206/2-c'de, bir delilin ortaya konulması isteminin yalnızca davayı uzatmak amacıyla yapılmış olması halinde *“zorunlu olarak”* delilin ortaya konulmasının reddedileceğinin düzenlenmiş olması yerinde değildir. Sanık veya diğer bir süje bu amaçla hareket etse dahi, ilgili delil somut davadaki şüphenin yenilmesi ve maddi gerçeğın ortaya çıkarılması açısından çok önemli bir delil olabilir. O nedenle, sadece delilin ortaya konulmasını isteyen kimsenin amacına dayalı olarak böyle bir hüküm düzenlemek hatalı ve ceza muhakemesinin amacına aykırıdır. Burada, subjektif olarak yargı erkine bir delilin *“ne amaçla ortaya konulmak istendiğini”* saptamak ve buna dayalı olarak istediği delili (ileride telafisi mümkün dahi olmayacak biçimde) ortaya konulması talebini

ret yükümlülüğü getirmek hatalıdır. Delil hukuka uygun, sağlam, olayı temsil ediyor ve ispata etkisi olacak ise (ceza hukukunun özel hukuktan farklı bir delil ve ispat kuramının olduğu göz ardı edilmeyerek), sırf delilin ortaya konulması talebini ileri sürenin saikine bakarak o delilden vazgeçmek anlaşılabilir. Kimin o delili ileri sürdüğü önemli değildir, ileri süren, haberdar eden veya ortaya konulmasını talep edenin sıfatı ve saiki ne olursa olsun, delil muhakemenin tüm süje ve katılan diğer ilgililerini ilgilendirmektedir.

Kaldı ki, CMK m. 207'deki hüküm, bu irdelediğimiz CMK m. 206/2-c'deki hükmün uygulama olasılığı bulunan halin sancısını ortaya koyduğu gibi, önemli bir güvence getirerek bu hükmün keyfi yorumlanmasının da önüne geçmektedir. Bu hükmeye göre: *"Delilin ortaya konulması istemi, bunun veya ispat edilmek istenen olayın geç bildirilmiş olması nedeniyle reddedilemez"*. Fakat bu hüküm aynı zamanda, CMK m. 206/2-c'deki hükmeye dayanarak bir delilin ortaya konulmasını reddedecek hâkimin ne kadar keyfi ve denetimi olanaksız bir yetkiyi kullanabileceğini de göstermektedir. Delilin hukuka aykırı, olayı temsil etmeyen, karara etkisi olmayacak olması durumları yanında, toplanması olanaksız veya gayretlere rağmen elde edilemiyor olması (örneğin yurt dışındaki tanık dinlenemiyor veya delil karartılmış bir delil ise) durumunda, ortaya konulması yasağı getirilmesi kabul edilebilir. Fakat, davayı uzatmak maksadına dayalı bir düzenleme, hem ceza hukuku yargılamasını özel hukuktaki yargılamaya benzetecek, hem de giderek uygulamada hâkimin ve pozitif düzenlemede ise kanun koyucunun delilin irad ve ikamesi, ortaya konulması açısından kesin ve mazeret kabul etmeyen süreler ihdası yoluna kapıyı aralayacaktır ki, bu ceza muhakemesinin niteliği, ilkeleri ve amacına ters düşer. Delilin ortaya konulmasının reddine ilişkin diğer nedenler ve yasağın delil ve ispat yasağı ilke ve kuramları bu açıdan yeterli

olup, CMK m. 206/2-c'deki hükmün kanundan çıkarılması gerektiği düşüncesindeyiz.

Yedinci olarak, CMK'nın 206. maddesinin 1. fıkrasının a bendine sadece delilin ortaya konulması engellediğinden, hukuka aykırı delilin dosyaya girmesine engel olunamayacaktır. Oysa bu yönde mutlaka bir düzenleme getirilmeliydi.¹²⁵

Sekizinci olarak, CMK'nın delillerin ortaya konulması ve reddini düzenleyen 206. maddesinin 3. fıkrası çok hatalıdır. Önemli tıbbi bir delilden veya herhangi bir delili değerlendiren bilirkişi incelemelerinden nasıl vazgeçilecektir, anlaşılamamaktadır. Mahkeme/hâkimi dahi bağlayacakmış gibi kaleme alınan ve mağdur, müşteki/müdahil kişilerin de birer ceza muhakemesi süjesi olduğu, haklarının korunması gerektiği ve amacı maddi gerçeği hukuka uygun biçimde ortaya çıkarmak olan bir hukuk dalına ilişkin en temel Kod'da savcı ile sanık veya müdafinin anlaşarak delillerin değerlendirilmesini önlemek olanağının bir kanunda düzenlenmesi çağdaş bir hukuk sisteminde akıl alır ve kabul edilebilir bir şey değildir. Bir ceza muhakemesinde hukuka uygun elde edilip muhafaza edilmiş bir durumda, savcı ve sanığın veya müdafinin isteği ile bunların değerlendirme dışı tutulması hiçbir şekilde hukukla bağdaşamaz. Vakit geçirilmeksizin yapılacak bir değişiklikle bu fıkra hükmü hemen madde metninden çıkarılmalıdır: Adil yargılanma hakkı başta olmak üzere, mağdurbilim ve hukuk devleti ilkesinden söz etmek çok güç olacak ve bu tür bir uygulama ise ihkak-ı hak veya çete-mafyaya başvurma eylemlerini körükleyecek, besleyecektir. Belirtmek gerekir ki, CMK'nun

¹²⁵ Ünver, *Deliller ve Değerlendirilmesi*, s. 2902. Bu konuda ayrıca Bkz., Ünver, Yener, "Ceza Hukukunda Objektif Sorumluluk", *Ceza Hukuku Günleri, 70. Yılında Türk Ceza Kanunu -Genel Hüükümler-* (26-27 Mart 1997-İstanbul), İstanbul 1998, s. 185-187.

kabulünden ve fakat yürürlüğü girmesinden kısa bir süre önce sonra, 5353 sayılı ve 25.05.2005 tarihli “*Ceza Muhakemesi Kanununda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun*” ile CMK’nın bu 206. maddesinde değişiklik yapılmış ise de, belirtilen sakıncalı fıkra üzerinde hiçbir değişiklik yapılmayarak, hatalı biçimde bu hükmün yasadan çıkarılması hususundaki önemli bir fırsat kaçırılmıştır.¹²⁶

¹²⁶ Ünver, *Deliller ve Değerlendirilmesi*, s. 2902.

**SANIK ÇAPRAZ SORGUYA TABİ TUTULABİLİR Mİ
VE EĞER TUTULABİLİRSE SANIK
CEVAP VERMEK ZORUNDA MIDIR?**

CMK m. 215 “suç ortağı” ifadesini kullanarak, duruşmada sanığın, tanık veya bilirkişinin dinlenilmelerinden veya bir belgenin okunmasından sonra beyanlarına veya bu belge içeriğine karşı bir diyeceklerinin olup olmadığı hususunun katılana veya vekiline, Cumhuriyet Savcısı’na, sanığa ve müdafine sorulacağı, yani söz hakkı tanınacağını düzenlemektedir. Bir sanığın diğerine soru sorması mümkün olduğu gibi katılan veya vekili veyahut Cumhuriyet Savcısı’nın da sanığa soru sorması mümkündür. Delillerin tartışılması usulünü düzenleyen CMK m. 216 ise, soru sorma sırasının hangi sırayla kime (m. 216/1) ve kimin kimlerin açıklamalarına karşı bir “karşı cevap” vereceğini düzenlemektedir (m. 216/2). Bu sorgulama biçimiyle deliller tartışıldıktan sonra verilecek hükümden önce son söz, hazır bulunan sanığa verilir (CMK m. 216/3).

Olması gereken hukuk açısından, “suç ortağı” terimiyle ifade edilen şüpheli veya sanığı çapraz sorguya tabi tutulması hükmü madde metninden çıkarılmalı ve bu yöndeki kanun değişikliği yapıncaya kadar ise, maddedeki düzenleme şüpheli veya sanığa hakları hatırlatıldıktan ve sanığın susma hakkını özgür iradesiyle kullanmaktan feragat ettiği durumlarda soru sorulabileceği biçiminde anlaşılıp uygulanması gerekmektedir.

Tanık ve bilirkişinin çapraz sorguya tabi tutulması mümkün ve kabul edilebilir; ancak susma hakkı olan ve nemo tenetur ilkesinden yararlanan kimseyi çapraz sorgunun objesi haline getirmek sakıncalı ve hukuka aykırıdır. Kaldı ki, şüpheli veya sanığın konuşmaması kadar yalan söylemesi de herhangi bir yaptırma tabi olmadığı gibi, sırf konuşmadı veya yalan söyledi diye mevcut deliller kendisi aleyhine değerlendirilemez ve aleyhe bir ispat gücü/etkisi tanınamaz.

Madde metninde kullanılan “suç ortağı” ifadesi hatalı olup, bunun yerine şerik veya “henüz hakkında dava açılmamakla birlikte soruşturmaya başlanan şüpheli” veya “birlikte veya ayrı yargılanan sanık” ifadesi kullanılmalı ve eğer hakkındaki dava daha önce açıldığı veya tefrik kararıyla ayrılarak daha önce yargılaması tamamlandığı için önceki dava sonucunda verilen ve kesinleşen hüküm nedeniyle hükümlü olan kimse açısından ise yine suç ortağı ifadesi yerine (CMK m. 50/1-c uyarınca yapılacak dinlemenin muhatabı olarak) “tanık” ifadesi kullanılmalıdır.

CMK, delillerin ortaya konulması (irad ve ikamesi) sonrasında delillerin doğrudan doğruyalığı ve kolektiflik ilkeleri çerçevesinde ve özellikle de doğrudan soru sormak ve çapraz sorgu yöntemlerinin uygulanması suretiyle kolektif biçimde sağlamlık, hukuka uygunluk ve ispat gücü açılarından delillerin duruşmada tartışılması sonrasında, hüküm (=karar) safhasına geçmeden önce, daha önce kaç kez sorgusu yapılsa yapılsın veya kaç kez savunma yapmış veya doğrudan veya çapraz sorgunun muhatabı olmuş olursa olsun ve hatta müdafii son kez sözlü ve/veya yazılı savunma yapmış olsun veya olmasın son sözü hazır bulunan sanığa vermek zorundadır. Burada, sanık son celseye (oturuma) gelmez ise bu hak kullanılmayacaktır. Madde metninde (kısmen yanılmaya müsait biçimde bir ifade biçimiyle) *“hükümden önce”* ifadesi kullanılsa dahi, burada kastedilen hüküm (=karar) devresi sonunda hükmün oylanması veya oylanmış hükmün tefhim veya tebliği olmayıp, kovuşturmanın ikinci safhası olan duruşma safhasının bitirilip kapatılması ve hüküm safhasına geçmeden önceki zaman dilimidir (Bkz., CMK m. 216/3). Bu hüküm silahların eşitliği ve suçsuzluk karinesi ilkelerinin bir gereği olarak düzenlenmiş yulması zorunlu emredici bir hükümdür.

Bu hükme aykırı davranmak, hüküm için esaslı bir noktada mahkeme kararıyla savunma hakkının sınırlandırılması anlamına geldiğinden, genelde adil yargılanma hakkının (AİHS. M. 6, AY m. 36, CMK m. 160/2) özelde savunma hakkının (CMK m. 147-156 ve özellikle CMK m. 289/1-i) ihlalini ifade eder. Bu nedenle, kanun koyucu önemine binaen bu hususu mutlak temyiz nedenlerinden birisi olarak düzenlemiştir. Başka bir ifadeyle, sanığa son söz hakkının verilmemesi, mutlak hukuka aykırılık nedeni olarak ilişkin olduğu kararı kanuna ve hukuka aykırı hale getirecektir; temyiz edildiğinde, ayrıca yargılama sonunda verilen hükmü etkilemiş olup olmadığına bakılmaksızın, mutlak temyiz nedeni olarak hükmün bozulmasını gerektirecektir (Bkz., CMK m. 289/1-i).

Şu örnek Yargıtay kararları gerek sorunun cevabının teorik açıklaması gerek norma aykırılığın hukuksal sonuçları açısından doyurucu içerik ve açıklığa sahip olduğundan, uzun teorik açıklamalar yazmak yerine, meslektaşlarımızın uygulamada yararlanıp iddia ve savunmalarında kullanabilmeleri için, bu kararların önemli kısımlarını metin halinde aşağıda nakletmenin yararlı olacağı düşüncesindeyiz:

a. *“Ceza Yargılamasının amacı maddi gerçeğin ortaya çıkarılmasıdır. Bunun için kanutların toplanmasından sonra, sonuç çıkarabilmek için tartışma devresi başlar. Ceza Yargılamasında tartışma devresinin kabul edilmesindeki sebep uyumsuzluğu çözecek olan mahkemeye ışık tutmak üzere, hükmünün nasıl olması gerektiği hakkında tarafların görüşlerini bildirme olanağının sağlanmasıdır. Bu görüşlere ‘esas hakkında görüş’ denilmektedir...Cumhuriyet Savcılığı hükmün nasıl olması gerektiğine ilişkin esas hakkındaki görüşünü açıkladıktan sonra, CYUY’un 251. maddesine göre, malen sorumluya, arkasından da sanığa söz verilmelidir. Bu husus yerine getirilmiş ve sanığın müdafisine de söz verilmiştir... Ancak, 251. mad-*

denin son fıkrasına göre, sanık adına müdafii savunmada bulunsa bile, ekleyecek başka bir husus olup olmadığı sanıktan sorulmalı ve maddenin ikinci fıkrasına göre en son söz mutlaka sanığa verilmelidir... Bu demektir ki duruşma mutlaka sanığın son sözü ile bitecek ve hâkim onun etkisine başka hususlar katılmadan karar verecektir. Son sözün sanığa tanınması savunma bakımından çok önemlidir. Bu usul kuralı buyurucudur. Savunmanın kısıtlanamayacağı ilkesinin doğal sonucudur... Nitekim Usul Yasası 308. maddesinde yargılama yasasına mutlak aykırılık hallerini sekiz bent halinde saymış ve sekizinci bendinde, 'hüküm için mühlüm olan noktalarda mahkeme kararı ile müdafaa hakkının tahdit edilmiş olması' halini kesin bozma sebebi olarak göstermiştir... Uyuşmazlık konusu olayda, Cumhuriyet Savcısı'nın esas hakkındaki görüşüne karşı sanık ve müdafiiinden savunmaları sorulduktan sonra, müdafiiinin savunmasına ekleyecek bir husus olup olmadığı sanıktan sorulmadan ve en son söz sanığa verilmeden hüküm kurularak CYUY'un 251. maddesinde düzenlenen buyurucu usul kuralına aykırı davranılmıştır. Bu hal yasaya mutlak aykırılık oluşturduğundan itirazın kabulüne, Özel Daire onama kararı kaldırılarak hükmün öncelikle bu sebeple bozulmasına karar verilmelidir".¹²⁷

b. "CYUY'un 251. maddesinde; '... en son söz sanığındır... Sanık namına müdafii tarafından müdafaaada bulunulsa dahi müdafaaya ilave edilecek başka bir şey olup olmadığı sanığa sorulur.' hükmü yer almaktadır. Bu hüküm uyarınca; duruşma mutlaka sanığın son sözü sorulduktan sonra bitirilecektir. Araya başkaca hususların girmesi halinde yeniden sanıktan son sözü sorulmalıdır.

Bu düzenlemede dikkat edilmesi gereken husus önce iddia makamını oluşturan kişilere, daha sonra da savunma sahiplerine söz verileceğidir. Savunma hakkı ile ilgili olan bu usul kuralı buyurucu nitelikte olup, uyulmaması yasaya mutlak aykırılık oluşturur.

¹²⁷ CGK, 8.4.1991, E. 1991/4-83 K. 1991/113.

Uyuşmazlık konusu dosyada; bozmadan sonra yapılan duruşmada hazır bulunan sanıktan son sözü sorulmadan direnme kararı verilerek yargılama sonuçlandırılmıştır. Görüldüğü üzere; en son söz sanığa verilmeyerek, CYUY'un 251. maddesine aykırı davranılmıştır. İlk kez hükmü kurulurken, son sözün sanığa verilmesine dair kural bozmadan sonra yapılan ve son soruşturmanın bir aşamasını oluşturan yargılamada aynen geçerlidir. Zira, bozma öncesi ve sonrası, aynı usul kurallarının uygulandığı son soruşturmanın değişik aşamalarıdır. Bozmadan önceki aşamada geçerli olan bu kural, bozmadan sonra geçerli değildir biçiminde bir ayrımın yasal ve hukuksal hiçbir dayanağı yoktur.

Bu itibarla esası incelenmeyen kararın öncelikle bu sebepten bozulmasına karar verilmelidir."¹²⁸

c. "CMUY'un 251. maddesi gereğince 'en son söz sanığıdır.' Maddenin son fıkrasında ise; 'sanık namına müdafii tarafından müdafaada bulunulsa dahi müdafaaya ilave edecek bir şeyi olup olmadığı sanığa sorulur' hükmü yer almaktadır. Bu hükmü gereğince duruşma, mutlaka sanığın son sözü ile bitecektir. Ceza yargılamasında sanığın en önemli hakkı, savunma hakkı olup bu hak hiçbir şekilde kısıtlanmaz. Son söz sanığa verilerek kendisinden önce dinlenenlere karşı diyecekleri ve savunması saptanmalıdır. Sanığa son söz verildikten sonra başkaca usuli işlemler yapıldığı takdirde yeniden sanıktan son diyecekleri sorulmalıdır. Savunma hakkı ile yakından ilgili bulunan bu usul kuralı, buyurucu nitelikte olup uyulmaması yasaya mutlak aykırılık oluşturmaktadır. İlk defa hükmü kurulurken 'son sözün sanığa verilmesi' kuralı, bozmadan sonra başlayan yargılamada da kanu

¹²⁸ CGK, 28.02.1994., E, 1994/46, K, 1994/71. Aynı yönde; CGK, 05.03.1996, E, 1996/22, K, 1996/31; CGK, 28.05.1996, E, 1996/110, K, 1996/114; CGK, 22.6.1999, E, 1999/11-159, K, 1999/174; CGK, 16.6.1998, E, 1998/4-162, K, 1998/225; CGK, 31.03.1998, E, 1998/80, K, 1998/127).

*davasının kesintisizlik ve süreklilik ilkesinin doğal sonucu olarak aynen geçerlidir. Çünkü, dava sonuçlanmamış olup yargılama devam etmektedir. Gerek bozmadan önce gerekse bozmadan sonra aynı usul hükümleri uygulanacaktır. Emredici olan bu kuralın bozmadan önce geçerli olduğu, bozmadan sonra uygulanmasına gerek bulunmadığı biçimindeki bir ayırımın yasal ve hukuksal dayanağı bulunmadığı gibi, bozma ile son soruşturma aşaması geri dönüldüğünden 'son tahkikatın, sanığın son sözü ile sonuçlandırılması' mutlak usuli zorunluluk olarak karşımıza çıkmaktadır. Bu itibarla, incelenen dosyada 'en son söz' sanığa verilmeyerek CMUY'un 251. maddesine aykırı davranıldığından, esası incelenmeyen hükmün öncelikle bu nedenle bozulmasına karar verilmelidir."*¹²⁹

d. Hatta Yargıtay'a göre, müdafie söz hakkı verilse dahi, sanığa ayrıca bu hak tanınmalıdır: "CYUY'nun 251. maddesi gereğince, 'en son söz sanığındır.' Maddenin son fıkrasında ise; 'Sanık namına müdafii tarafından müdafaada bulunulsa dahi, müdafaaya ilave edecek başka bir şey olup olmadığı sanığa sorulur' hükmü yer almaktadır. Bu hüküm gereğince, duruşma mutlaka sanığın son sözü ile bitecektir. Sanıktan son sözü sorulduktan sonra başkaca bir işlem yapılmaksızın karar verilmelidir. Aksi halde, yani sanığın son sözü sorulduktan sonra, yeni bir işlem yapılması, sanık müdafii olsa dahi bir başkasının beyanının alınması halinde, yeniden ve mutlaka sanıktan son sözü sorulmalı, en son söz sanığa verilmelidir. Zira bu husus, sanığın savunma hakkı ile ilgilidir. Ceza yargılamasında sanığın en önemli hakkı, savunma hakkı olup, bu hak hiçbir şekilde kısıtlanamaz. En son söz sanığa verilerek, kendisinden önce yapılan işlemlere karşı diyebilecekleri ve müdafinin savunmasına ekleyecek bir hususu olup olmadığı saptanmalıdır. Savunma hakkı ile doğrudan ilgili bulunan bu usul kuralı buyurucu nitelikte olup, uyulmaması CYUY'un 308. maddesinin 8. bendi gereğince yasaya mutlak aykırılık oluşturmaktadır."¹³⁰

¹²⁹ CGK. 3.7.1995, E. 1995/4-211, K. 1995/239.

¹³⁰ CGK. 5.3.1996., E. 996/7-22, K. 1996/31.

**CEZA MUHALEMESİNDE SANIK VEYA MAĞDURUN
YAŞININ NE OLDUĞU AÇISINDAN SORUN ÇIKARSA
İLGİLİ MAKAM NE YAPMALIDIR?
SORUŞTURMA EVRESİ AÇISINDAN
BİR ÖZELLİK VAR MIDIR?
ORTAYA ÇIKAN İKİNCİL SORUNUN
YAŞ TESPİTİ DİŐİNDAKİ BİR KONUYA
İLİŞKİN OLMASI CEVABI DEĞİŞTİRİR Mİ?**

Kovuşturma evresinde mağdur veya sanığın ortaya çıkan yaşın tespiti hususu açısından CMK, özel bir düzenleme getirmiştir. Kanun koyucu burada açıkça bir ek muhakeme yapma zorunluluğu (=mecburiyeti, yükümlülüğü) düzenlemiştir: “Kovuşturma evresinde mağdur veya sanığın yaşının ceza hükümleri bakımından tespitiyle ilgili bir sorunla karşılaşılması halinde,..... bu sorunu (bizzat) çözerek hükmünü verir” (CMK m. 218/2). Önemle belirtmek gerekir ki, mahkeme, ortaya çıkan bu sorunu mülga CMUK M. 255/1’de düzenlendiği gibi ceza muhakemesi delil, yöntem ve ispat kurallarına göre değil, ilgili Kanunda (Nüfus Kanunu’nda) belirlenen usule göre çözümleyecek ve karar bağlayacaktır.

Buna karşılık, CMK soruşturma evresi açısından bir düzenleme getirilmemiştir. CMK m. 218 yaş tespiti konusunda sadece kovuşturma evresinde ve sadece sanık ve mağdurun yaşının tespiti açısından düzenleme getirmiş olup, şüpheli açısından bir düzenlemeye yer vermemiştir. Burada, dava açılmış olmadığı ve yaş tashihi davasının ceza mahkemesi önünde nisbi muhakeme biçiminde yapılması halinde, yapılan yaş düzeltilmesi o somut davaya ilişkin hukuksal sonuçlar doğurdu-

111

ğu için, Cumhuriyet Savcısı'nın ne kendisinin bir düzeltmeye gitmesi veya denetime tabi bir karar vermesi mümkündür, ne de sulh ceza hâkiminden bir karar alması mümkündür. Bu konuda bir kararı ancak bir mahkeme verebilir. Cumhuriyet Savcısı ya bu hususta bir karar alınması için özel hukuk mahkemesine başvurarak oradan alınacak kararın gelmesine kadar soruşturmayı durdurur veya özel hukuk mahkemesinden karar gelinceye kadar soruşturma evresindeki diğer işlemleri yapmaya devam eder ve özel hukuk mahkemesinden gelecek karara göre bir ceza davası açar veya kovuşturmak mümkün değilse ÇKK'nın güvenlik önlemleri ile ilgili hükümlerinin işletilmesini sağlayabilir veya ceza davasını açarak bu hususta yetkili ceza mahkemesinin CMK m. 218/2 uyarınca bir yaş tespiti muhakemesi yapmasına olanak sağlar.

Ceza davasının konusu eylem yargılanırken, ceza mahkemesi yaş tespiti dışında bir hususun ispatına ihtiyaç duyarsa, başka bir ifadeyle dava konusu asıl ihtilafın ispatı ceza mahkemelerinden başka bir mahkemenin görev alanına giren başka bir sorunun çözümüne bağlı ise, iki olasılık vardır: Ya ceza mahkemesi bu sorunla ilgili olarak ek muhakeme yaparak o tali sorunu kendi önündeki dava açısından çözerek karara bağlar ve bunu yaparken de ilgili ikinci (=tali) sorunun ilişkin olduğu kanunun pozitif hükümleri, delil ve ispat kuralları çerçevesinde hükümlerine göre karar verir. Veya bu sorunla ilgili olarak ilişkin olduğu kanun ve hukuk ilkeleri çerçevesinde mahkemede bir dava açılması veya açılmış davanın sonuçlanmasının beklenmesine karar verebilir, yani bu sorunu bir bekletici sorun sayabilir. Çünkü, yaş tespiti dışındaki tali problemlerin çözümü açısından CMK bir ek muhakeme yapma mecburiyeti kabul etmemiş, yetkili mahkemeye iki seçenek sunarak nisbi muhakeme yapması veya bekletici sorun sayması olanaklarından birisini kullanma yetkisi vermiştir (CMK m. 218/1).

CMK m. 218, gerek mağdur veya sanığın yaşının tespiti gerek diğer bir tali sorunun çözümü açısından asli ceza davasını yürüten mahkemenin ek yargılama yapması durumunda, ceza muhakemesi kurallarının işletilmesini değil, ilgili (ikincil sorunun ilişkin olduğu) kanun hükümlerine göre bir ek yargılama yapılması ve karar verilmesi gerekliliğini kabul etmiştir. Bu noktada CMK'nın mülga CMUK m. 255/1'deki düzenlemeden radikal bir biçimde ayrıldığını ve gerçekte alışılmış klasik anlamdaki nisbi muhakeme kurallarından farklı bir düzenleme getirildiği görülmektedir. Çünkü, nisbi muhakeme açısından en önemli özellik, tali sorunun ceza mahkemesince nisbi olarak, sadece o ilgili davayı etkileyecek ve hukuksal sonuçlar doğuracak nitelikte bir hukuksal sonuç doğurmasıdır; çünkü burada ceza mahkemesi kendi yargı yetkisi dışında ve başka bir mahkemenin ve hukuk dalının alanına giren konuda tüm hukuk disiplinlerini ilgilendiren bir karar vermek, diğer hukuk branşlarında da etki doğuran bir sonuca ulaşmak durumundadır ve ilgili hukuk dalının kuralları yerine ceza muhakemesinin delil ve ispat kurallarını uygular. Nitekim aynı yönde düzenleme yapan mülga CMUK'da, yalnızca yaş konusunda bu kurala istisna getirilerek, tıpkı CMK m. 218/2 gibi ilgili özel hukuk mevzuatına atıf yapılmış ve o mevzuat çerçevesinde bir yargılama yapılması kabul edilmişti.

Bu nedenle, bugün artık, mülga CMUK m. 255'deki anlamda bir nisbi muhakemeden söz edilemez. Bir anlamda, bu konularda nisbi muhakeme usulünün CMK'da terk edildiğini düşünmekteyiz. Burada ceza mahkemelerine, nisbi muhakeme yapmak yetkisi değil, asıl dava konusu olayın aydınlatılması için gerekli ikincil bir (veya birkaç) sorunun çözümü hususunda ek bir yargı yetkisi tanınmıştır. Doğal olarak, burada nisbi değil, ek ve fakat ilgili kanun hükümlerine göre yapılan bir muhakeme sonucunda bir karar verildiği için de, sonuçta

111 verilen kararın nisbi olduğu ve sadece o ceza mahkemesini ve o dava açısından bağladığı, ilişkin olduğu hukuk dalı, başka hukuk disiplinleri ve diğer özel hukuk veya ceza davaları açısından sonuç doğurmayacağı söylenemez. Tek farklılık, burada ilgili hukuk dalının gerektirdiği mahkeme değil, bir ceza mahkemesi bu (ve aynı) normları uygulamaktadır.

Fonksiyonu, içeriği, kimin düzenleyip imzalayacağı vs. CMK m. 219-221’de düzenlenen duruşma tutanağı, önemli bir resmi belge olup, kanun yollarında hukuksal denetim için ciddi dayanak noktasını oluşturmaktadır. Duruşma tutanağında yapılacak sahtecilik, sahteciliğin biçim ve türüne göre resmi evrakta sahtecilik suçlarından birisine vücut verecektir. Özel hukukta, delil olarak resmi belgenin ispat nitelik ve gücüne sahip olan duruşma tutanağı, ceza hukuku açısından aşağıda belirtilen biçimde, diğer delillerden biraz farklı bir konumla düzenlenmiştir.

Öncelikle belirtelim ki, ceza muhakemesinde delil ve ispat sistemi açısından, vicdani delil, başka bir ifadeyle delillerin serbestçe elde edilmesi ve serbestçe değerlendirilmesi (=her şeyin delil olması) ilkesi geçerli olmasına karşılık, ispat konusunda da değindiğimiz üzere, bu sisteme bazı istisna ve kısıtlamalar getirilmiştir. Bu istisnalardan birisi de duruşma tutanağıdır.

Kanun koyucu, pragmatik gerekçelerle, duruşmanın nasıl cereyan ettiği, duruşma yapılırken kanuni usul ve ilkelere uyulup uyulmadığı hususunda kanuni bir ‘karine’ yaratmıştır.

112

Bu postulat olarak kabul edilip aksi ispatlanamaz bir faraziye olmayıp, aksi ispatlanabilir bir karinedir. Bu karineye göre, *“duruşmanın nasıl yapıldığı, kanunda belirtilen usul ve esaslara uygun olarak yapılıp yapılmadığı, ancak tutanakla ispat olunabilir”* (CMK m. 222). Ancak bu karinenin aksi ispat edilebilir. Kanun koyucu bu nedenle, aynı maddenin ikinci cümlesinde, *“tutanağa karşı yalnız sahtecilik iddiası yöneltilebilir”* diyerek, duruşma tutanağının sahte olduğu iddiasıyla dava açılabileceğini ve bu dava sonunda (eğer ispatlanırsa) duruşma tutanağının sahteliğinin hüküm altına alınarak iptal ettirebileceğini düzenlemiştir. Eğer bu şekilde duruşma tutanağı iptal ettirilirse, artık ondan sonra ilgili duruşma tutanağının (=daha doğru bir ifadeyle oturum veya celseye ilişkin tutanağın) ilişkin olduğu oturumun (=celsenin) duruşmanın nasıl yapıldığı, kanunda belirtilen usul ve esaslara uygun olarak yapılıp yapılmadığı hukuka uygun her türlü delille ve vicdani ispat sistemi esasları çerçevesinde ispatlanabilecektir.

**AYNI SANIK HAKKINDA AYNI EYLEM DOLAYISIYLA
ÖNCEDEN AÇILMIŞ BİR DAVA VEYA
VERİLMİŞ BİR HÜKÜM VARSA,
MAHKEME NE KARARI VERMELİDİR?
ÖNÖDEME VE UZLAŞMA KURUMUNUN
BENZER ETKİSİ VAR MIDIR?**

Konu AİHS 7 numaralı Ek Protokol m. 4 ve CMK m. 223/7'de düzenlenmiştir.¹³¹ AİHS 7 numaralı Ek Protokol m. 4/1'e göre, "işlediği suç yüzünden bir devletin ceza ve ceza yargılaması usulü kanununa uygun olarak yargılanıp kesin hükümle beraat eden yahut mahkûm olan kişi, aynı suç sebebiyle aynı devlet mahkemeleri tarafından tekrar kovuşturulamaz yahut cezalandırılmaz." CMK m. 223/7'e göre de, "aynı fiil nedeniyle, aynı sanık için önceden verilmiş bir hüküm veya açılmış bir dava varsa davanın reddine karar verilir."

Bu hükümler gereğince, eğer aynı sanık hakkında ve fakat aynı eylem dolayısıyla (kesinleşmiş yargı kararı yanında, kişinin ve eylemin aynılığı koşulları) önceden açılmış bir dava veya o kimse hakkında verilmiş bir hüküm var ise, bu takdirde ilgili mahkeme davanın reddine karar vermek zorundadır. Mahke-

¹³¹ Ne (non) bis in idem ilkesinin Avrupa ceza hukukundaki anlam ve uygulanış şekli ile getirdiği güvence açısından ayrıntılı bilgi için Bkz., Dannecker, Gerhard, *Avrupa'da 'Aynı Fiilden Dolayı Ancak Bir Defa Ceza Verileceği' İlkesinin Getirdiği Garanti.*, (Çev.: Veli Özer Özbek), *Karşılaştırmalı Güncel Ceza Hukuku Serisi*, cilt: 5, Ankara 2006, s. 97-116.

113

menin bu uygulamayı yapmak için yerine getirmesi gereken husus, madde metninde belirtilen anlamda derdest bir dava veya verilmiş bir hükmün bulunup bulunmadığını araştırmak veya bu yöndeki iddia veya savunmaları araştırmak yanında, davanın ve yargılamanın konusunu dikkate alarak, “*kişinin aynılığı*” ve “*eylemin aynılığı*” koşullarının var olup olmadığını incelemektir. Bu koşullardan birisinin bulunmaması, başka bir hususa gerek olmaksızın, ne bis in idem ilkesinin bu etkisini göstermesini engelleyecek ve dava hakkında ret kararı verilemeyecektir.

Nitekim CMK'nın 225. maddesi, aynı hususu, ilk derece mahkemesinin vereceği hükmün içeriğini ve konusunu düzenlerken dolaylı olarak ifade etmektedir. Buna göre, hüküm ancak iddianamede unsurları gösterilen suçla ilişkin fiil ve faili hakkında olacak, mahkeme ise bu fiilin nitelendirilmesinde iddia ve savunmalarla bağlı olmayacaktır. İddianamede belirtilen kişi ve fiil, hükmün içeriğini ve konusunu da oluşturacağı gibi, kesin hükmün önleme etkisi de bu iki koşul kapsamında hukuksal sonucunu doğuracaktır.

Belirtelim ki, davanın reddine karar vermek için önceden verilmiş bir hükmün bulunması gibi, halen derdest (açılmış) bir davanın bulunması da yeni açılan davanın reddine karar verilmesini gerektirdiğinden, önceden verilmiş hükmün halen kesinleşmemiş olmasının bir önemi olmaksızın, derdest dava veya verilmiş mahkeme hükmü yeni davanın reddini gerektirecektir.

Bu ilkenin, CMK'da ayrıca ve açıkça vurgulanmış olmasa dahi, öncelikle CMK m. 174 kapsamında uygulanarak, ceza davasının açılması için düzenlenen iddianamenin reddi için de uygulanabileceği aşıkardır.

Yargılama koşullarının gerçekleşmemesi veya gerçekleşen bir koşulun sonradan geçersiz kılınması (örneğin şikâyetin geri alınması) veyahut bu kurumlar hakkında eski hale iade kurumunun işletilmesi gibi kanuni hükümler, benzer etkileri gösterebilir bile, işbu sorunun cevabına ilişkin değildir, koşul, nitelik ve hukuksal etkileri farklıdır.

AİHS 7 numaralı Ek Protokol m. 4 kesinleşmiş yargı kararının etkisini ulusal nitelikte kabul etmekte ve “*ne (non) bis in idem*” kesin yargının yeni bir davanın açılmasını önleme etkisini “*aynı devlet mahkemeleri*” ile sınırlandırmaktadır. Belirtmek gerekir ki, günümüz çağdaş ülkeleri mevzuat ve uygulaması bu ilkeyi artık uluslararası etki doğurucu olarak kabul edip uygulamaktadırlar; yalnızca sınırlı sayıdaki suç açısından (kanunda ceza miktarı veya kanun veyahut madde zikrederek) yabancı ülke mahkemelerinden verilen hükümler açısından istisnalar getirmektedirler.

Benzer istisnaları TCK.m. 10-19’da görmekteyiz. Hatta, TCK m. 9, kanımızca oldukça hatalı ve çağdaş uluslararası ceza hukukundaki gelişime ters biçimde, “*Türkiye’de işlenen suçlar*” açısından AİHS 7 numaralı Ek Protokol m. 4 ve CMK m. 223/7’ün tam aksini düzenlemiş, yani kural olarak suçun Türkiye’de işlenmiş olması halinde, yabancı ülkede verilmiş hükme ne bis in idem etkisi tanımayarak, o kimsenin (koşulları varsa) mutlaka Türkiye’de yeniden yargılanacağını düzenlemiştir. TCK m. 9’a göre: “*Türkiye’de işlediği suçtan dolayı yabancı ülkede hüküm verilmiş olan kimse, Türkiye’de yeniden yargılanır.*”

Buna karşılık, madde metni, belirttiğimiz ilkeye temelde aykırı düzenlenmesi yanında, kendi içinde çelişkili ve eksiktir. Örneğin suçun Türkiye’de işlenmiş olup olmaması ayırımı yapılmıştır. Oysa, bu ilke açısından önemli olan suçun nerede

işlendiği olmayıp, kesinleşmiş bir yargı kararına konu olup olmadığıdır. Kaldı ki, bu ilkeye AİHS 7 numaralı Ek Protokol m. 4 gibi bir anlam yüklenmek ve ne bis in idem ilkesini (kanımızca doğru olmasa bile) sadece ulusal etki doğuran, yani milli mahkeme kararları açısından yeni davanın açılmasını önleme etkisi tanınmak istenmiş ise, bu takdirde de madde metni hatalı düzenlenmiştir. Çünkü, yurt dışında işlenen bir suç Türkiye’de yargılanabileceği gibi, Türkiye’de işlenen bir suç yabancı ülkede yargılanmış, ilgili kimse soruşturma veya kovuşturma sırasında iade edilmiş veya kovuşturma nakledilmiş veyahut hükümlülerin nakli gerçekleştirilmiş vs. de söz konusu olabilir. Yabancı ülke yargı kararı yerine, suçun nerede işlendiğinden hareket edilmiştir.

Keza, madde metninde yabancı ülkede ilgili kimse hakkında hüküm verilmiş olması düzenlenmekle birlikte, bu hükmün kesinleşmiş olup olmaması ve hatta infaz edilmiş olup olmaması arasında bir ayırım yapılmaması da hatalı olmuştur. Ne bis in idem ilkesinin diğer birçok tali amaç ve yararı bulunmakla birlikte, asil işlevi aynı eylemden dolayı bir kimsenin ikinci kez sanık olmaması ve cezalandırılmamasıdır. İlkenin koşullarının araştırılması için bir gözden geçirme soruşturmasına müsaade edilebilir; ancak, sadece sanıklıkla ilişkili olarak ele alınırsa da bu ilke suiistimal edilebilir. Özellikle yabancı ülkede verilen hükmün kesinleşmemiş veya kesinleşmiş olmakla birlikte tamamen veya kısmen infaz edilmemiş olması olasılığı vardır. Kural, ikinci kez yargılamayı, tıpkı TCK’daki gibi zorunlu olarak, kabul etmek değil, bu ilkenin davayı ve yargılamayı ve cezalandırmayı engellemesi ve sadece sınır aşan veya uluslar arası nitelikteki suçluluk açısından belirli bir ölçüde dayalı istisnalar getirmektir. O nedenle, TCK hükmünün doğru biçimde revize edilmesi ve açıkladığımız anlamda uygulanacak bu ilke uygulanırken, ülke içi ve dışı hükümler açısından TCK m. 16

ve 63'ün ve yabancı ülkede işlenen (yurt dışında yargılama yapılsın veya yapılmassın) TCK m. 19'un dikkate alınması ve bu surette bir uygulama yapılması gerekmektedir.

Burada dikkat edilmesi gereken önemli bir husus, suç nedeniyle özgürlüğün kısıtlanmasına neden olan hükmün yabancı mahkeme tarafından verilmiş olmasının önemsiz olup, suçun yurt dışında işlenmiş olmasının belirleyici olduğudur. Bu tür bir uygulama halinde ise, CMK m. 223/7'e bir istisna getirildiği kabul edilerek uygulama yapılmalı; ancak, suçun işlendiği ülke kanununun daha lehe olup olmadığı değerlendirilmesi ve koşulları varsa buna ilişkin TCK m. 19'un ve yine bu uygulamada mahsup kuralını düzenleyen TCK m. 16 ve 63'ün göz önünde tutulması gerekmektedir.

Dikkat edilmesi gereken diğer bir husus ise, AİHS 7 numaralı Ek Protokol m. 4/2'de düzenlenen ve gerek doktrin ve uygulamamız gerek CMK m. 311-323'de düzenlenen 'yargılamanın yenilenmesi' kurumunun uygulanmasına ilişkin hükümlerine tekabül eden önemli bir istisnanın var olduğudur. Protokol hükmüne göre: ne bis in idem ilkesini düzenleyen Protokol hükmü, *"yeni veya sonradan ortaya çıkan delillerin yahut önceki işlemlerde vaki esaslı bir usul hatasının verilen hükmü etkiler nitelikte olması halinde, davanın yeniden açılmasını engellemez."* Başka bir ifadeyle, hükümlünün lehine veya aleyhine olarak yargılamanın yenilenmesi kurumunun işletilmesine ilişkin kanuni nedenlerin varlığı halinde, önceden kesinleşmiş bir yargı kararı ne bis in idem etkisini göstermeyecektir.

Hatta, AİHS 7 numaralı Ek Protokol m. 4/3, ne bis in idem ilkesine verdiği önemi açıkça vurgulamış ve AİHS'nin olağanüstü hallere ilişkin 15. maddesine dayanılarak 7 numaralı Ek Protokol'ün açıklanan 4. maddesine aykırı hiçbir tedbirin alınamayacağını düzenlemiştir.

Olması gereken hukuk açısından, CMK m. 223/7'in ifade biçiminin eksik olduğunu düşünüyoruz. Madde metninde, sadece "sanık"tan ve "davanın reddi"nden söz edilmiştir. Oysa, aynı hüküm, yabancı ülke mahkeme kararlarına ilişkin kanuni istisnalar hariç, soruşturma sırasında "şüpheli"ler hakkında da etki göstermeli ve iddianamenin düzenlenmeyişi neden ve gerekçelerinden birisini oluşturmalıdır; başka bir ifadeyle, soruşturmanın yürütülmesini ve iddianame düzenlenerek mahkemeye verilmesini de engellemelidir. Maddenin mevcut haliyle, ne bis in idem ilkesi (şahsi dava CMK'da kaldırıldığı için) iddianameyi inceleyerek kabul veya reddine karar verecek mahkemeye hitap etmektedir.

Belirtelim ki, CMK m. 223/7 uyarınca yeni açılmak istenen davanın reddi, sadece önceden verilip kesinleşmiş bir yargı kararının varlığı halinde değil, bunun yanında halen derdest bir davanın bulunması halinde de söz konusu olacaktır.

Burada birkaç önemli tali hususa dikkat edilmelidir:

Öncelikle bu kural ceza hukuku alanı açısından etki göstermekte olup, aynı eylemden dolayı disiplin, idari veya özel hukuk davası açılmasını engellemez.

Diğer yandan, bu ilkenin engelleme etkisi asıl ceza davası açısından değildir. Eğer istisnai bir kanuni kural gereği bu ilke aşılırsa ceza davası açılmış ise, daha önceki tali yargılama süjelliklerinin yeni bir süjeliğin kazanılmasına engel olmayacağı açıktır: Örneğin ilkeye rağmen istisnai kanuni hüküm dolaısıyla ceza davası açılırsa, bu davaya katılmak da (koşulları varsa) mümkün olacaktır.

Nihayet, her ne kadar ne bis in idem etkisi CMK m. 223/7'de yalnızca "davanın reddine karar verilmesi" olarak açıklanmış

ise de, bu etki aynı zamanda olumsuz bir ceza muhakemesi koşulu olduğu için, bilerek veya bilmeyerek açılan bir davanın bulunması halinde, verilmesi zorunlu “*düşme kararı*”nın ve kanun yollarında da hükmün bozulmasının da dayanağını ve nedenini de oluşturacaktır. Dava açıldıktan sonra bu ilkenin ihlali suretiyle davanın açıldığını gören yerel mahkeme davayı düşürmek ve eğer yerel mahkeme bu hususu atlayarak hüküm kurmuş ve buna karşı kanun yoluna başvurulmuş ise bunu gören kanun yolu mahkemesi ise, bu nedenle yerel mahkemenin gereğini yapması için hükmü bozmak zorundadır.

Önödeme ve uzlaşma kurumları soruşturma evresinde başarıyla uygulandıklarında kovuşturamama ve kovuşturma evresinde uygulandıklarında ise davanın düşmesi kararı verilmesine neden olurlar. Bunlar, her ne kadar, ne bis in idem ilkesinin aradığı anlamda, işin esasını çözen kararlar olmasalar ve hatta CMK’da bu hususta açık bir hüküm konulması hatalı olarak unutulmuş olsa dahi, önödemeye veya uzlaşmaya dayalı olarak verilen bu kararlar da işbu kurumların niteliği gereğince ne bis in idem etkisi gösterirler. Bu nedenle, yeni mevzuatımız bu hususu düzenlemeyerek tereddüde neden olmakla birlikte, gerek bu kurumlara ilişkin diğer etki, sonuç ve tartışmaları bertaraf edici uygulama için, gerekse ne bis in idem etkisinin gerçek anlamda uygulanması ve bireyler açısından getirdiği güvencenin hayata geçmesi için, bu kurumlara dayalı verilen kararların kaydedileceği ayrı bir sicilin kurulmasını ve bir süre sonra dava tehdidi ile karşılaşan bireyden bu kurumlara dayalı olarak önceden verilmiş kararlar bulunduğunu ispat etmesini beklememek gerektiği düşüncesindeyiz.

CMK’da yapılacak kanun değişikliği ile, uzlaşma ve önödeme kurumlarının başarıyla uygulanmaları sonunda verilen kovuşturamama ve düşme kararlarının da ne bis in idem

etkisinin olduğu kanunda açıkça düzenlenmelidir. Halen bu etkinin doğması için “mahkeme kararı” arandığı için, kurumların hukuksal sonuçları kendi içinde çelişkilidir. Diğer yandan, yapılacak CMK değişikliğinde, yabancı ülke mercilerinin önödeme ve uzlaşma kurumlarına da aynı etki tanınmalı ve fakat bu kurumlara benzer diğer kurumlar açısından mahkemeye “bu kurumların kesinleşmiş yargı kararı veya uzlaşma veyahut önödeme niteliğinde olup olmadığını değerlendirmek ve tespit kararı vermek” açısından yetki tanınarak, bu değerlendirme sonucunda verilecek kararın sonucuna göre, aynı etkiyi tanımak veya tanımamak gereklidir.

Uygulamada meslektaşlarımıza yararlı olacağı ve kullanabilecekleri düşüncesiyle bu kuruma ilişkin bazı Yargıtay kararlarını nakletmeyi yararlı görmekteyiz:

1. “... Sanık hakkında aynı belge nedeniyle ve aynı suçtan açılan kamu davasının yapılan yargılanması sonucunda Ankara 19. Asliye Ceza Mahkemesi'nin 12.12.1994 gün ve 1457/1413 sayılı kesinleşmiş ilamı ile beraat ettiği gözetilerek, CMUK'un 253/3. maddesi gereğince kamu davasının reddine karar verilmesi gerekirken, yazılı şekilde karar verilmesi yasaya aykırı...”¹³².

2.” ‘No bis in idem’ kuralı failin bir fülden dolayı yargılanıp hakkında hüküm kurulduktan ve bu hüküm kesinleştikten sonra, aynı fail hakkında aynı fülden dolayı aynı türden bir dava açılmamasıdır. İkinci kez açılan davanın reddi gerekir. Bu kural CMY.nun 253/3 ile uluslararası sözleşmelerde yer almıştır.”¹³³

¹³² 6. CD, 13.6.1996, 6118/6445 (İsmail Malkoç, Açıklamalı Türk Ceza Kanunu -Son Değişiklikler ve İçtihatlarla-, Ankara 2002, s. 2673).

¹³³ CGK, 25. 05.1999, E. 1999/1-62, K. 1999/130.

3. "...Kanun yolu sonucu verilen yada belli sürelerin geçmesi ile nihai olarak çözümlenen uyumsuzluk kesinlik kazanır. Bu aşamada karışımıza kesin hüküm çıkar. Kesin hükmün biri olumlu diğeri olumsuz iki etkisi vardır. Kesin hükmün olumlu etkisi bağlayıcılık, olumsuz etkisi ise hükmün konusunu oluşturan eylemden dolayı aynı kişinin ikinci kez kovuşturulamamasıdır. Bu kural öğretide 'ne bis in idem' olarak ifade olunmakta ve aynı fiilden dolayı aynı kişi bir defa suçlanabilmektedir. Durum böyle olunca kesin hüküm etkisinden söz edilebilmesi için iki unsurun bulunması zorunludur. Bunlar : Kişinin aynılığı ve fiilin aynılığıdır."¹³⁴

4. "Dosyadaki bilgi ve belgelerden anlaşılmuş ve olay mahkemelerce de bu şekilde kabul edilmiş olmasına göre, yabancı ülkede TC Yasası'nın 4. maddesinde yazılı suçlar dışında bir suç işlemiş ve hakkında o ülkede hüküm verilmiş kişinin Türkiye'de yeniden yargılanacağı hususunda anılan Yasanın 5. maddesinde açıkça bir hüküm bulunmadığı cihetle; 'Non bis in idem' kuralı uyarınca sanığın Türkiye'de yeniden yargılanması mümkün değildir."¹³⁵

5) "'Non bis in idem' kuralı gereğince ancak yabancı ülkede verilen kesinleşmiş mahkeme kararlarının Türk Yargısını bağlayacağı, savcılık kararlarının bağlayıcı olamayacağı da dikkate alınarak..."¹³⁶

6. "... Sanık hakkında ikinci kez açılmış davanın CMUK'un 253/son maddesi gereğince reddine karar verilmesi..."¹³⁷

¹³⁴ CGK, 02.06.1986, E. 1986/78, K. 1986/324.

¹³⁵ 10. CD, 22.12.1992, E. 1992/14669, K. 1992/13273.

¹³⁶ 1. CD, 12.10.1992, E. 1992/1605, K. 1992/2165.

¹³⁷ 6. CD, 23.6.1999, E. 1999/3019, K. 1999/4175.

**SANIĞIN SUÇLU OLDUĞUNU GÖSTERİR
ÇELİŞKİSİZ VE YETERLİ DELİLİN BULUNMAMASI
VEYA DELİLLERİN TÜMÜNÜN SANIĞIN LEHİNE
OLMASINA KARŞIN, ŞİKAYET GERİ ALINIR VEYA
GERÇEKLEŞMESİ GEREKEN BAŞKA BİR
KOVUŞTURMA KOŞULU GERÇEKLEŞMEZ İSE
MAHKEME DAVA HAKKINDA DURMA KARARI MI
DÜŞME KARARI MI YOKSA BAŞKA BİR
KARAR MI VERMELİDİR?**

Normal koşullarda bir düşme nedeni gerçekleştiğinde mahkeme düşme kararı ve eğer bir kovuşturma koşulunun gerçekleşmediğinin duruşma aşamasında öğrenilmesi anında ise o koşulun gerçekleşmesi olanağı var ise gerçekleşmesini beklemek üzere durma kararı ve eğer gerçekleşmesi olanağı yoksa bu kez ise yine düşme kararı vermek zorundadır. Bu kararlara itiraz mümkündür (Bkz., CMK m. 223/8).

Ancak, eğer somut dava açısından sanığın suçlu olduğunu gösterir çelişkisiz ve yeterli delilin bulunmaması veya delillerin tümünün sanığın lehine olmasına karşın, şikâyet geri alınır veya gerçekleşmesi gereken başka bir kovuşturma koşulu gerçekleşmez ise, mahkeme dava hakkında durma veya düşme kararı veremez: Mahkemenin burada beraat kararı vermesi zorunludur. Kanun koyucu bu gibi olasılığın varlığı halinde işin esasını çözmeden ihtilaftan mahkemenin el çekmesini sonuçlayan ve fakat sanık hakkında suç isnadıyla doğrulan kuşkunun giderilmemesini dikkate alarak, sanığın yargı kararıyla aklanması hakkını dikkate almış ve buna diğer neden ve sonuçlara nazaran üstünlük tanımıştır. Kanun bunu *“derhal beraat kararı verilebilecek hallerde durma, düşme veya ceza*

verilmesine yer olmadığı kararı verilemez" (CMK m. 223/9) diyerek ifade etmiştir.

Her ne kadar belirtilen fıkranın devamında bu gibi durumlarda "*beraat*" kararı verileceği yazılmamış ise de, gerek beraat kararı verilebilecek halin bulunması ve işin niteliğinden, gerek CMK m. 223/1'de "*beraat*" kararının mahkemelerin verecekleri 'hüküm'lerden birisi olarak gösterilmesi ve durma, düşme ve ceza verilmesine yer olmadığı kararı karşısında duruşmada fiilen "*beraat kararı vermek*" dışında yapılabilecek bir işlem bulunmaması nedeniyle, kanun metninde ayrıca yazılı olmasa dahi, burada mahkemenin "*beraat*" kararı vererek kişiyi aklamayı gereklidir. Şüphesiz bu karar verildiği anda kesinleşen bir karar olmayıp, bu karara karşı, kanun yoluna başvurmaya hakkı olanların bu hakkını kullanmaları mümkündür.

**EYLEMİN SUÇ TEŞKİL EDEN VE
FAKAT BAĞLAYICI EMRİN İCRASI VEYA
ZORUNLULUK HALİ VEYAHUT CEBİR VEYA
TEHDİT ETKİSİYLE İŞLENDİĞİNİN SAPTANMASI
DURUMUNDA MAHKEME NE KARARI VERMELİDİR?**

Yüklenen suçun sanık tarafından işlenmesine rağmen, olayda bir hukuka uygunluk nedeninin bulunması, halinde beraat kararı verilecektir (CMK m. 223/1-2)

Yüklenen suçun zorunluluk hali ya da cebir veya tehdit etkisiyle işlenmesi, halinde, kusurunun bulunmaması dolayısıyla ceza verilmesine yer olmadığı kararı verilir (CMK m. 223/3).

**KARAR VE HÜKMÜN VERİLDİĞİ
ODA VEYA DURUŞMA SALONUNDA
KİMLER HAZIR BULUNABİLİRLER?
KARAR VEYA HÜKMÜN VERİLİŞİ
NASIL OYLANIR?**

116

Kovuşurma evresinin son safhası karar (=hüküm =müzakere) safhasıdır. Bu safhada kural olarak iki faaliyet icra edilir. Bunlardan ilki maddi vakıaların ispatı ve ikincisi ise ispat edilen olgularla ilgili hukuksal niteleme yapmak ve hukuksal sonuçları pozitif hukuk metinleriyle oluşturarak karar vermektir. Daha sonra verilen bu karar tefhim ve tebliğ edilecektir. Buna karşılık, yurtdışında işlenen bir suçun Türkiye’de yargılanması söz konusu olduğunda bu iki faaliyete üçüncü bir faaliyet eklenir: TCK m. 19 uyarınca suçun işlendiği yabancı ülke mevzuatının Türk mevzuatına nazaran lehe olup olmadığı ve verilecek hükümde hangi mevzuatın dikkate alınacağı ve hangi cezanın ne miktarda verileceği belirlenir. Her iki hukuksal nitelemede var ise, suçla ilgili yurt içi veya yurt dışındaki özgürlüğün kısıtlılığı halleri mevzuat elverdiğince ve elverdiği biçimde mahsubu da (TCK m. 16 veya m. 63) yapılır.

Burada yapılan faaliyet tümüyle ve salt yargı organının yapacağı faaliyet olup, gerek maddi olayların sübutu gerek hukuksal nitelemeler ve hükmü oluşturma faaliyeti yargı organı mensubu olmayan kimselere kapalıdır. Sadece yargıçların bir arada kalarak tartışıp belirtilen hususlarda bir karar

vermeleri gerekmektedir. Burada ceza muhakemesinin diğer süjeleri, başta Cumhuriyet Savcısı/savcıları, sanık ve müdafii, katılan ve vekili, tanık ve bilirkişi v.s. olmak üzere herkes dışarı çıkarılır veya hâkimler birlikte ayrı bir odaya çekilerek karar verirler.

Uygulamada zaman zaman hüküm safhasındaki faaliyetler yapılırken hâkimlerin yanında Cumhuriyet Savcısı'nın da aynı odada bulunduğu belirtilerek, dolaylı bir etkilemenin yapıldığı Őikâyetleri ifade edilmektedir. Bu uygulama yerinde ve CMK ve hukuka uygun değildir. Müdafii veya katılan vekili gibi, Cumhuriyet Savcısı'nın da o ortamda bulunması yasaktır. CMK m. 227 gereğince, hüküm (=karar=mzakere) safhasına geçildiğinde, *"müzakerede ancak karara ve hükme katılacak hâkimler bulunur"*. Buna karşılık, *"mahkeme başkanı, mahkemesinde staj yapmakta olan hâkim ve avukat adaylarının müzakere sırasında hazır bulunmalarına izin verebilir"*.

Bu kararın verileceği *"müzakereyi mahkeme başkanı yönetir"* (CMK m. 228). Mahkeme başkanı müzakereyi başlattıktan sonra, önce kdemsiz üyeden başlayarak oyları ayrı ayrı toplar ve daha sonra ise kendi oyunu verir (CMK m. 229/1). Bunun nedeni, kdemsiz üyenin mahkeme başkanının veya kendisinden kıdemli ve tecrübeli hâkimin oyundan etkilenmemesini sağlamaktır. Hüküm için oybirliği ile karar vermek zorunlu olmayıp, oy çoğunluğu yeterlidir. Başkanın oyu da diğer üyelerin oyuna eşit olup, bir üstünlüğü bulunmamaktadır.

Gerek mahkeme başkanı gerek üyelerinden herhangi birisi herhangi bir konu veya sorun üzerinde azınlıkta kaldığını ileri sürerek oylamaya katılmaktan çekinemez; mutlaka bir oy kullanmak zorundadır (CMK m. 229/2). Burada olası ve özellikle oy çoğunluğu ile karar verilen hallerde sıkça rastlanılan bir durum, oyların dağılması, yani her üç hâkimin de birbirinden

tamamen farklı oy kullanmalarıdır. Örneğin her hâkim verilecek ceza miktarı açısından farklı bir miktar için oy kullanabilir. Bu durumda, sanığın en çok aleyhine olan oy, çoğunluk meydana gelinceye kadar kendisine daha yakın olan oya eklenir (CMK m. 229/3). Burada sanığın en lehine olan değil, en çok aleyhine olan oy esas alınarak o oya en yakın olan oyun tekabül ettiği oyun çoğunlukla verildiği kabul edilir. Örneğin sanık için verilecek ceza miktarı açısından, üyelerden birisi üç yıl diğeri altı yıl ve üçüncüsü ise dokuz yıl hapis cezası için oy kullanmış ise, sanığın en aleyhine olan dokuz yıla en yakın olan altı yıl hapis cezasını iki üyenin diğeri (üç yıl öneren) üyeye karşı oy çoğunluğu ile kararlaştırdıkları kabul edilir. Çünkü, en yüksek oy, kendisinin bir altındaki oyu da içerdiğinden, en fazla oyu veren üyenin en fazla oydan sonra gelen en aleyhe ceza miktarı açısından da zaten oy kullanmıştır.

**HÜKMÜ AÇIKLAYAN VEYA TEBLİĞ EDEN
ESAS MAHKEMESİNİN AYRICA YAPMASI GEREKEN
BİR HUSUS VAR MIDİR?
BUNLARA UYULMAMASININ
SONUÇLARI NELERDİR?**

Hüküm fıkrasını (=kısa kararı) açıklayan esas (olay) mahkemesinin iki hususu daha yerine getirmesi gerekmektedir. Bunlar hüküm açıklanırken hüküm fıkrasının okunması, hazır bulunan sanığa hükme karşı başvuracağı kanun yollarına ilişkin tür, merci ve süresi açısından açıklamada bulunmak, bilgilendirmeye/ öğretmeye ve keza beraat eden kimseye tazminat istemeye hakkı var ise bunun bildirimine ilişkin ödevler ile gerekçe yazmak ve bunu tebliğ etmektir (CMK m. 231):

Burada CMK m. 231'e göre, "*duruşma sonunda, 232. maddede belirtilen esaslara göre duruşma tutanağına geçirilen hüküm fıkrası okunarak gerekçesi ana çizgileriyle anlatılır. Hazır bulunan sanığa ayrıca başvurabileceği kanun yolları, mercii ve süresi bildirilir. Beraat eden sanığa, tazminat isteyebileceği bir hâl varsa bu da bildirilir*" (CMK m. 231/1-3). Belirtelim ki, hüküm fıkrası herkes tarafından ayakta dinlenir (CMK m. 231/4).

Diğer yandan CMK m. 230 ve 232'ye uygun bir gerekçenin yazılması zorunlu olup, uygulamamızda mutad olduğu üzere, kanuni bazı ifadelerin tekrarı, genel ve dayanaktan yoksun soyut ifadelerin kullanılması gerekçe anlamına gelmediği gibi, gerekçenin mantıklı, dava konusu olayla ilgili ve dava

dosyasında mevcut hukuka uygun, somut ve kolektif delillere dayalı olması gereklidir. AY m. 141/3, bütün mahkemelerin her türlü kararlarının gerekçeli olarak yazılacağı hükmünü getirmiş ve hem mahkemeler arasında bu kurala bir istisna tanımadığını hem de mahkemelerin kararları arasında da bir fark gözetmeyerek, her tür kararın gerekçeli olmasının zorunluluk olduğunun altını çizmiştir. Gerekçenin somut delile dayalı olması, hükmün hukuksal denetimine olanak vermesi, inandırıcı olması, hükmün dayandığı ve hükme esas alınmayan delillerin makul bir izahını içermesi gereklidir.

Esas mahkemesinin gerekçede yer vermesi gerekli hususlar, CMK m. 232'de ayrıntılı olarak düzenlenmiş olup, bunlardan birisinin eksikliği, hükmün kanunun aradığı anlamda bir gerekçesinin yokluğunu gösterir. CMK'nın 231. maddesi de tıpkı 230. maddesi gibi, mahkemeye kanun yoluna ilişkin zorunlu bir ödev yüklemekte ve hükmün verilmesi ve tefhim ve tebliği açısından esaslı kanuni bir zorunluluk olarak düzenlenmektedir.

Gerek gerekçenin yazılmaması veya kanuna uygun biçimde yazılmaması veyahut tefhim veya tebliğ edilmemesi, gerek hükmün verilmesi esnasında yapılması gerekli kanun yollarını öğretme/aydınlatma ödevinin yerine getirilmemesi, hükmün verilmesi ve hükmün (gerekçe gibi) bir mütemmim cüzü (=ayrılmaz eklentisi) olan bir husus eksikliği olup, hükmü ve/veya verilmesini, tefhim veya tebliğini v.s. hukuka aykırı hale getirir ve bu hal, ilgili kanun yoluna başvurulması için temel bir nedeni oluşturur. Örneğin CMK m. 289/1-g ve m. 288'de olduğu gibi mutlak ve nisbi temyiz nedeni veya diğer kanun yollarında hükmün bozulması için kanuna ve hukuka aykırılık nedeni oluşturacaktır. Çünkü, her iki yerine getirilmesi gerekli zorunluluk da, kanuni bir mecburiyet olup, hükmün verilmesi,

içeriği ve gerekçesi ile bunun tefhim ve tebliği için esaslı kanuni gerekliliklerdir.

Diğer yandan, özellikle kanun yollarında layiha vermeye ilişkin sürelerin işlemeye başlaması ve gerek kanun yolunu kullanan gerek buna karşı cevap dilekçesi sunan kimsenin bu yoldan yararlanabilmesi için, gerekçenin yazılması ve ilgililere tefhim veya tebliği gerekmektedir.

Aksi halde, hükmün (=kısa kararın, hüküm fıkrasının) açıklanması, sadece istinaf ve temyiz kanun yolunun kullanımı için uyulması gerekli sürenin başlamasına neden olacaktır. İlgili veya müdafii veyahut vekili, kanun yolu hakkında mahrum kalmamak için, bu süre içinde istinaf veya temyiz istemini içeren dilekçesini (=uygulamadaki mutat adıyla süre tutum dilekçesini) vermeli ve gerekçeli kararı beklemelidir. Bu gerekçeli karar beklenmeden, yani henüz layiha vermek için uyulması gerekli süre işlemeye başlamadan da layiha (kanun yoluna başvuru nedenlerini ve delillerini gösterip açıklayan dilekçe) hazırlanıp verilebilir.

Ancak kanun yolundan başarı elde etmek, hukuksal açıdan etkili ve iyi bir kanun yolu başvurusu için, hükmün hangi gerekçeye dayalı olarak verildiğini bilmek çok önemlidir. Unutulmamalıdır ki, kanun yolu davasının konusu, kanun yolunun niteliği gereği yapısından kaynaklanan özelliği nedeniyle istinaf kanun yolu hariç, ilke olarak verilen hüküm (=son karar) olup, bu hükmün hukuksal açıdan uygunluğu denetime açılmaktadır. O nedenle de, istinaf kanun yolu dahil, hükmün gerekçesini bekleyip daha sonra layiha vermek her zaman, olması gereken, daha makul ve sonuçta başarı elde etmeye daha elverişli bir davranış olacaktır.

Yargıtay birçok kararında, ispat edilen husus ile gerekçe arasında çelişki bulunamayacağına ve eğer bu tür bir çelişki

varsa bunun o karar açısından mutlak bozma nedeni teşkil ettiğine karar vermiştir.¹³⁸

Yine Yargıtay verdiği birçok kararda kanuna ve hukuka uygun bir gerekçenin bulunmayışını, hükmün hukuka aykırılık nedeni saymış ve hükmün bozulması gerektiğine karar vermiştir. Bu kararlardan iki tanesini örnek olarak zikredilebiliriz:

1. *"Anayasa'nın 141, CY'nin 32, 260 ve 308/7. maddeleri uyarınca mahkeme kararlarının sanukları, mağdurları, Cumhuriyet Savcısı'nı ve de herkesi inandıracak ve Yargıtay denetimine olanak verecek biçimde olması ve Yargıtay'ın gerekçelerle tutarlılık denetimini yapması ve bu açıdan gerekçelerde disiplin işlenimi yerine getirmesi için, kararın dayandığı tüm verilerin, bu veriler konusunda mahkemenin ulaştığı sonuçların, iddianın, savunma ve tanık anlatımlarına ilişkin değerlendirmelerin açık olarak gerekçeye yansıtılması gerektiği gözetilmeden ve bu ilkelere uyulmadan, gerekçeden yoksun hüküm kurulması" kanuna aykırıdır.*¹³⁹

2. *"... oluşun takdir ve kabulünün hâkime ait olduğu gözetilerek, mevcut deliller muvacesinde oluşun ne yolda kabul edildiğinin gerekçeleriyle belirtilmesi ... sanığın hukuki durumunun takdir ve tayini gerekirken noksan inceleme ile ve oluş mahkemece belirlenmeden,... yazılı şekilde hüküm kurulması... bozmayı gerektirmiş,..."*¹⁴⁰

¹³⁸ Bkz., CGK, 13.5.1991., E. 1991/1-133, K. 1991/161; 4. CD, 11.11.1992, E. 1992/6271, K. 1992/6982; 2. CD, 5.5.1999, E. 1999/1931, K. 1999/5828; 8. CD, 22.06.1998, E. 1998/7925, K. 1998/9544; 10. CD, 13.4.2000, E. 2000/1258, K. 2000/5042.

¹³⁹ 4. CD, 26.11.1997, E. 1997/9709, K. 1997/10402.

¹⁴⁰ 2. CD, 25.9.1997, E. 1994/11794, K. 1997/12180.

Bilindiği üzere, “mağdur, suçtan zarar gören gerçek ve tüzel kişiler ile malen sorunlu olanlar, ilk derece mahkemesindeki kovuşturma evresinin her aşamasında hüküm verilinceye kadar şikâyetçi olduklarını bildirerek kamu davasına katılabilirler”. Ancak CMK’ya göre, “kanun yolu muhakemesinde davaya katılma isteğinde bulunulamaz. Ancak, ilk derece mahkemesinde ileri sürülüp reddolunan veya karara bağlanmayan katılma istekleri, kanun yolu başvurusunda açıkça belirtilmişse incelenip karara bağlanır” (CMK m. 237).

Ancak belirtelim ki, Yargıtay, müstakar içtihatlarında, suçtan zarar görenin katılma talebinin kabulü için, o kimşenin soruşturma evresinde şikâyetçi olmasını aramaktadır. Şüphesiz Yargıtay’ın bu içtihadında sözü edilen şikâyet geniş anlamda kullanılmış olup, re’sen kovuşturulan suçlarda da ilgilinin şikâyet iradesini açıkça veya zimnen açıklaması anlamında kullanılmaktadır. Bu şikâyetçi olma koşulu, suçtan zarar görenin şikâyetçi olması veya ihbar etmesi, şikâyet olanağını bulduğunda veya kendisine sorulduğunda şüpheli/sanığın cezalandırılması iradesini açıklamasıdır. Hiç ihbar veya şikâyet olanağı bulunmuş bir kimse, dava açıldıktan sonra suçtan haberdar olmuş ve katılma isteminde bulunmuşsa, uygulamada bu takdirde de katılma istemi kabul edilir.

CMK şahsi davayla birlikte şahsi hak davasını hem şahsi dava açısından hem de müdahale yoluyla dava açısından mevzuatımızdan çıkarmıştır. Oldukça yararlı bulduğumuz bu kurumların kaldırılması yerinde olmamıştır. En azından şahsi hak davasına (=talebine) müdahiller açısından olanak tanınmalıydı. Mülga CMUK'taki nisbi muhakemenin yerine düzenlenen ek muhakemeye CMK'da yer verilmesine karşılık, çok önemli bir fonksiyon gören şahsi hak davasının CMK'da düzenlenmeyişi, hatalı bir suç politikası tezahürü olarak görmekteyiz.

Müdahale yoluyla dava, yani kamu davasına katılma usulü CMK m. 238'de düzenlenmiştir: *“Katılma, kanu davasının açılmasından sonra mahkemeye dilekçe verilmesi veya katılma istemini içeren sözlü başvurunun duruşma tutanağına geçirilmesi suretiyle olur. Duruşma sırasında şikâyeti belirten ifade üzerine, suçtan zarar görenden davaya katılmak isteyip istemediği sorulur. Cumhuriyet Savcısı'nın, sanık ve varsa müdafinin dinlenmesinden sonra davaya katılma isteminin uygun olup olmadığına karar verilir. Sulh ceza mahkemesinde açılmış olan davalarda katılma hususunda Cumhuriyet Savcısı'nın görüşü alınmaz”*. Görüldüğü üzere, katılma, ya mahkemeye dilekçe verilmesi veya sözlü talebin duruşma tutanağına geçirilmesi veyahut duruşma sırasında şikâyetçi olan kimseye mahkemece katılmayı isteyip istemediğini sorması suretiyle yapılır.

Sulh ceza mahkemelerinde katılma konusunda Cumhuriyet Savcısı'na görüşünün sorulmayacağı düzenlenmesi, bu mahkemelerde duruşma safhasında Cumhuriyet Savcısı'nın bulunmayacağı CMK'da kabul edilmesi anlayışına paraleldir. Biz gerek Cumhuriyet Savcısı'nın sulh ceza mahkemelerindeki duruşmalarda hazır bulunmayı gerek katılma konusundaki görüşünün sorulmamasını hukuka aykırı buluyor ve yapılacak kanun değişikliği ile bu iki hususun belirttiğimiz yönde CMK'ya eklenmesi gerektiğini düşünüyoruz.

Öncelikle belirtelim ki, müdahale yoluyla dava bağımsız açılan bir ceza davası türü olmayıp, kamu davası açıldıktan sonra açılması (=kamu davasına katılmak) mümkün olan bir dava türüdür. Kamu davası olmadan müdahale yoluyla davanın (=müdahillik statüsünün) devam etmesi olanaksız olmasına karşılık; müdahale yoluyla dava olmadan bir kamu davasının var olması, görülmesi ve sonuçlanması mümkündür.

Kamu davası soruşturma evresinin sonucunda düzenlenen iddianamenin kabulü kararı (kararla) veya incelenmesi için gerekli on beş günlük süre geçtikten sonra (otomatikman) açılırken, müdahale yoluyla dava kamu davası açıldıktan sonra ve fakat kovuşturma aşamasının her aşamasında açılabilir (=kamu davasına katılınabilir). Her ne kadar kanun yolu muhakemesinde davaya katılmak mümkün değil ise de, kanun yolu muhakemesine başvuru aşamasında, daha önce kamu davasına katılmamış ve fakat katılan (=müdahil) sıfatını alabilecek surette suçtan zarar görenler, katılma talebi reddedilmiş, karara bağlanmamış olanlar da daha önce müdahil sıfatını almamış olanlar gibi kanun yoluna başvurabileceklerdir.

Kanun yolu davaları hariç, ilke olarak kamu davası açıldıktan sonra, Cumhuriyet Savcısı'nın bunu geri alabilmesi ceza muhakemesi hukukumuzda mümkün değildir; fakat müdahale yoluyla dava açıldıktan sonra (asıl kamu davası sonuçlanıncaya kadar) geri alınabilir. Katılan veya katılanın vekili müdahale yoluyla davayı (=katılmayı) açıkça geri alabileceği gibi, zimnen de geri alabilir. Şikâyetin geri alınmasından farklı olarak, müdahale yoluyla davayı geri almak iki taraflı bir işlem olmayıp, tek taraflı bir işlemdir. Bunun sanık açısından bir sakıncası da yoktur. Çünkü, asıl dava olan kamu davası müdahale yoluyla davanın geri alınmasından hiç etkilenmez ve görülmeye devam olunur. Başka bir ifadeyle, şikâyetin geri alınmasında olduğu gibi, şüpheli veya sanığın lekelenmeme hakkının kaybı tehlikesi olmadığı için, kanun koyucu müdahale yoluyla davanın geri alınmasını sanığın kabulü koşuluna bağlamamıştır. Katılan veya katılanın vekilinin katılma sonrası duruşmalara bir kez gelmemesi aynı sonucu doğurmamakla birlikte, mahkemenin takdirine göre artık davayı takip etmekten vazgeçti denilebilecek kadar gelmemesi veya açıkça davadan vazgeçtiğini belirtmesi durumunda, müdahale yoluyla dava (kamu davasının yürüyüşünü olumsuz etkilemeksizin) geri alınmış, kanunun ifadesiyle "katılma hükümsüz" kalmış olur (CMK m. 243).

Keza, katılanın ölümü halinde de katılma hükümsüz kalacak, yani müdahale yoluyla dava sona ermiş olacaktır. Ancak, katılan vekilinin ölümü aynı sonucu doğurmaz. Çünkü yerine yenisi atanabilir. Burada katılmayı hükümsüz kılan katılan sıfatını taşıyan kimsenin ölümüdür (CMK m. 243).

Ayrıca belirtelim ki, kanun koyucu, katılanın ölümünden mirasçılarının dolaylı olarak olumsuz etkilenmemeleri, yani zarar görmemeleri için, ölüm halinde katılanın mirasçılarının

katılanın haklarını takip etmek üzere kamu davasına katılabileceklerini hüküm altına almıştır. Belirtelim ki, madde metninin lafzına göre, ölen kimsenin katılan sıfatını alması ve sonra ölmesi halinde mirasçılarının *“katılanın haklarını takip etmek için”* kamu davasına katılmaları mümkün iken, katılan sıfatını almayan kimsenin, henüz müdahale yoluyla davayı açması, daha doğru bir ifadeyle katılma talebinde bulunması veya talepte bulunmasına karşılık talebi henüz incelenirken ölmesi halinde, mirasçılara kamu davasına katılma hakkı tanınmamıştır. Çünkü madde açıkça *“katılan”* dan söz etmekte ve ölüm sonrasında da *“katılanın mirasçılarının katılanın haklarını takipten”* bahsedilmektedir. Kanımızca, madde metninin değiştirilerek, katılanın bu durumdaki mirasçılara da (hangi dereceye kadar olacağı kanunda belirtilerek) katılanın (ve dolayısıyla kendilerinin) haklarını takip olanağı tanınmalıdır.

Şüphesiz ölüm veya katılmadan vazgeçme kişisel olup, vazgeçen veya ölen kimsenin müdahale yoluyla davasını etkiler. Eğer birden fazla katılan var ise, katılan sayısı kadar müdahale (=katılma) yoluyla ceza davası vardır ve bunlar aynı kamu davası yanında ve onunla birlikte yürümekle birlikte, her müdahil açısından davası diğerlerinin davasından bağımsızdır. Bağımlılık, yalnızca tüm müdahale yoluyla davaların aynı kamu davasına bağlılığı noktasındadır. Bu nedenle, müdahale yoluyla davayı açmak için nasıl tüm müdahillerin birlikte ve aynı zamanda dava açmaları gerekmiyorsa, müdahale yoluyla davanın (açıkça veya zımnen) geri alınması da bağımsız olup, bütün müdahillerin birlikte hareket etmelerini gerektirmediği gibi, bir müdahilin davasını (=katılmayı) geri alması veya kendisinin ölmesi diğer müdahillerin müdahillik sıfatını (=katılma davasını) etkilemez.

**GAİP VEYA KAÇAK OLAN SANIK
DURUŞMAYA GELMEK İSTEMEKLE BİRLİKTE
TUTUKLANMAKTAN KORKUYORSA
DURUŞMAYA GELMESİ İÇİN
BİR ŞEY YAPILABİLİR Mİ?**

120

Burada gaip olan sanığın endişelerini gidermek ve korkusuzca duruşmaya gelmesini sağlamak için, CMK'nın sanığa güvence belgesi verilmesiyle ilgili hükmü işletilebilir. CMK m. 246/1'e göre, "*Mahkeme, gaip olan sanık hakkında duruşmaya gelmesi hâlinde tutuklanmayacağı hususunda bir güvence belgesi verebilir ve bu güvence koşullara bağlanabilir*". Mahkeme bu güvence belgesini vererek, sanığın tutuklanma endişesi taşımadan duruşmaya gelmesini sağlayabilir. Mahkeme bu güvence belgesini verirken, bu güvenceyi belirli koşullara bağlayabileceği gibi, herhangi bir koşula bağlamayabilir. Bu husus tamamen mahkemenin somut olayın koşullarına göre kullanacağı takdir yetkisi dahilinde bir husustur.

Bir koşula bağlı olarak güvence verildiğinde, belirlenecek güvencenin amaca uygun olması ve kaçak sanığı duruşmaya gelmekten vazgeçirecek ağırlık ve türde bir koşul olmaması gerekir. Bu güvence belgesinin amacı, sanığın duruşmaya gelmesini ve duruşmada hazır bulunmanın diğer süjeler ve yargı erki için sağlayacağı yararlar yanında ve öncelikle sanığa kendi savunmasını yapmak, delillerin ortaya konulmasına aktif katkı sağlamak ve kendisi lehine bir karar verilmesi olanağını

tanımaktır. Bununla birlikte, sanığın hapis cezası ile mahkûm olması veya kaçmak hazırlığında bulunması veyahut güvence belgesi koşula bağlanmışsa bu koşullara uymaması durumunda, kendisine verilen bu güvence belgesinin bir hükmü (geçerliliği) kalmayacaktır (CMK m. 246/2). Dikkat edilirse, güvence belgesini geçersiz kılacak nedenler kanunda açıkça sınırlı sayıda sayılmıştır: Bu nedenlere benzese dahi, bunlar dışındaki bir neden, örneğin sanığın para cezasına veya para cezası ile birlikte veya tek başına bir güvenlik tedbirine hükmedilmesi güvence belgesini geçersiz kılmayacaktır.

Güvence belgesi kişiye tutuklanmama güvencesi verdiğinden, güvence belgesi geçerli olduğu sürece, bu belgeyle duruşmaya katılan kimse yakalanmayacak, gözaltına alınmayacak, tutuklanmayacak ve adli kontrol altına alınmayacaktır. Bu belgeye sahip sanık serbestçe duruşmaya gelip gidecek ve kendisi (kanunda belirtilmemekle birlikte) yakalanma amaçlı izlenmeyecek ve bu kurumu düzenleyen hükümlerin arkasına dolanılarak ve bu kurumun amacına aykırı olarak, güvence belgesi verilerek sürekli izlenen kimse, daha sonra güvence belgesi kaldırılarak yakalanmayacaktır.

Olması gereken hukuk açısından, kanun metni iki noktada eksiklik arz etmektedir ve ileride yapılacak kanun değişikliği ile bu eksiklik giderilmelidir:

Bunlardan birisi, güvencenin koşula bağlanması durumunda mahkemeye bu koşulun tür ve miktarını değiştirme veya kaldırma veyahut artırıp-azaltması yetkisi verilmemiştir. Oysa bu gereklidir ve sırf bu eksiklikten dolayı bir kez belirlenen ve her hangi bir denetime tabi olmayan koşul yerine getirilmeyince, başka bir koşulun öngörülmesi veya koşulsuz güvence verilmesi durumunda kişi duruşmada hazır bulundurulacak ve ceza zamanaşımı önlendiği gibi, makul sürede duruşmanın bitirilmesi mümkün olacak iken, bu yapılamayacaktır.

İkinci husus ise, mülga CMUK m. 288/2'deki gibi bir hükme CMK m. 246'da yer verilmemesi önemli bir eksikliklerdir ve sırf bu belirsizlikten dolayı, zaten uygulamada hiç uygulanmayan/hatırlanmayan bu kurum, hâkimlerin bu hükmün suiistimali endişesini taşımalarına yol açacağından baştan ölü doğmuş olacaktır. CMUK m. 288/2'deki hüküm kendisine güvence belgesi verilen sanığa, kendisine verilen bu belgenin sanığı sadece güvence belgesinin verildiği suçtan koruyacağı, yani belge hangi suç için verilmişse yalnızca o suçtan dolayı bu belgenin tutuklamadan koruyacağı ve fakat başka bir suç söz konusu ise bundan tutuklamanın yapılabileceği düzenlemesini içermekteydi. Fakat, bu husus CMK'da özel olarak düzenlenmediği gibi, bunun yerine başka bir hüküm de ikame edilmemiştir. Özellikle, sanık hakkındaki birden fazla davanın birkaç farklı mahkemede var olduğu ihtimali düşünüldüğünde, bir suç için verilen güvence belgesinin, CMK'da bu yönde bir açıklık bulunmadığı ve mülga CMUK m. 288/2'deki hükmün CMK'ya alınmayışı nedeniyle, ya mahkemeler önlerinde olmayan davaları etkileyici bir karar alacaklardır ki, bu hem görev ve yetki kuralları açısından sorun çıkaracak hem de hâkimlere bu yolun kullanılması durumunda sanıkların bu kurumu suiistimal edip, hakkında dava olan her mahkemeden talep ederek, en azından birisinden (örneğin suçlardan en basitini yargılayan mahkemeden) bu belgeyi alması durumunda, bu belgeyi vermeyen mahkemelerin önündeki dava açısından da tutuklanmama güvencesi elde edeceği endişesiyle bu kurumu uygulamamayı tercih etmesi mümkün olacaktır.

Sorunun cevabı olarak akla gelebilecek ikinci bir olanak ise, sınırlı bazı suçlar ve sınırlı konularda uygulanabilecek bir başka kurum olup, bu CMK m. 248'de düzenlenmiştir. Bu hüküm, *"kaçak sanığın duruşmaya gelmesini sağlamak amacıyla Türkiye'de bulunan mallarına, hak ve alacaklarına amaçla orantılı*

olarak mahkeme kararıyla” el konulabileceği ve gerektiğinde bunların idaresi için kayyım atanacağı hükmünü içermektedir. Belirtelim ki, CMK m. 248 uyarınca verilen kararlara karşı itiraz kanun yolu açıktır (CMK m. 248/8).

CMK m. 248/7, gaipleri tutuklanmaktan koruyan sanığa tutuklanmayacağı hususunda bir güvence belgesi verilmesine ilişkin hükmün “*kaçaklar*” hakkında da uygulanacağını düzenlemektedir. Dolayısıyla, CMK m. 246 açısından yaptığımız açıklamalar gaipler yanında kaçaklar açısından da geçerli olup, bu kurum aynı şekilde uygulanabilir.

**KAÇAK KİMSE HAKKINDA
MAHKÛMİYET KARARI VEYA
HERHANGİ BİR KORUMA TEDBİRİ
KARARI VERİLEBİLİR Mİ?**

121

Hakkındaki kovuşturmanın sonuçsuz kalmasını sağlamak amacıyla yurt içinde saklanan veya yabancı ülkede bulunan ve bu nedenle mahkeme tarafından kendisine ulaşılamayan kişiye kaçak denir. Kaçak sanık hakkında kovuşturma yapılabilir. Ancak, daha önce sorgusu yapılmamış ise, mahkûmiyet kararı verilemez. Duruşma yapılan hâllerde kaçak sanığın müdafii yoksa, mahkeme barodan bir avukat görevlendirilmesini ister (CMK m. 247). Kaçak kimsenin daha önce sorgusu yapılmış ise, hakkında mahkûmiyet kararı verilebilir.

Kaçak kimseler hakkında birkaç koruma tedbirinin uygulanması mümkündür:

1. Kaçak sanığın duruşmaya gelmesini sağlamak amacıyla Türkiye’de bulunan mallarına, hak ve alacaklarına amaçla orantılı olarak mahkeme kararıyla elkonulabilir ve gerektiğinde idaresi için kayyım atanır. Elkoyma ve kayyım atama kararı müdafiiine bildirilir. Belirtelim ki, bu hüküm, yalnızca 2. fıkrasında sınırlı sayıda sayılan suçlar açısından uygulanabilecektir (CMK m. 248/1-2). Belirtelim ki, bu elkoyma kararının usul ve akıbeti ve hangi koşullarla elkoyma kararının kaldırılacağı CMK’nın 248/3-4. maddelerinde düzenlenmiştir.

2. Diğer yandan, kaçak kimse hakkında CMK'nın 100. ve sonraki maddeleri gereğince, sulh ceza hâkimi veya mahkeme tarafından yokluğunda tutuklama kararı (=gıyabi tutuklama kararı) verilebilir (CMK m. 248).

3. Ayrıca, CMK'nın 246. madde hükmü kaçaklar hakkında da uygulanır (CMK m. 248/7). Yani, CMK'nın 246. maddesinde gaip olan kimseler hakkında düzenlenen "sanık hakkında duruşmaya gelmesi hâlinde tutuklanmayacağı hususunda bir güvence belgesi verilebilir ve bu güvence koşullara bağlanabilir"¹⁴¹ biçimindeki hüküm (CMK m. 246/1) kaçak kimseler hakkında da uygulanabilir.

4. CMK'nın 98/1-4 gereğince, soruşturma evresinde kaçak şüpheli kimse hakkında Cumhuriyet Savcısı'nun istemi üzerine sulh ceza hâkimi tarafından yakalama emri düzenlenebilir. Yakalanmış iken kolluk görevlisinin elinden kaçan şüpheli veya sanık ya da tutukevi veya ceza infaz kurumundan kaçan tutuklu veya hükümlü hakkında Cumhuriyet Savcıları ve kolluk kuvvetleri de yakalama emri düzenleyebilirler. Kovuşturma evresinde kaçak sanık hakkında yakalama emri re'sen veya Cumhuriyet Savcısı'nun istemi üzerine hâkim veya mahkeme tarafından düzenlenir. (CMK m. 98).

5. CMK m. 90/2 gereğince ise, kolluk görevlileri, tutuklama kararı veya yakalama emri düzenlenmesini gerektiren (CMK m. 98 uyarınca kaçaklar) ve gecikmesinde sakınca bulunan hâllerde; Cumhuriyet Savcısı'na veya âmirlerine derhâl başvurma olanağı bulunmadığı takdirde, yakalama yetkisine sahiptirler (CMK m. 90/1).

¹⁴¹ "Sanık, hapis cezası ile mahkûm olur veya kaçmak hazırlığında bulunur veya güvence belgesinin bağlı olduğu koşullara uymazsa belgenin hükmü kalmaz." (CMK m. 246/2).

Bir tüzel kişinin faaliyeti çerçevesinde işlenen suçlardan dolayı yapılan soruşturma ve kovuşturmada, tüzel kişiyi temsilen, tüzel kişinin organ veya temsilcisi (tıpkı katılan veya savunma makamı gibi) onların yanında yer alan sıfatıyla duruşmaya kabul edilir. Tüzel kişinin organ veya temsilcisi, CMK'nın katılana (=müdahile) veya sanığa sağladığı haklardan yararlanır. Dikkat edilirse, CMK burada tüzel kişiyi sanık olarak kabul etmekte ve fakat onun adına hak ve yetkileri kullanmak üzere, tüzel kişinin organ ve temsilcisinin duruşmada bulunmasını ve bu hak ve yetkileri kullanmasını kabul etmektedir (CMK m. 249/1-2).

Ancak, eğer bizatihi tüzel kişinin organ veya temsilcisi sanık sıfatını taşıyor ise, bu takdirde, CMK'nın 249/1. maddesinde tüzel kişiyi temsilen tüzel kişinin organ veya temsilcisinin bulunmasını kabul eden hüküm uygulanmayacaktır (CMK m. 249/3).

Belirtelim ki, bu belirttiğimiz son durum CMK'da hatalı ve sorunlara gebe bir biçimde düzenlenmiştir. Öncelikle belirtelim ki, tüzel kişinin organ veya temsilcisinin sanık

olmaması durumunda tüzel kişiyi temsilen duruşmada bulunması mümkündür. Buna karşılık tüzel kişinin organ veya temsilcisinin sanık olması durumunda bu hükmün uygulanmayacağı düzenlenmesi iki açıdan hatalıdır: İlk olarak, burada 3. fıkrada kullanılan “veya” kelimesi hatalı olmuştur. Çünkü madde metnine bakıldığında, organ veya temsilcinin sanık olması durumunda maddenin organ veya temsilciye duruşmada bulunma yetkisini veren 1. fıkra hükmü hiç uygulanamayacaktır. Hâlbuki önemli olan, hem kendisi sanık olduğu için suç şüphesi altında bulunan bir kimsenin tüzel kişiyi duruşmada temsil etmesini önlemek ve fakat aynı zamanda da tüzel kişiyi duruşmada temsilcisz bırakmamaktır. Bu olasılık açısından 3. fıkrada “veya” kelimesinin kullanımı yerine, tüzel kişinin organ veya temsilcisinden hangisi sanık ise onun tüzel kişiyi temsilen duruşmada bulunması engellenmeliydi. Çünkü, her zaman hem tüzel kişinin organı hem de temsilcisinin mutlaka birlikte sanık olacakları veya sanık olmayacaklarını kabul etmek gerçekle ve mantıkla bağdaşmaz. Çünkü bazen sanık, tüzel kişinin temsilcisi ve tüzel kişinin organı sıfatları üç farklı kişide toplanabileceği gibi, bazen de bunların ikisi veya üçü de aynı kişide toplanabilir.

İkinci husus ise, somut olayda sanığın hem tüzel kişinin organı hem de tüzel kişinin temsilcisi sıfatını taşıması hallerinde maddenin 1. fıkra hükmünün uygulanmayacağını düzenlemek ve fakat ortaya çıkan bu boşluğu dolduracak başka bir düzenleme getirmemek hatalı olmuştur. Oysa, CMK’ya alınmayan önemli ve bu sorunu giderecek düzenleme, 2003 Dönmezer CMK Tasarısı’nda mevcuttu.¹⁴² Yapılacak bir ka-

¹⁴² 2003 Dönmezer CMK Tasarısı m. 261: (Tüzel kişiliğin kamu davasında temsili)

Kamu davası, fiilin işlendiği tarihte tüzel kişinin yasal temsilcisi

nun değişikliği ile bu Tasarı hükmünün CMK'nın 249. maddesine alınması gerektiği düşünceindedir.

Şüphesiz burada, tüzel kişinin bir şirket olması halinde, soruyla ilgili uygulamalarda, “şirket yönetimi için kayyım tayini” uygulamasına da gidilebileceği göz ardı edilmemelidir. Eğer bu “kayyım atama” kurumu işletilirse, doğal olarak kendisi aynı suçtan sanık olan bir kimse kayyım olarak atanamayacağı için, uygulamada bu son olasılıkta belirttiğimiz sakınca, önce CMK m. 133 gereğince şirkete kayyım atamak ve bu kayyımın tüzel kişiyi temsilen duruşmaya katılmasını temin etmek suretiyle bir ölçüde kalkacaktır. Ancak yine de vurgulayalım ki, şirket haricindeki bir tüzel kişi açısından sorun devam etmektedir ve bunun için, Dönmezer Tasarısı'nda bulunan çözümün kabulü gerektiği düşünceindedir.

Bu soru açısından ilgili kanun hükmünün olması gereken hukuk açısından eleştireceğimiz bir yönü ise, CMK'nın 249. maddesi metni bu maddedeki düzenleme için suçun tüzel kişinin faaliyeti çerçevesinde işlenmesini şart koşmaktadır. Oysa tüzel kişinin sanık olması için “tüzel kişinin faaliyeti çerçevesinde

olan kişiye karşı açılır; bu kişi bütün usul işlemlerinde tüzel kişiyi temsil eder. Tüzel kişi yararına suçu işleyen kişi, aynı zamanda yasal temsilci ise mahkeme, tüzel kişiyi temsil etmek üzere bir kayyım atar. Ancak tüzel kişi, kanuna veya statüsüne göre, yasal temsilciye vekâlet edebilmek olanağına sahip diğer bir kişi tarafından da temsil edilebilir. Bu kişi, kimliğini ve kabulü istemini Cumhuriyet Savcısı veya mahkemeye yazılı olarak bildirir.

Usul işlemleri veya yargılama devam etmekte iken temsilci değiştiğinde de aynı hüküm uygulanır.

Bu maddede yer alan hükümlere göre tüzel kişiyi temsil etmek hususunda yetkili bir kişi bulunmadığında mahkeme, Cumhuriyet Savcısı'nın veya katılanın istemi üzerine, tüzel kişiyi temsil etmek üzere bir kayyım atar.

de işlenmiş olma” ölçütünün arandığı suçlar olduğu gibi (bkz., TCK m. 79, 91/7, 189), buna karşılık gerek TCK gerek diğer mevzuatta suçun tüzel kişinin faaliyeti çerçevesinde işlenmiş olmamasına karşılık, başka bağlantı noktaları veya ölçütlerle tüzel kişinin sanık sıfatıyla sorumluluğuna gidildiği haller vardır. Bu örneklerle ilişkin kanuni hükümlerden birkaçına değinilecek olursa, şu hükümler zikredilebilir: Tüzel kişilerle ilgili genel hükümde yer alan: *“tüzel kişinin yararına işlenen kasıtlı suçlar”* (TCK m. 60/1); hiçbir koşulun aranmadığı *“bu suçlardan dolayı tüzel kişiler hakkında”* (TCK m. 77/3, m. 80/4); tehdit, şantaj, cebir veya kişiyi hürriyetinden yoksun kılma, hırsızlık, güveni kötüye kullanma, dolandırıcılık, ekonomi, sanayi ve ticarete ilişkin suçlar, rüşvet, suçlarının işlenmesi sonucunda *“yararına haksız menfaat sağlanan tüzel kişiler”* (TCK m. 111, 169, 246); Karşılıksız Çek Kanunu’ daki karşılıksız çek keşide etmek suçu açısından *“tüzel kişinin temsilcisinin suçu işlemiş olması”* Bu hallerde, duruşmada tüzel kişinin nasıl temsil edileceği konusunda kanunda bir düzenleme bulunmayıp, boşluk bulunmaktadır. Çünkü, belirttiğimiz örneklerde de görüldüğü üzere, tüzel kişinin sanık olabilmesi sadece CMK m. 249’ da varsayıldığı gibi suçun tüzel kişinin faaliyeti çerçevesinde işlenmiş olduğu olasılıklarda değil, diğer birçok olasılıkta da söz konusudur. Bu olasılıklar açısından da, özellikle savunma hakkının gerektiği- olması gereken hukukun aradığı biçimde güçlendirilmesi ve gereğince kullanımına hukuksal olanaklar yaratılmalıdır. Yapılacak kanun değişikliği ile bu eksiklik giderilmelidir. Çünkü, gerek temsil etmeye ilişkin gerek kimlerin duruşmada bulunabilecek ve hak ve yetki kullanabileceklerine ilişkin düzenlemeler CMK’ da açık bir kanun hükmüyle sınırlı olarak düzenlenmiştir.

*DAVAYA KATILMAYAN BİRİSİ
HÜKME KARŞI KANUN YOLLARINA
BAŞVURABİLİR Mİ?*

123

Hâkim ve mahkeme kararlarına karşı Cumhuriyet Savcısı, şüpheli, sanık ve bu Kanuna göre katılan sıfatını almış olanlar ile katılma isteği karara bağlanmamış, reddedilmiş veya katılan sıfatını alabilecek surette suçtan zarar görmüş bulunanlar için kanun yolları açıktır (CMK m. 260/1).

Keza, sanık ve bu Kanuna göre katılan sıfatını almış olanlar ile katılma isteği karara bağlanmamış, reddedilmiş veya katılan sıfatını alabilecek surette suçtan zarar görmüş bulunanların dilekçe veya beyanında, başvuruya ilişkin nedenlerin gösterilmemesi inceleme yapılmasına engel olmaz CMK m. 273/4). Bu hüküm de, katılma isteği karara bağlanmamış, reddedilmiş veya katılan sıfatını alabilecek surette suçtan zarar görmüş bulunanların katılan sıfatını almadıkları halde, kanun yollarına başvurabileceklerini göstermektedir.

İlke olarak, kanun yolu muhakemesinde davaya katılma isteğinde bulunulamaz. Ancak, ilk derece mahkemesinde ileri sürülüp reddolunan veya karara bağlanmayan katılma istekleri, kanun yolu başvurusunda açıkça belirtilmişse incelenip karara bağlanır (CMK m. 237).

CMK m. 273/4' de müdahil (=katılan) olmamış ve fakat olabilecek derecede suçtan zarar görmüş bulunanların da, kanun yoluna başvurabileceği hüküm altına alınmıştır.

**BİR KANUN YOLUNA BAŞVURURKEN
YANILMA, İLGİLİ KİMSE AÇISINDAN
BİR HAK KAYBINA NEDEN OLUR MU?**

Öncelikle belirtelim ki, CMK m. 261-263'de kimlerin ve nasıl kanun yoluna başvurabileceği, CMK m. 265 ve 266'da ise Cumhuriyet Savcısı'nın kanun yoluna başvurması, kanun yolu incelemesini yapacak merci ve daha sonra yapılacak yargılamada verilecek karar ile kanun yolu başvurusundan vazgeçme ve hukuksal etkisi düzenlenmiştir.

Diğer taraftan, kanun yolu başvurusunda asıl olarak üç türlü yanılığın söz edilebilir. Bunlardan birisi, başvuru kanun yolu türünde yanılığın, diğeri başvurulacak merciin belirlenmesinde yanılığın ve nihayet üçüncü olasılık ise her iki yanılığın birlikte bulunması halidir.

Kanun koyucu, sevk ettiği açık ve kesin hükümle, (başvuru yapmaya hakkı olmak, süresinde başvurmak, yazılı şekil v.s. gibi) yasal koşullarını taşıyan, yani CMK'nın ifadesiyle 'kabul edilebilir' bir başvuruda, kanun yolunun türü veya başvuru merciinin belirlenmesinde yanılığın olmuş ise, bu yanılığın başvuranın haklarını ortadan kaldırmayacağını düzenlemiştir (Bkz., m. 264/1). Mercii hakkındaki yanılığın başvurunun ön incelemesini yapan, yani başvuruyu kabul eden merci gibi bu başvuruyu şekil ve/veya (asıl olarak) esastan inceleyecek

merciin belirlenmesindeki yanılığın olması fark etmeyecektir.

Belirtmek gerekir ki, başvuruda kanun yolu ve/veya merciinin belirlenmesinde yanılmanın varlığı durumunda, eski hale getirme kurumuna başvurmak gerekli değildir. Kanun koyucu, belirtilen türlerde bir yanılığın olması durumunda, başvurunun yapıldığı merciinin, bu (yanılığın) başvuruyla derhal görevli ve yetkili olan mercie göndermesini öngörmüştür (Bkz., m. 264/2). Yanılığın belirttiğimiz üçüncü olasılıktaki gibi, yani hem kanun yolunun türü hem de merci açısından ise, yine başvurunun yapıldığı merci her iki açıdan yetkili ve görevli mercii ve yapılması gereken kanun yolu türünü saptayıp vakit geçirmeksizin (derhal) ilgili mercie başvuruyu göndermek zorundadır.

Kanun koyucu, kanun yolu türü ve/veya merciin belirlenmesindeki yanılığın saptayıp bu başvuruyu yetkili ve görevli mahkemeye gönderen merciin de yanılması olması durumunda ne yapılabileceğini ve keza CMK m. 264/2'nin kaç kez uygulanacağını veya bunun yerine başka bir kurumun işletilmesi gerekip gerekmediğini düzenlememiştir. Ancak, madde metninde olumsuz bir koşul da bulunmadığına göre, yanılığın saptadıktan sonra, kendi değerlendirmesine göre yetkili ve görevli addettiği mercie gönderen merciin de yanılması gerçekleşmesi mümkün ve aynı oranda kuvvetle muhtemel bir olasılık olup, kanımızca bu sorunun da çözümü için CMK m. 264/2'deki düzenlemenin uygulanması ve bu merciin de kendi değerlendirmesine göre görevli ve yetkili gördüğü mercie göndermesi gerekmektedir. Özel bir denetim sistemi veya bu tali uyumsuzluğu çözecek farkı bir kurum ve teşkilat düzenlenmediği için, dosya kendisine gönderilen merciin bu göndermeyi haklı kabul edinceye kadar CMK m. 264/2'nin müteaddit kez uygulanması söz konusu olabilecektir.

**CUMHURİYET SAVCISI AYNI BAŞVURUSUNDA
AYNI SANIK VEYA HÜKÜMLÜNÜN HEM LEHİNE
HEM DE ALEYHİNE KANUN YOLUNA
BAŞVURABİLİR Mİ?**

Cumhuriyet Savcısı, hâkim ve mahkeme kararlarına karşı kanun yollarına başvurabilir. Bunun için özel bir hükme gerek bulunmayıp, CMK'nın 260/1. maddesindeki hüküm tüm kanun yolları açısından buna olanak sağlamaktadır. Hatta bu hususu çok önemli gören kanun koyucu, *"asliye ceza mahkemesinde bulunan Cumhuriyet Savcıları, mahkemenin yargı çevresindeki sulh ceza mahkemelerinin; ağır ceza mahkemelerinde bulunan Cumhuriyet Savcıları, ağır ceza mahkemesinin yargı çevresindeki asliye ve sulh ceza mahkemelerinin; bölge adliye mahkemesinde bulunan Cumhuriyet Savcıları, bölge adliye mahkemelerinin kararlarına karşı kanun yollarına başvurabilirler."* hükmüyle, Cumhuriyet Savcılarında nezdinde görevli olup çalışmadıkları yargı organlarının dahi (bir alt derece mahkemesine ilişkin karar olmak kaydıyla), ilgili kararın verildiği mahkeme nezdindeki savcılar dışındaki savcılara da ek yetki tanımlanmıştır (CMK m. 260-/2).

Sorunun cevabıyla doğrudan ilgili hüküm, CMK'nın 260/3. maddesindeki *"Cumhuriyet Savcısı, sanık lehine olarak da kanun yollarına başvurabilir"* hükmüdür. Bu hükmün doğru

anlaşıp uygulanması gerekmektedir. Bazı yazarların görüşlerinin aksine,¹⁴³ bu hüküm uyarınca, aynı başvuruda sanığın hem lehine hem aleyhine başvurunun yapılamayacağı gözden kaçırılmamalıdır. Bu hüküm, Cumhuriyet Savcısı'nın müdafii veya vekil gibi savunduğu kimse lehine kanun yoluna başvuru yetkisini kullanabilmesi ve fakat aleyhe olarak bu yetkiyi kullanamaması gibi bir durumun olmadığı, kamu adına iddia makamı içinde görev yapan ve asıl işlev ve görevinin maddi gerçeğin ortaya çıkarılması olan Cumhuriyet Savcısı'nın, somut yargılamada, iddianamede ne tür bir iddia ileri sürdüğü ile dahi bağlı olmaksızın Cumhuriyet Savcılarının maddi gerçeğin ortaya çıkarılması için gerektiğinde sanık lehine gerektiğinde ise sanık aleyhine davranabileceğini ifade etmektedir. Nitekim bu nedenledir ki, Cumhuriyet Savcısı iddianamede dahi sadece şüpheli aleyhine olan hususları değil aynı zamanda lehine olan hususları dahi gösterecektir (CMK m. 170/5).

Cumhuriyet Savcısı'nın bir olayda sanık lehine diğer bir olayda ise sanık aleyhine (hatta aynı kanun yolu türünü seçerek) kanun yoluna başvurmasında bir sorun veya hukuka aykırılık bulunmadığı gibi bu tutum CMK'ya da uygun olacaktır. Burada dikkat edilmesi gerekli husus, yapılan başvurudan beklenen, kimin lehine veya aleyhine bir karar verilmesinin talep edildiği ve keza bozulması istenen hükmün hatalı olarak kimin lehine karar bağlandığı ve bunun bozularak yeniden kurulacak hükümden kimin yararlanacağını açıkça vurgulanması gereğidir. Asıl tartışmalı husus, bazen somut bir hüküm veya kararda sanık lehine ve aynı zamanda sanık

¹⁴³ Bkz., Öztürk - Erdem, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 9. Baskı., Ankara 2006, s. 698-699. Nitekim yazarların bu sahifelerdeki beyanları ile aynı eserin 700. sahifesindeki ifadeler birbiriyle çelişik görünmektedir.

aleyhine olan hükümler yanlış uygulanmış ve hem lehe hem de aleyhe olan bir kanun hükmü içeriğinin tam aksi biçimde hukuka aykırı biçimde uygulanmış olabilir. Burada Cumhuriyet Savcısı hükmü veya kararı aynı kanun yolu başvurusuyla kısmen lehe kısmen ise aleyhe başvuruda bulunarak kanun yoluna götüremez. Şüphesiz Cumhuriyet Savcısı burada her tür (lehte ve aleyhteki hükümlerin birlikte hatalı uygulanmaları halinde dahi) hukuka aykırılığı kanun yolu isteminde belirtecektir. Fakat, bu başvurunun sonucunun da değerlendirilerek Cumhuriyet Savcısı tarafından saptanması ve sonuç ceza veya güvenlik tedbiri tür veya miktar veya erteleme v.s. noktaları dikkate alınarak somut kanun yolunun lehe mi yoksa aleyhe mi olduğu belirtilmelidir. Çünkü, bu kanun yollarındaki “*uyumadan sonraki serbestlik*” ilkesini sınırlandıran “*aleyhe ağırlaştırma yasağı*” (Reformatio in peius) kuralının hukuksal sonuçları açısından önemli ve belirleyicidir (bkz., örneğin CMK m. 265, 283); bunun için o somut başvurunun lehe mi aleyhe mi olduğunun saptanmasını gerektirmektedir. Keza bazı kanun yollarında, örneğin kanun yararına bozma (CMK m. 309) veya yargılamanın yenilenmesinde (CMK m. 311-323), başvurunun sanık lehine mi yoksa aleyhine mi olduğu çok önemlidir; çünkü sınırlı uygulanma alanları dahi olsa bu kanun yolları (bizatihi) koşulları ve sonuçları açısından sanık/hükümlü lehine veya aleyhine gidilebilmek açısından farklı düzenlenmişlerdir.

Ancak, bu tür bir belirleme Cumhuriyet Savcılığı tarafından yazılı başvuruda belirtilmese dahi, somut başvuru talebi tümüyle değerlendirilmeli ve sonuç itibarıyla bu başvurunun sanık/hükümlü lehine mi yoksa aleyhine mi olduğu saptanarak uygulama yapılmalıdır.

Buna karşılık, aynı karar veya hükümde hakkında karar verilen sanık veya hükümlüler birden çok sayıda iseler, bu takdirde birisi için lehe diğeri için ise aleyhe başvurunun

aynı kanun yolu başvurusu içinde ifade edilmesi hukuka aykırı olmayacaktır. Çünkü öncelikle burada hem haklarındaki hükümler nedeniyle başvuru yapılan kişi ve hüküm sayısı birden fazla olduğu gibi, aynı dilekçede yer verilse dahi aslında birden fazla ve farklı kanun yolu başvurusu bir dilekçeyle yetkili mercie iletilmiştir ki, bu olasılık, yukarıda açıkladığımız olasılıktan farklıdır.

Dikkat edilmelidir ki, CMK, temyiz kanun yolu açısından bu soruna temas ederek konuyu açıklığa kavuşturmuştur: CMK'nın 295/1. maddesinin son cümlesine göre, *"Cumhuriyet Savcısı temyiz dilekçesinde, temyiz isteğinin sanığın yararına veya aleyhine olduğunu açıkça belirtir"*.

TUTUKLU OLAN ŞÜPHELİ VEYA SANIK KANUN YOLUNA BAŞVURMA HAKKINI NASIL KULLANABİLİR?

Tutuklu şüpheli veya sanık herhangi bir kanun yoluna başvurusunu bizzat veya müdafii aracılığıyla yapabilir:

Şüpheli veya sanık tutuklu ise ve herhangi bir kanun yoluna başvuruyu bizzat yapmak istiyorsa, bu takdirde kanun yoluna başvurusunu, zabıt kâtibine veya tutuklu bulunduğu ceza infaz kurumu ve tutukevi müdürüne beyanda bulunmak suretiyle veya bu hususta bir dilekçe vererek yapabilir. Eğer tutuklu şüpheli veya sanık kanun yoluna başvurusunu zabıt kâtibine başvurmak suretiyle gerçekleştirirse, ilgili kanun yoluna başvuru beyanı veya dilekçesi ilgili deftere kaydedildikten sonra, kendisine bu hususları belirten bir tutanak düzenlenir ve bir örneği verilir. Buna karşılık, kanun yoluna başvuru kurum müdürüne başvuru biçiminde gerçekleştirilirse, zabıt kâtibine başvuruda olduğu gibi işlem yapılarak tutulan tutanak ve dilekçe derhâl ilgili mahkemeye gönderilir. Zabıt kâtibi ise, yapılan başvuruyu ilgili deftere kaydeder. Bu şekilde kendisine talep yöneltilen zabıt kâtibi veya kurum müdürü, yukarıda belirtilen deftere kaydetme, kendisine tutanak verme ve dilekçenin derhal mahkemeye gönderilmesi biçimindeki işlem yapıldığı zaman kanun yolları için CMK'da belirlenen süreler kesilmiş, şüpheli veya sanık süresinde bu kanun yoluna başvuru hakkını kullanmış sayılır (CMK m. 263).

Buna karşılık tutuklu kişinin kanun yoluna başvurusunu bizzatı gerçekteştirmeyip, müdafii aracılığıyla da yapması mümkündür. Kanun koyucu başvuru kanun yolundan vazgeçmek için müdafii vekâletnamede bu hususta özel olarak yetkili kılınmış olmasını aramakla birlikte, kanun yoluna “başvurmak” açısından bu tür bir özel yetkilendirmeye ihtiyaç yoktur. Tutuklu kimsenin müdafii vereceği dilekçe ve eğer o kanun yolu için başvuru dilekçesi dışında ayrıca bir layiha vermesi gerekiyorsa onu da süresinde vererek bu başvuruyu yapacaktır. Şüphesiz burada, uygulanma alanı dar da olsa, CMK m. 150/2 gereğince istemi aranmaksızın kendisine müdafii atanan bir kimsenin tutukluluğu söz konusu ise gerek başvuruda gerek bu başvurunun geri alınmasında müdafii iradesinin bu kişiye nazaran hukuken geçerli/ üstün sayılacağı yönündeki hüküm (CMK m. 266/3) gözden uzak tutulmamalıdır.

Şüpheli veya sanık ister tutuklu olsun ister olmasın, kendisinin kanuni temsilcisi ile eşi CMK m. 262 uyarınca, ilgili kanun yollarına (şüpheli veya sanığın yapacağı başvurudaki işlemlere tabi olmak kaydıyla) kendiliklerinden başvurabilirler. Burada, sonuç itibarıyla sanık veya şüpheli bu kanun yolundan yararlanacak ise de, kanun koyucu bu dolaylı başvuruyu ayrıca düzenlemiş ve bu kimselerin kendiliklerinden harekete geçebilmesi ve bu yolları kullanabilmeleri biçiminde düzenleyerek, kısmen (ve sadece başvuru açısından) sanık veya şüpheliden bağımsızlaştırmıştır. Ancak şüphelinin bu dolaylı başvuruyu tercih edip, kendisi başvurmayarak kanuni temsilcisi veya eşinden istemesi ve bunların da CMK m. 262 uyarınca başvurusu durumunda, (tutuklu olmayan veya) tutuklu şüpheli veya sanığın kanun yolundan dolaylı olarak yararlanması ve belki de başvurusu değil de, “başvurulmasını sağlaması”ndan söz edilebilir.

**MÜDAFİİN KANUN YOLUNA BAŞVURMASI
VEYA BAŞVURUSUNU GERİ ALMASI
HERHANGİ BİR KOŞULA BAĞLI MIDIR?**

Müdafî savunuculuğunu yaptığı kimsenin haklarını korumak için, ister müvekkili hakkında ister diğer kişiler hakkında kanun yollarına başvurabilir. Bunun için özel bir yetkilendirmeye gerek yoktur.

Ancak müdafîin kanun yoluna başvurulması için birkaç hususa dikkat edilmesi gerekmektedir: Bunlardan birisi, müdafîin ilgili kişinin müdafîi olması gerektiğidir. Diğer taraftan, müdafî bir kanun yoluna başvururken de, müvekkili adına hareket ettiği ve kanuni veya iradi olarak onun müdafîliğini yapması dolayısıyla, kanun koyucu kanun yoluna başvuran müdafîin iradesi ile müvekkilinin açık arzusu arasında bir irade çatışması olmasını kabul etmemiştir. Bu nedenle, CMK m. 261, müdafîin müvekkilinin açık arzusuna aykırı olmamak koşuluyla kanun yollarına başvurabileceğini düzenlemiştir. Kanun koyucu müvekkilin açık arzusunu aradığı için, zımni irade burada önemsizdir. Yazılı veya sözlü açıklamalarından müvekkilin iradesinin kanun yoluna başvurulmasını istemediği anlaşılıyorsa, müdafî buna rağmen kanun yoluna başvuramayacaktır.

Diğer bir sınırlama ise, belirli kategorideki şüpheli ve sanıklar için geçerli olup, CMK'nın 150/2. maddesi uyarınca,

şüpheli veya sanığın “onsekiz yaşını doldurmamış ya da sağır veya dilsiz veya kendisini savunamayacak derecede malûl olup ve bir müdafii de bulunmadığı için” kendisine istemi aranmaksızın bir müdafii atanmış ise, bu takdirde “şüpheli veya sanık yararına kanun yoluna başvurulduğunda”, şüpheli veya sanığın açık veya zımni iradesi ile müdafii iradesi çeliştiğinde, müdafii iradesi geçerli sayılacaktır (CMK m. 266/3). Kanun koyucu bu kategorideki sanık ve şüphelileri kendilerine rağmen koruyarak kendi istemleri aranmaksızın müdafii atadığı gibi, kanun yolları mekanizmalarının kullanılmasında da onları kendilerine rağmen özel olarak korumak istemiştir. Demek ki, bu son halde, sanığın veya şüphelinin iradesi ne yönde olursa olsun, kanun yolunu kullanıp kullanmamaya bu konuda tek yetkili kılınan müdafii karar verecek ve kendiliğinden bu yola başvuracak veya başvurmaktan kaçınacaktır. Kanun koyucu, belirtilen şüpheli veya sanıkların yaş, sağır-dilsizlik veya malullüğünden bu kimselerin zarar görebileceklerini ve kendilerinin lehine olan durumu iyi değerlendiremeyeceklerini varsayarak, takdir yetkisini müdafilerine vermiştir.

Buna karşılık, başvuru kanun yolundan müdafii vazgeçebilmesi için, kanun koyucu müdafii vekâletnamede bu hususta özel yetkili kılınmış olmasını aramıştır (CMK m. 266/2). Bu tür özel bir yetkilendirme vekâletnamede bulunmuyorsa, müdafii kanun yolundan vazgeçemez, bu yöndeki istemi dikkate alınmamalıdır. (Nitekim aynı hükmün 1. fıkrası da, Cumhuriyet Savcılarının açısından sanık lehine yaptıkları kanun yolu başvurularından vazgeçmelerini önlemektedir). Kanun koyucu burada şekli bir şart da arayarak, bu yetkilendirmenin vekâletnamede ve “özel olarak” açıkça yapılmasını aramıştır. Sözlü veya vekâletname dışı yetkilendirmeler güvenlik açısından kanun koyucu açısından yetersiz bulunduğu için, geçersiz sayılmalı ve işleme konulmamalıdır.

Dikkat edilmesi gerekli diğerk bir husus ise, başvurulankanun yolundan müdafiiñ vazgeçmesi açısından da, CMK'nın 266/3. maddesindeki düzenlemenin geçerli olduğudur. Yani, eğer *“onsekiz yaşını doldurmuş ya da sağır veya dilsiz veya kendisini savunamayacak derecede malûl olup ve bir müdafii de bulunmadığı için”* kendisine istemi aranmaksızın bir müdafii atanmış ve bu şüpheli veya sanık *“yararına kanun yoluna başvurulmuş”* ise, bu başvurulankanun yolundan vazgeçildiğinde, şüpheli veya sanık ile müdafiiñ iradesi çelişirse müdafiiñ iradesi geçerli sayılır (CMK m. 266/3). Yukarıda, başvuru açısından yapılan açıklamalar ve nedenler vazgeçme açısından da geçerli olup, bu kategorideki sanık veya şüphelilerin kanun koyucu tarafından kendilerine rağmen özel olarak korundukları görülmektedir.

**CUMHURİYET SAVCISI, MÜDAFİ VE VEKİLİN
KANUN YOLU DAVASINI
GERİ ALMASI MÜMKÜN MÜDÜR?**

128

Kamu davasının açılması için iddianame düzenleyip mahkemeye veren Cumhuriyet Savcısı'nın ne iddianamenin incelenme süresinde ne de iddianamenin kabulüyle kamu davasının açılmasından sonra kamu davasını geri alması mümkün değildir. Müdafî tarafından açılan bir ceza davası da olmadığına göre (şahsi dava ve karşı dava türleri CMK'da düzenlenmemiştir), geri alınması da düşünülemez. Ancak, müdahil (katılan) müdahale yoluyla dava türündeki ceza davasını açmayabileceği gibi isterse zımnen veya açıkça geri alabileceği gibi öldüğünde de katılma hükümsüz kalacaktır (CMK m. 243).

Buna karşılık, kanun yolu başvurusunda durum farklıdır. Kanun yoluna başvuran şüphelilerin kanun yolu davasını geri alabilmeleri mümkündür. Bu hususta tüm şüpheliler açısından bir zaman sınırlaması getirilmiştir: *"Kanun yoluna başvurulduktan sonra bundan vazgeçilmesi, mercii tarafından karar verilinceye kadar geçerlidir"* (CMK m. 266/1, c: 1). Diğer yandan genelde bu kanun yolu davasının sonradan geri alınması açısından bir başka koşul getirilmez iken, bazı şüpheliler açısından, bu bağlamda Cumhuriyet Savcısı veya sanık müdafîi veyahut vekil

açısından bazı olasılıklara ilişkin olarak CMK' da özel koşullar düzenlenmiştir.

Hem sanığın lehine hem aleyhine kanun yoluna başvurma hak ve yetkisi bulunan Cumhuriyet Savcısı, eğer sanık aleyhine kanun yoluna başvurmuş ise, bu kanun yolu davasını geri alabilmesi bir koşula bağlı olmadığı halde, Cumhuriyet Savcısı'nın sanık lehine kanun yoluna başvurması halinde, CMK bu başvuruyla sanığın bu davanın geri alınması açısından irade açıklama yetkisinin doğduğunu kabul etmiştir: Amaç, sanık lehine doğan bu konumdan (bu konumu başvurusuyla o doğursa bile) sadece Cumhuriyet Savcısı'nın iradesiyle vazgeçilmesini engellemek ve bundan doğrudan doğruya etkilenecek sanığın iradesine belirleyici etki tanımaktır.¹⁴⁴ Özetle, Cumhuriyet Savcısı tarafından sanık lehine yapılan başvurudan onun rızası olmaksızın vazgeçilemez (CMK m. 266/1, c: 2).

Keza, müdafinin veya vekilin başvurudan vazgeçebilmesi, vekâletnamede bu hususta özel yetkili kılınmış olması koşuluna bağlıdır (CMK m. 266/2). Kanun koyucu bu hükümlerle, bağımsız süjelikleri ve buna bağlanan hukuksal sonuçlar olmasına karşılık, müdafiliğin şüpheli/sanık/hükümlü için ve vekilliğin ise katılan veya diğer üçüncü şahıslar için düzenlenmiş süjelikler olduğunu ve adına iddia veya savunma yaptıkları kişilerin kanun yolu davasının geri alınması açısından iradelerinin belirleyici olması gerektiğini ve bu hususta bu kişilere

¹⁴⁴ Diğer taraftan belirtelim ki, bu kanun yolu davasını geri almada söz sahibi olma, Cumhuriyet Savcısı'nın sanık lehine kanun yoluna başvurusunun tek hukuksal etki ve sonucu olmayıp, CMK m. 265'de düzenlendiği gibi, sanık lehine kanun yoluna başvurusunun (başvuruyu sadece Cumhuriyet Savcısı yapsa dahi), başka bir süjenin sanık aleyhine başvurmaması koşuluyla, doğan aleyhe ağırlaştırma yasağı hukuksal sonucu da bunlardan birisidir.

rağmen müdahil veya vekilin “geri alma” hukuksal tasarrufunda bulunabilmelerinin mümkün olmamasını istemiştir.

Kanun koyucu biraz önce belirtilen mantık ve amaç yanında, 18 yaşını doldurmamış veya sağır dilsiz veyahut kendisini savunamayacak derecede malul olan kimseler açısından da özel düzenleme yapma gereğini duymuştur. Hem bu kimselere “istemleri aranmaksızın bir müdafî görevlendirileceğini” düzenleyerek zorunlu/mecburi müdafilik sistemini benimsemiş (bkz., CMK m. 150/2) hem de CMK m. 150/2 uyarınca kendisine müdafî atanan şüpheli veya sanıklar yararına kanun yoluna başvurulduğunda veya başvuru kanun yolundan vazgeçildiğinde şüpheli veya sanık ile müdafinin iradesi çelişirse müdafinin iradesinin geçerli sayılacağı kabul edilmiştir (CMK m. 266). Dikkat edilirse, bu kimselerin yaşlarının küçüklüğü veya sağır-dilsizlikleri veyahut kendisini savunamayacak derecede malul olmalarını dikkate alarak, bunların kanun yoluna başvuruda olduğu gibi bu başvurunun geri alınmasında da müdafî karşısında daha sağlıklı bir tercihte bulunamayacaklarını düşünerek, bu kimseleri kendilerine rağmen korumakta ve şüpheli ve sanık bu küçüklerin menfaatini üstün tutarak (esasen sağlıklı olmayacağı varsayılan) iradelerinin müdafinin iradesiyle çatışması durumunda müdafinin onların haklarını daha iyi koruyacağı varsayımına üstünlük tanımıştır.

Gözden kaçırılmaması gereken husus, bu üç kategorideki kimseler açısından getirilen bu hükmün bunların “şüpheli” veya “sanık” olmaları haline ilişkin olup diğer süjelikleri kapsamadığı gibi, korumanın şüpheli veya sanığın lehine kanun yoluna başvurulması ve başvuru kanun yolunun geri alınmasıyla sınırlı bir koruma olduğudur. Diğer hallerde, bu durumdaki şüpheli veya sanığın kendisinin ve yerine göre kanuni veya iradi temsilcisinin iradesi müdafinin iradesinden üstündür.

**ŞÜPHELİ VEYA SANIK İLE MÜDAFİİNİN
BAŞVURULAN KANUN YOLUNDAN
VAZGEÇİLDİĞİ HUSUSUNDA İRADELERİ ÇELİŞİRSE
HUKUKEN KİMİN İSTEĞİNE İTİBAR EDİLECEKTİR?**

Kural olarak, şüpheli veya sanık ile müdafinin başvuru kanun yolundan vazgeçildiği hususunda iradeleri çelişirse, şüpheli veya sanığın iradesine itibar edilmelidir. Müdafinin şüpheli veya sanık yararına ve silahların eşitliği ilkesinin sağlanması için kabul edilmiş olması ve faaliyetlerinin sanık aleyhine olamayacağı ile hukukçu kişi olması bu durumu değiştirmemektedir. Diğer sanık/şüpheli hakları gibi kanun yoluna başvurma veya bundan vazgeçilmesi de şüpheli ve sanığa tanınmış bir haktır ve hakkın asıl sahibinin iradesi önemlidir. Müdafii bu hakkı, şüpheli veya sanık isterse, bazen özel yetki vermek koşuluyla ve çoğu kez de iradi temsilci sıfatıyla ve fakat şüpheli veya sanık adına ve onun için/yararına kullanmaktadır. Hakkın sahibi ile hakkı sahibi lehine ve adına kullanan kimsenin iradesinin çatışması halinde hak sahibinin iradesinin üstünlüğü ve asıl dikkate alınması gerekli irade olduğu, hukuk kuralı olmak yanında aynı zamanda mantık ve adalet ilkesinin de gereğidir.

Nitekim bu nedenle ve yaptığımız bu kısa açıklamayı destekler nitelikte hükümlere CMK'da açıkça yer verilmiştir. Hatta, şüpheli veya sanığın müdafii olmadığı gibi onun müda-

fii gibi ödevleri de bulunmayan Cumhuriyet Savcısı'nın, görevi gereği ve somut davanın koşulları nazarında maddi gerçeğin ortaya çıkarılması için sanık lehine kanun yoluna başvuruda bulunmasını kabul eden kanun koyucu, bu yetkinin kullanılmış olması durumunda, sanığın yararlarını korumak ve asil iradenin artık sanığın iradesi olduğunu kabul ederek sanığın özgür iradesi ile kanun yolu hakkını kullanıp kullanmayacağını bizzat belirlemesini güvence altına alarak, normalde bir kanun yoluna başvurulduktan sonra bundan vazgeçilmesi, mercii tarafından karar verilinceye kadar geçerli olmasına karşılık, Cumhuriyet Savcısı tarafından sanık lehine yapılan başvurudan onun rızası olmaksızın vazgeçilemeyeceğini hüküm altına almıştır (Bkz., CMK m. 266/1). Hatta, sanığın müdafinin kanun yolu başvurusundan vazgeçebilmesinin hukuken geçerli olabilmesi bakımından, müdafilik için genel olarak bir vekâletname verilmiş olmasını yeterli görmemiş, müdafinin sanık tarafından kanun yolu davasını geri almak açısından özel olarak yetkili kılınmış olması zorunlu koşulunu aramaktadır (CMK m. 266/2).

Buna karşılık, CMK'nın 150. maddesinin ikinci fıkrası uyarınca, kendisine müdafî atanan şüpheli veya sanıklar yararına kanun yoluna başvurulduğunda veya başvuru kanun yolundan vazgeçildiğinde şüpheli veya sanık ile müdafîin iradesi çelişirse müdafîin iradesi geçerli sayılır (CMK m. 266/3). Burada dikkat edilmesi gerekli husus, zorunlu müdafîliğin kanunen kabul edildiği tüm hallerde sanık ile müdafîin iradesinin kanun yolundan vazgeçildiği (=kanun yolu davasının geri alındığı) hususunda çatıştığında, müdafîin iradesine sanığın iradesine nazaran üstünlük tanınmayacağıdır: Sadece CMK'nın 15/2. maddesinde öngörülen durumlarda bu gibi bir çatışkının varlığı halinde, müdafîin iradesine üstünlük tanınacaktır. Müdafî geri almayı istemez, sanık isterse kanun

yolu davası geri alınmış sayılmayacak; buna karşılık müdafî kanun yolu davasını geri alır ve fakat sanık buna karşı çıkarırsa bu kez de müdafîinin iradesine üstünlük tanınarak kanun yolu davasının geri alındığı varsayılarak buna bağlı hukuksal sonuçların doğduğu kabul edilecektir. Bu özel hükmün nedeni, sanığı kendisine nazaran korumaktır. Çünkü, CMK'nın 150. maddesindeki zorunlu müdafîlik hali, madde metninden de anlaşılacağı üzere, *“şüpheli veya sanığın on sekiz yaşını doldurmuş ya da sağır veya dilsiz veya kendisini savunamayacak derecede malul olduğu ve bir müdafîinin bulunmadığı hallerde kendisine istemi aranmaksızın bir müdafî görevlendirilmesi hali”* dir. Burada, kanun koyucu ilgili kişinin yararını ön planda tutmuş ve onun rıza veya isteği aranmaksızın *“müdafîsiz muhakeme olmaz”* ilkesini en katı haliyle kabul etmiştir. Amaç, yukarıda belirtilen nedenlerle sağlıklı iradesinden söz edilemeyecek, hukuksal yardıma muhtaç, savunmasını sağlıklı ve gerektiği gibi yapması mümkün görülmeyen kimselerin mutlaka bir müdafî yardımından yararlanarak kendilerinin haklarının korunması ve olabildiğince adil yargılanma ilkesine uygun olarak maddi gerçeğin ortaya çıkarılmasıdır. İşte, adil yargılanma ve hakkaniyet/adalet ilkeleri nedeniyle kabul edilmiş bu özel-istisnai hüküm nedeniyle, yalnızca CMK'nın 150/2. maddesinde kanunen kabul edilen zorunlu müdafîlik hallerinde ve sadece kanun yolu davasının geri alınması/vazgeçilmesi durumunda sanık ile müdafîinin iradelerinin çelişmesi durumunda, daha sağlıklı ve hukuksal bilgiyle daha yerinde ve doğru bir tercihte bulunacağı varsayılan müdafîinin iradesi esas alınarak kabul ve uygulama yapılması zorunludur.

Belirtelim ki, gerek bu CMK'nın 150/2. maddesinde düzenlenen haller dışındaki irade çatışkılarında ve gerekse CMK'nın 150/2. maddesi kapsamında olsa dahi kanun yolu davasından vazgeçilmesi (=geri alınması) konusu dışındaki

hallerde sanık ve şüphelinin iradesi ile müdafinin iradesi arasındaki çatışıklarda, artık müdafinin iradesine öncelik ve üstünlük tanınmayacaktır: burada sanık veya şüphelinin iradesi belirleyici olacaktır (Karş. CMK m. 266/3).¹⁴⁵

¹⁴⁵ Sonuç olarak ilgili bazı hükümleri belirtecek olursak: Avukat müdafiliğini veya vekilliğini üstlendiği kişilerin açık arzusuna aykırı olmamak koşuluyla kanun yollarına başvurabilir (CMK m. 261). Kabul edilebilir bir başvuruda kanun yolunun veya mercinin belirlenmesinde yanılma, başvuranın haklarını ortadan kaldırmaz. Bu halde başvurunun yapıldığı merci, başvuruyu derhal görevli ve yetkili olan mercie gönderir (CMK m. 264). Kanun yoluna başvurulduktan sonra bundan vazgeçilmesi, mercii tarafından karar verilmeye kadar geçerlidir. Ancak, Cumhuriyet Savcısı tarafından sanık lehine yapılan başvurudan onun rızası olmaksızın vazgeçilemez. Müdafinin veya vekilin başvurudan vazgeçebilmesi, vekâletnamede bu hususta özel yetkili kılınmış olması koşuluna bağlıdır. 150 nci Maddenin ikinci fıkrası uyarınca, kendisine müdafii atanan şüpheli veya sanıklar yararına kanun yoluna başvurulduğunda veya başvuru kanun yolundan vazgeçildiğinde şüpheli veya sanık ile müdafinin iradesi çelişirse müdafinin iradesi geçerli sayılır (CMK m. 266). Şüpheli veya sanık onsekiz yaşını doldurmamış ya da sağır veya dilsiz veya kendisini savunamayacak derecede malûl olur ve bir müdafii de bulunmazsa istemi aranmaksızın bir müdafii görevlendirilir (CMK m. 150/2).

Müdafî ister kanuni zorunluluk ister iradi olarak görevlendirilmiş olsun, şüpheli ve sanığın (=ve hükümlünün) hukukçu yardımcısı olup, silahların eşitliği ilkesinin sağlanması için iddia ve yargı erkleri karşısında savunma erkini güçlendirmek için kabul edilmiş bir süje konumundadır.

Şüphesiz müdafî görevini, yetki ve haklarını icra ederken sanık veya şüphelinin (=hükümlünün) talimat ve yönlendirmesinden bağımsız olduğu gibi, işlemlerde hazır bulunma, savunma taktiklerini oluşturup kullanma vs. açısından da bu bağımsızlığını korur. Kanun yolu davasının geri alınması için özel görevlendirilmesi gerekliliği (CMK m. 266/2); CMK m. 150/2 uyarınca atanan bir müdafîin kanun yolu davasının geri alınması veya başvurulmasında hususunda sanıkla iradelerinin çelişmesi halinde müdafîin iradesinin geçerliliği (CMK m. 266/3) ve kanun yoluna başvurmada sanığın açık iradesine aykırı olmamak kaydı ile kanun yoluna başvurabilmesi (CMK m. 261) gibi istisnai hükümler hariç, müdafîi hak ve yetkilerini sanık/hükümlüden bağımsız kullanır.

Ancak, bu bağımsızlık, müdafîin sanık aleyhine hareket edebileceği anlamına gelmez. Müdafîlik kurumunun anlam,

amaç ve niteliği tamamen sanık/şüpheli/hükümlü için, onun yararına görev icra etmesi, hak ve yetki kullanmasıdır. Müdafinin sanık/şüpheli/hükümlüden bağımsız o ilgili davaya özgü özel bir menfaati olmadığı gibi, müdafinin savcılık gibi kamu adına iddia veya savunma görevi yapma toplum adına hareket etme gibi bir işlev veya yükümlülüğü de yoktur; onun görev, yetki, hak ve sorumluluğu somut olayda müvekkili açısından ve onun içindir. Savcılık makamının sanığın lehine olduğu gibi aleyhine de kanun yoluna gidebilmesi hem kanunda özel hüküm olması, hem resmi bir görevli olarak asıl işlevinin maddi gerçeği araştırmak olup münhasıran sanığın cezalandırılmasını sağlayan bir erk olmaması ve kamu adına görev, hak ve yetki ile donatılarak bireysel hakların korunması gibi suçla bozulan kamu düzeninin yeniden inşası için tıpkı ceza hâkim veya mahkemesi gibi (sanık veya müştekinden farklı olarak) ihtilafın bir tarafını teşkil etmemesi, aksine ihtilafın tarafları yanında kamu adına toplumun/bireylerin adil yargılanmadaki menfaatlerinin korunmasına hizmet etmeleri ve bu nedenle de hem sanığın hem de mağdurun haklarını korumakla yükümlü kılınmalarıdır. Oysa, müdafiler, ister ücretlerini alamadıkları veya az buldukları, ister müvekkilleri ile aralarında bir ihtilaf çıkması, ister ulvi adalet/hakkaniyet düşünceleri isterse de sonradan vicdani rahatsızlık duymaları vs. nedeniyle olsun, müvekkilleri aleyhine kanun yoluna başvuramazlar. Kanun yolu başvurusunda bulunuyormuş gibi davranarak şekli başvuruya karşın, müdafinin tipik eyleminin kasten görevin ihmali veya icrasına ilişkin hükümlerin münferit olaylarda koşul ve unsurlarının gerçekleşmesi ve disiplin ve özel hukuk sorumluluğunun doğması ihtimalleri dışında, müvekkili aleyhine kanun yolu başvurusunda bulunması durumunda, bu nitelikteki bir kanun yolu başvurusunun, başvuruyu kabul eden merci tarafından esas incelemesine girilmeden “yetkisizlik” gerekçesiyle usulden reddedilmesi gerekmektedir. Müdafî mü-

vekkili ile aralarındaki ücret v.s. sorununu diğer hukuk dalları ile çözümlmeli ve eğer haklı konumda ise müdafilik ile ilgili hükümlerin öngördüğü biçim ve sürede görevini bırakması çok daha yerinde ve hukuka uygun bir tutum olacaktır.

Nitekim, Yargıtay da (Ceza Dairesi'nin bozma kararının kısmen kesinleşmesi durumunda diğer kısma ilişkin yeni bozma kararına karşı direnme kararının temyizinin mümkün olup olmadığına ilişkin) bir kararında, müdafinin sanık aleyhine kanun yoluna başvuramayacağı sonucuna ulaşmıştır.¹⁴⁶ Yargıtay kararında varılan bu sonucu doğru buluyoruz.

¹⁴⁶ "Sanık vekili tarafından, hükmün sanık aleyhine bozulmasının istenemeyeceği..." (CGK, 02.04.1996, E. 1996/10-60, K. 1996/71=YKD 1996, S. 10, s. 1612-1614).

**CUMHURİYET SAVCISININ
KANUN YOLUNA GİTMESİ ÜZERİNE
KARAR BOZULURSA
YENİDEN YAPILACAK KOVUŞTURMA SONRASI
SANIĞIN DAHA ALEYHİNE BİR KARAR
VERİLEBİLİR Mİ?**

131

Cumhuriyet Savcıları (CMK m. 260/1-2 uyarınca) sanık lehine olarak da aleyhine olarak da kanun yolarına başvurabilirler (CMK m. 260/3) ve kural olarak Cumhuriyet Savcısı tarafından aleyhine kanun yoluna gidilen karar, sanık lehine bozulabilir veya değiştirilebilir (CMK m. 265).

Ancak Cumhuriyet Savcısı, somut olayda sanık aleyhine kanun yoluna başvurmayıp, sanık lehine başvurduğunda, yeniden verilen hüküm önceki hükümde tayin edilmiş olan cezadan daha ağır bir cezayı içeremez (CMK m. 265). Reformatio in peius (aleyhe ağırlaştırma yasağı) kuralı olarak adlandırılan etkinin doğması için, bir genel kural olarak düzenlenen CMK m. 265'e göre, başvurunun münhasıran sanık/şüpheli veya bunun müdafininin yapması gerekmekte, Cumhuriyet Savcısı'nın başvurusunun sanık lehine olması gerekmektedir. Cumhuriyet Savcısı sanık/şüpheli aleyhine başvuruda bulunduğu takdirde ise bu tür bir sonuç doğmayacaktır.

Bu ağırlaştırma yasağı, kanunda özel bir ayırım yapılmadığı için, gerek cezanın türü gerek miktarı açısından böyledir. Güvenlik tedbirleri açısından bir özel ifade kullanılmamış ol-

makla birlikte, CMK m. 265'deki 'cezadan' ifadesinin teknik anlamıyla "ceza"yı ifade etmek için kullanıldığı ve fakat bununla "ceza yaptırımını"nın kastedilmediğini ve bu nedenle de güvenlik tedbirlerine ilişkin etkisinin olamayacağı biçiminde kabul edip, uygulamayı bu şekilde yapmak gerektiği düşüncesindeyiz. Burada, ceza yaptırımının bir türü olan güvenlik tedbirlerinin mahkûmiyet olunan suçtan daha çok hükümlünün tehlikelilik ve ceza hukukunun özel önleme amacına hizmet etmesi nedeniyle, bu tür bir sınırlamaya tabi tutulamayacağı düşüncesindeyiz.

Belirtelim ki, CMK kanun yollarında uygulanacak aleyhe ağırlaştırma yasağına ilişkin bu genel kural yanında, aynı kuralı, bilerek veya bilmeyerek koşulları kısmen farklı düzenlenen ve münhasıran ilgili kanun yolu için uygulanacak özel hükümlerle de düzenlemiştir. Örneğin CMK m. 283 istinaf yoluna başvurulması açısından böyle bir özel hükmü içermekte olup, burada sadece Cumhuriyet Savcısı'na özgü bir kural koymaktan ziyade "sanık lehine başvurulmuş olma"yı belirleyici bir koşul olarak düzenlemiştir. Burada yalnızca veya diğer lehe başvurularla birlikte Cumhuriyet Savcısı'nın lehe başvurusu da şart koşulmamaktadır. Madde metni özel hüküm olmasına karşın çok genel olarak, istinaf yoluna sanık lehine başvurulması halinde, yeniden verilen hükmün, önceki hükümle belirlenmiş olan cezadan daha ağır olamayacağını düzenlemiştir. Ancak dikkat edelim ki, gerek CMK 265 gerek CMK m. 283 uyarınca olsun, reformatio in peius ilkesinin uygulanabilmesi için, sanık/şüpheli lehine kim başvurursa başvursun, (lehe başvuru olmak kaydı ile) herhangi tek bir süjenin dahi sanık/şüpheli aleyhine başvurmamış olması gereklidir. Bir veya birkaç kişi sanık/şüpheli lehine ve bir veya birkaç kişi ise sanık aleyhine başvurmuş ise, bu takdirde sonraki yargı-

lamada “*aleyhine ağırlaştırma yasağı*” ilkesi uygulanamayacaktır. Çünkü, bu takdirde diğer süjelerin kanun yoluna başvurusu üzerine ulaşılabilecek maddi gerçek, yalnızca sanığın yararını ön planda tutulması suretiyle vazgeçilebilecek ölçüde önemsiz bir husus değildir.

131

İTİRAZ KANUN YOLU BAŞVURUSUNUN VE İTİRAZ ÜZERİNE MERCIİN VERDİĞİ KARARIN ETKİSİ NEDİR?

İtiraz, kararın yerine getirilmesinin geri bırakılması sonucunu doğurmaz. Ancak, kararına itiraz edilen makam veya kararı inceleyecek merci, geri bırakılmasına karar verebilir (CMK m. 269).

İtirazı inceleyecek merci, yazı ile cevap verebilmesi için itirazı, Cumhuriyet Savcısı ve karşı tarafa bildirebilir. Mercii, inceleme ve araştırma yapabileceği gibi gerekli gördüğünde bunların yapılmasını da emredebilir (CMK m. 270).

İtiraz yerinde görülürse merci, aynı zamanda itiraz konusu hakkında da karar verir. Mercii, itiraz üzerine verdiği kararları kesindir; ancak ilk defa merci tarafından verilen tutuklama kararlarına karşı itiraz yoluna gidilebilir (CMK m. 271).

Belirtelim ki uygulamada bazen itiraz kanun yolunun kullanılması sonrasında verilen karara karşı ikinci bir kez itiraz yoluna başvurulmakta ve bu başvuru ilgili merci tarafından kabul edilmektedir. Oysa hangi mercinin kararının (itiraz üzerine) hangi olasılıklarla ve hangi merci tarafından

incelenecegi CMK.m.268' de usulüyle birlikte ayrıntılı biçimde düzenlendiği gibi, itiraz üzerine verilen kararın kesin olduğu ise CMK.m.271/4' de düzenlenmiştir. Yalnızca ilk defa itiraz inceleyen merci tarafından verilen tutuklama kararlar açısından bir istisna mevcut olup, bu tutuklama kararına karşı itiraz kanun yoluna başvurulabilir. (Bkz. CMK. m.271/4).

Belirtelim ki, kanun yollarına başvurma hakkı olan bazı kimseler ile Cumhuriyet Savcısı'nın istinaf kanun yoluna başvurması açısından bu sorunun cevabı değişmektedir:

Bilindiği üzere, istinaf istemi, hükmün açıklanmasından itibaren yedi gün içinde hükmü veren mahkemeye bir dilekçe verilmesi veya zabıt kâtibine bir beyanda bulunulması suretiyle yapılır; beyan tutanağa geçirilir ve tutanak hâkime onaylatılır. Tutuklu sanık hakkında 263. madde hükmü saklıdır. Hüküm, istinaf yoluna başvurma hakkı olanların yokluğunda açıklanmışsa, süre tebliğ tarihinden başlar (CMK m. 273/1-2).

Sanık ve bu kanuna göre katılan sıfatını almış olanlar ile katılma isteği karara bağlanmamış, reddedilmiş veya katılan sıfatını alabilecek surette suçtan zarar görmüş bulunanların dilekçe veya beyanında, başvuruya ilişkin nedenlerin gösterilmemesi inceleme yapılmasına engel olmaz. Bu kimseler layiha verme olanağına sahip oldukları halde, istinaf yoluna başvurmak ve bu kanun yolunun işlemesi için bir layiha vermek zorunlulukları yoktur (CMK m. 273/4).

Buna karşılık, Cumhuriyet Savcısı istinaf kanun yoluna başvurduğunda, bu başvurusunun nedenlerini gerekçeleriyle birlikte yazılı isteminde açıkça gösterir (CMK m. 273). Bu yerine getirilmesi zorunlu bir yükümlülük olup, buna uyulmaması Cumhuriyet Savcısı'nın istinaf başvurusunun incelenmemesi sonucunu doğuracaktır.

*İSTİNAF VEYA TEMYİZ SÜRESİ AÇISINDAN
ESKİ HÂLE GETİRME KURUMUNA BAŞVURU
BİR ÖZELLİK ARZ EDER Mİ?*

Sanığın aleyhine, yokluğunda verilen hükümlerde eski hâle getirme istemiyle ilgili olarak CMK'nın 274. maddesi hükümleri uygulanır (CMK m. 292). Yani, sanık, yokluğunda aleyhine verilen hükümlere karşı eski hâle getirme isteminde bulunabilir. Eski hâle getirme süresi içinde de istinaf süresi işler. Sanığın eski hâle getirme isteminde bulunduğu hâllerde, ayrıca istinaf isteminde bulunması gerekir. Bu hâlde istinaf istemi ile ilişkili işler, eski hâle getirme istemi hakkında karar verilinceye kadar ertelenir (CMK m. 274).

**İSTİNAF BAŞVURUSUNA KARŞI
BAŞVURUNUN REDDİ İÇİN
KARŞI TARAF BİR ŞEY YAPABİLİR Mİ?**

135

CMK'nın 276. maddesine göre, hükmü veren mahkemece reddedilmeyen istinaf dilekçesi veya beyana ilişkin tutanağın bir örneği karşı tarafa tebliğ olunur. Karşı taraf, tebliğ tarihinden itibaren yedi gün içinde yazılı olarak cevabını verebilir. Karşı taraf sanık ise, bir tutanağa bağlanmak üzere zabıt kâtibine yapılacak bir beyanla da cevabını verebilir. Cevap verildikten veya bunun için belirli süre bittikten sonra dava dosyası, bölge adliye mahkemesine sunulmak üzere, Cumhuriyet Başsavcılığı tarafından bölge adliye mahkemesi Cumhuriyet Başsavcılığına gönderilir. CMK'nın yasal temsilci ve eşin kanun yoluna başvurusunu düzenleyen 262. ve tutuklu bulunan şüpheli veya sanığın kanun yoluna başvuru biçimini düzenleyen 263. maddeleri hükümleri saklıdır (CMK m. 277).

**İSTİNAF BAŞVURUSU SANIK YERİNE
İRADİ VEYA KANUNİ TEMSİLCİSİ TARAFINDAN
YAPILMIŞSA İSTİNAF ÜZERİNE YAPILAN
YARGILAMA SONRASINDA SANIĞA ÖNCEKİNDEN
DAHA AĞIR BİR CEZA VERİLEBİLİR Mİ?**

İstinaf yoluna sanık lehine başvurulmuşsa, yeniden verilen hüküm, önceki hükümle belirlenmiş olan cezadan daha ağır olamaz (CMK m. 283).

Belirtelim ki, Mehz Alman CMK'ya göre bu sonucun doğması için, istinaf başvurusunu "*sanığım*" yapması gerekmektedir.

Burada dikkat edilmesi gereken diğer bir husus ise, CMK m. 265'in içerğinin farklı olmasına karşılık, m. 265'in genel (kanun yolları için genel olarak düzenlenmiş) bir hüküm olduğu ve boşluk bulunan hallerde dikkate alınacağıdır. İstinaf açısından bu konuda öncelikle dikkate alınması gerekli hüküm, m. 283'deki düzenlemedir.

**MAHKEMENİN HÜKÜMDEN ÖNCE
VERİLMİŞ KARARLARINA KARŞI
TEMYİZE GİDİLEBİLİR Mİ?**

137

Hükümden önce verilip hükme esas teşkil eden veya başkaca kanun yolu öngörülmemiş olan mahkeme kararları da hükümle beraber temyiz olunabilir (CMK m. 287).

Hüküm öncesi verilen ve hükme esas teşkil eden karar tutuklama, bilirkişi kararına itiraz v.s. ise itiraz edilebilir; buna karşılık bir kanunyolu yoksa hükümle birlikte temyiz edilir.

**YARGITAY TEMYİZ BAŞVURUSUNDA
BELİRTİLEN DIŞINDA BİR HUKUKA AYKIRILIK
GÖRÜRSE, BUNA DAYANARAK
HÜKMÜ BOZABİLİR Mİ?**

Temyiz dilekçesi (başvurusu) ile temyiz layihası (temyiz gerekçelerini gösterir dilekçe) birbirine karıştırılmamalıdır. Bir temyiz incelemesi için ikisi de verilmesi gerekli dilekçelerdir. Temyiz başvurusu hükmün açıklanmasından (tefhiminden) ve eğer hüküm temyiz yoluna başvurmaya hakkı olanların yokluğunda açıklanmışsa tebliğinden itibaren yedi gün içinde hükmü veren mahkemeye bir dilekçe verilmesi veya zabıt kâtibine tutanağa geçirilecek ve hâkime onaylatılacak bir beyanda bulunulması suretiyle yapılır. Tutuklu sanık hakkında temyiz dilekçesini vermesiyle ilgili kolaylaştırıcı özel bir hüküm vardır (CMK m. 291).

Belirtelim ki, CMK hatalı olarak temyiz süresinin hükmün tebliğden itibaren başlaması olasılığına ilişkin olarak “*temyiz yoluna başvurma hakkı olanların*” ifadesini kullanmıştır. Bu hükmün yanıltıcı lafzına rağmen, bu ifadeyi, temyiz etmeye hakkı olanların tümünün yokluğu olarak anlamamak gerekir: Burada kastedilmek istenen şey, temyize hakkı olanlardan kimin yokluğunda verilmişse, hükmün ona tebliğinden itibaren temyiz süresinin başlayacağıdır. Temyiz nedenleri (temyiz layihası) ayrı bir dilekçe olarak verilebileceği gibi, ayrı iki dilekçe ver-

mek yerine temyiz istemini belirten dilekçe içinde de düzenlenebilir. Ancak uygulamada çoğu kez gerekçeli karar daha sonradan yazılıp tebliğ edildiği ve temyiz layihası için asıl önemli olanın gerekçe olması nedeniyle, genelde önce temyiz dilekçesi (=istemi=süre tutum dilekçesi) verilir ve daha sonra gerekçeli kararın tebliğinden sonra temyiz layihası (temyiz nedenlerini gösterir dilekçe) verilir.

Bir hükmün temyiz edilmesi halinde, temyiz eden hükmün neden dolayı bozulmasını istediğini temyiz başvurusunda (veya başka bir dilekçede=layihada) göstermek zorundadır. Unutulmaması gerekli önemli bir husus, istinaf kanun yolundan farklı olarak temyizde maddi inceleme yapılmadığı için, temyiz nedeni ancak hükmün hukuksal yönüne ilişkin olabilir (bkz., CMK m. 294). Eğer temyiz başvurusunda temyiz nedenleri gösterilmemişse temyiz nedeni için gösterilen sürenin bitmesinden veya gerekçeli kararın tebliğinden itibaren yedi gün içinde hükmü temyiz olunun Bölge Adliye Mahkemesine temyiz nedenlerini içeren ek bir dilekçe verilir. Cumhuriyet Savcısı temyiz ettiği, bunun sanık lehine veya aleyhine olmasının farklı hukuksal sonuçları bulunduğu için, temyiz isteğinin sanık lehine veya aleyhine olduğunu belirtmesi gerekir. Temyiz isteminde kim bulunmuşsa, ek dilekçeyi (layihayı) o imzalayarak verecektir. Bu dilekçenin de zabıt kâtibine beyanda bulunularak yapılması mümkün olup, sanığın kanuni temsilcisi ve eşi açısından CMK m. 262'de ve tutuklu sanık hakkında ise CMK m. 263'de özel hükme yer verilmiştir (CMK m. 295).

Yargıtay, yalnızca temyiz başvurusunda belirtilen hususlar ile temyiz istemi usule ilişkin eksikliklerden kaynaklanmışsa, temyiz başvurusunda bunu belirten olaylar hakkında incelemeler yapmak hakkını haiz olduğundan (CMK m. 301),

38

Yargıtay'ın temyiz başvurusunda belirtilen dışında bir hukuka aykırılık görmesi halinde, buna dayanarak hükmü bozması mümkün değildir: Yargıtay, ya temyiz başvurusunda belirtilen hususlar veya temyiz isteminin usule ilişkin eksikliklerden kaynaklanması haliyle sınırlı olarak temyiz başvurusunda bu usuli eksiklikleri belirten olaylar hakkında incelemeler yapmak ve bir bozma nedeni varsa buna dayalı olarak bozmak hakkını haizdir. Bu da bize, artık temyiz nedenlerini gösterir dilekçenin (layihanın) veya temyiz isteminde yer verilen (temyiz dilekçesindeki) nedenlerin anahtar rol oynadığını, bu nedenlerin iyi, gerekçeli ve varsa olgular ve mevzuat ile ilişkilendirilerek açıklanmasının çok önemli olduğunu ve soyut iddialarda bulunmanın temyiz başvurusu açısından çok yararlı olmayacağını göstermektedir.

Ayrıca belirtelim ki, Yargıtay, temyiz kanun yoluna başvurulması üzerine incelediği hükmü, temyiz dilekçesinde gösterilen nedenlerle bozduğunda, dilekçede açıklanmış olmasa bile saptadığı bütün diğer hukuka aykırılık hallerini ilamda gösterecektir. Keza, hükmün bozulmasına neden olan hukuka aykırılık, bu hükmü esas olarak saptanan işlemlerden kaynaklanmış ise, bunları da aynı zamanda bozacaktır (Bkz., CMK m. 302/3-4).

Temyiz istemi, kanunî sürenin geçmesinden sonra yapılmış veya temyiz edilemeyecek bir hüküm temyiz edilmiş veya temyiz edenin buna hakkı yoksa, hükmü temyiz olunan bölge adliye veya ilk derece mahkemesi bir karar ile temyiz istemini reddedecektir (CMK m. 296/1). Temyiz istemi reddedilen avukat buna karşı yapabileceği şey, CMK m. 296/2'ye dayanarak, bu ret isteminin haklılığını Yargıtay'a denetletirmek için başvuruda bulunmaktır. Temyiz eden ilgili, bu bağlamda müdafii veya vekil sıfatıyla avukat, ret kararının kendisine tebliğinden itibaren yedi gün içinde Yargıtay'dan bu hususta bir karar vermesini isteyebilir. Bu takdirde dosya Yargıtay'a gönderilir. Ancak, bu nedenden dolayı hükmün infazı ertelenemez (CMK m. 296/2). İlgili kimse veya avukatın istemi Yargıtay'ca olumlu karşılanırsa, temyiz kanun olunun işletilmesi olanağı doğmuş olacaktır.

**TEMYİZ İNCELEMESİNİN
DURUŞMALI YAPILMASI İÇİN
TEMYİZ EDİLEN HÜKMÜN
BİR AĞIR CEZA MAHKEMESİNCE
VERİLMİŞ OLMASI ŞART MIDIR?**

5271 sayılı CMK m. 299 uyarınca Yargıtay, hükmün 10 yıl veya daha fazla hapis cezasına ilişkin olması halinde ya re'sen karar vererek veya sanık veyahut katılanın temyiz başvurusundaki istemi üzerine temyiz incelemesinin duruşmalı yapılmasına karar verir. Yani, temyiz incelemesinin duruşmalı yapılması için, temyiz edilen hükmün bir ağır ceza mahkemesince verilmiş olması, CMK'da şart koşulmamıştır. CMK gerek suçun nitelemesinde gerek belirtilen miktar cezaya mahkûmiyette ağır ceza mahkemesince işlem yapılmasını aramamıştır.

Sanık, duruşmada hazır bulunabileceği gibi, kendisini bir müdafî ile de temsil ettirebilir. Ancak, sanık, tutuklu ise duruşmaya katılmak isteminde bulunamaz (CMK m. 299). Duruşmalı temyiz incelemesi yapılması için öncelikle, verilen hükmün on yıl veya daha fazla hapis cezasına ilişkin olması gerekmektedir. Bu on yıl veya daha fazla hapis, müebbet hapis veya ağırlaştırılmış müebbet hapis cezası olabilir. Bu koşul yanında ayrıca, eğer Yargıtay kendisi gerekli görürse başka bir koşula riayet

gerekmemekte, Yargıtay kendiliğinden duruşmalı temyiz incelemesi yapılması kararını verebilmektedir. Buna karşılık sanık veya katılanın temyiz incelemesinin duruşmalı yapılmasını istemeleri halinde, hükmün 10 yıl veya daha fazla hapis cezasına ilişkin olması dışında bu istemlerini 'temyiz başvurusunda' (=temyiz dilekçesinde) belirtmeleri gerekmektedir. Sanık veya katılan bu istemlerini temyiz başvurusunda belirtirlerse, Yargıtay bu istemi dikkate almak ve temyiz incelemesinin duruşmalı yapılmasına karar vermek zorundadır. Buna karşılık, sanık veya katılan bu istemlerini temyiz gerekçe, neden ve delillerini gösterdikleri dilekçede (layihada) belirtirlerse, Yargıtay'ın bu istemi kabul etmek zorunluluğu bulunmamaktadır. Fakat bu zorunluluğu bulunmamakla birlikte, esasen re'sen (hiçbir talep olmadan) duruşmalı temyiz incelemesine karar verebildiği için, Yargıtay bu layihada ileri sürülen istemi dikkate alarak duruşmalı temyiz incelemesi yapılmasına karar verebilir.

Dikkat edilirse, 5271 sayılı CMK'nın mülga CMUK'tan bu konuya ilişkin düzenlemesi esasta iki noktada ayrılmaktadır: Bunlardan birisi, mülga CMUK'tan farklı olarak, 5271 sayılı CMK'da duruşmalı temyiz incelemesi için hükmün ağır cezalık olması aranmamakta, hükmün on yıl veya daha fazla hapse ilişkin olması aranmaktadır. Diğer yandan, mülga CMUK'ta Yargıtay'ın re'sen karar vermesi olasılığı dışında duruşmalı temyiz incelemesini sadece "sanık" (temyiz dilekçesinde) talep edebilirken, 5271 sayılı CMK bu talepte bulunacak süjeye "sanık" yanında bir süje daha ilave etmiştir: "Katılan" da temyiz isteminde (dilekçesinde) duruşmalı temyiz incelemesi yapılması talebinde bulunabilecektir.

Ancak burada şu hususa dikkat edilmelidir. Halen Bölge Adliye Mahkemeleri kurularak çalışmaya başlamadıkları için, 5271 sayılı CMK'nın istinafla ve temyiz ile ilgili hükümleri

uygulanmamaktadır. Bu hükümler yerine, Mülga 1412 sayılı (ve 23.03.2005 tarih ve 5320 sayılı Ceza Muhakemesi Kanununun Yürürlük ve Uygulama Şekli Hakkında Kanun'un 8/1. maddesi uyarınca Bölge Adliye Mahkemelerinin kurulup çalışmaya başlayıncaya kadar mer'i olacak) CMUK'un konuyla ilgili m. 318. dikkate alınacaktır. Bu hükme göre ise, temyiz incelemesinin duruşmalı yapılabilmesi için hem temyiz konusu hükmün "*ağır cezaya müteallik hüküm*"lerden olması ve ayrıca ya Yargıtay'ın incelemeyi re'sen duruşmalı yapması veya sanığın temyiz dilekçesinde (isteminde) incelemenin duruşmalı yapılmasını istediğini belirtmesi gerekir. Eğer sanık temyiz incelemesinin duruşmalı yapılmasını ister ve hüküm ağır cezaya ilişkin ise, Yargıtay incelemeyi duruşmalı yapmak zorundadır. Buna karşılık, hükmün ağır cezaya müteallik olması kaydıyla, Yargıtay böyle bir talep olmadan da kendisi ister/gerek görürse, incelemesini duruşmalı yapabilecektir. Sanık bu istemini temyiz dilekçesinde değil de, temyiz layihasında (temyiz nedenlerini, gerekçesini ve delillerini gösterdiği dilekçede) isterse, Yargıtay bu istemi dikkate almak zorunda değildir. Ancak yine de, Yargıtay hiçbir istem olmadan re'sen duruşmalı inceleme yapmaya karar verebildiği için, temyiz layihasında bu istemin ileri sürülmesi halinde, kabul etmek zorunda olmadığı halde, kendisi bu istek dolayısıyla temyiz incelemesinin duruşmalı yapılmasına karar verebilir. Burada işaret etmek istediğimiz diğer bir husus ise, mülga (ve halen uygulanan) CMUK m. 318 duruşmalı temyiz incelemesi yapılması için temyiz konusu hükmün "*ağır cezaya müteallik olmasını*" aramıştır. Aslında bunun anlamı, görev kuralları gereğince işin ağır ceza mahkemelerinin görevine giren bir iş olması gerektiğidir; burada işe ağır ceza mahkemesinin bakması gerektiği gibi, verilen ceza miktarının da önemi yoktur. Fakat uygulamada Yargıtay, bu kanuni ifadeyi, "*hükmün bir ağır hapis cezasının verilmiş olması*" biçiminde yorumlayıp uygulamakta, iş ağır

ceza mahkemelerinin görevine girdiği halde, verilen ceza ağır hapis değilse, duruşmalı temyiz incelemesi yapmamakta ve bu yöndeki talepleri de reddetmekteydi.¹⁴⁷

Duruşmalı incelemeye karar verildiğinde, ne gibi usuli işlemlerin yapılacağı ise, 5271 sayılı CMK m. 299 ve mülga CMUK m. 318’de ayrıca düzenlenmiştir.

CMK m. 299’da temyiz incelemesinin duruşmalı yapılabilmesi için, “10 yıl ve daha fazla hapis cezasına ilişkin hükümler” der söz etmiştir.¹⁴⁸ Bu ifade ile, somut davadaki son kararda (=hükümde) hükmedilen ceza miktarının mı yoksa yargılamaya konu suça ilişkin olarak iddia makamının talebinin mi veya nihayet sabit addedilen suça ilişkin kanun hükmündeki soyut ceza miktarının mı kastedildiği açık değildir; olması gereken hukuk açısından madde metninin netleştirilmesi ve tereddütlerin ortadan kaldırılması gerekmektedir: örneğin yargılama sonunda beraat kararı verilir ve bu karar sanık aleyhine temyiz edilirse bu incelemenin, madde metninde belirtilen koşullarla, duruşmalı olup olamayacağı belirsizdir. Çünkü, madde metninde, “hüküm” denmiş ve fakat “her tür karar” veyahut “suça ilişkin soyut ceza” ya da “mahkumiyet” ifadeleri kullanılmamış-

¹⁴⁷ Bkz., “Ağır hapis cezasının para cezasına çevrildiği durumlarda, temel ceza para cezası olduğundan, Yargıtay’da duruşmalı inceleme yapılamaz” (1. CD, 24.12.1969, E. 3203, K. 3389, Yurtcan, Erdener, *Ceza Yargılaması Hukuku*, 11. Bası, İstanbul 2005, s. 489).

¹⁴⁸ CMK m. 299 : (1) On yıl veya daha fazla hapis cezasına ilişkin hükümlerde, Yargıtay, incelemelerini sanığın veya katılanın temyiz başvurusundaki istemi üzerine veya re’sen duruşma yoluyla yapar. Duruşma gününden sanığa, katılana, müdafii ve vekile haber verilir. Sanık, duruşmada hazır bulunabileceği gibi, kendisini bir müdafii ile de temsil ettirebilir.

(2) Sanık, tutuklu ise duruşmaya katılmak isteminde bulunamaz.

140

tır. Madde metnindeki“*hüküm*” ifadesinden hareketle, ister beraat ister mahkumiyet kararı verilsin, madde metnindeki koşullarla, yargılama konusu suçun soyut olarak gerektirdiği ceza miktarının (yargılama sonunda mahkumiyet veya beraat ve keza mahkumiyet kararı verilmesi halinde somut cezanın miktarından bağımsız olarak) en az on yıl veya daha fazla hapis cezasına ilişkin olması halinde, temyiz incelemesinin re’sen duruşmalı yapılabileceğini veya temyiz layihasında istenmesi halinde yapılmaz zorunluluğunun bulunduğu düşüncesindeyiz.

TEMYİZ KANUN YOLUNDA
HÜKMÜ BOZAN YARGITAY
DOSYAYI HÜKMÜNÜ BOZDUĞU
MAHKEME DIŞINDA BİR MAHKEMEYE
GÖNDEREBİLİR Mİ?

141

Öncelikle belirtelim ki, ilke olarak, görev ve yetki kurallarına uymak kaydı ile, Yargıtay (veya ileride çalışmaya başladıklarında) Bölge Adliye Mahkemeleri, bozarak yerel mahkemenin yeniden kovuşturma yapması için dava dosyası yerel mahkemelere gönderilirken kararı bozulan mahkemeye gönderebileceği gibi, başka bir mahkemeye de gönderebilir. Uygulamamızda genellikle, işe vakıf olduğu (ve kısmen de yargıçlara terfi için not verme sisteminin denetimine daha çok olanak sağladığı için) aynı (kararı bozulan) mahkemeye gönderilmektedir. Oysa, hâkimin bağımsızlığı ve tarafsızlığını daha iyi sağlamak ve somut olay açısından pekiştirmek için, diğer bir mahkemeye göndermek, daha yararlı olacaktır. CMK her iki mahkemeye gönderme açısından olanak tanımaktadır. Ancak CMK hükmünün dikkatlice ele alınması gerekmektedir. Çünkü ilke yukarıda belirttiğimiz biçimde olmakla birlikte, birkaç hususta ilgili hükümde istisnai kural ayrıntılı olarak düzenlenmiştir:

CMK m. 304/1'e göre, bölge adliye mahkemesinin temyiz olunan hükmünün Yargıtay'ca hukuka uygun bulunması halinde temyiz isteminin esaslanmamasına karar verileceği hal (CMK m. 302/1) ile Yargıtay'ca davanın esasına hükmedilecek halleri düzenleyen hüküm (CMK m. 303) kapsamındaki durum-

larda karar verildikten sonra, dava dosyası hükmü veren bölge adliye mahkemesine gönderilmek üzere Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı'na verilir. Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı'nın dava dosyasını ilettiği Bölge Adliye Mahkemesi ise, dosyayı Yargıtay'dan geldiği tarihten itibaren yedi gün içinde gereğinin yapılması için ilgili ilk derece mahkemesine gönderilmek üzere bölge adliye mahkemesi Cumhuriyet Başsavcılığı'na verir (CMK m. 304/1). Bölge adliye mahkemesi Cumhuriyet Başsavcılığı ise, dava dosyasını ilk derece mahkemesine gönderir. Görüldüğü üzere, CMK'nın 304/1. maddesi gereğince, CMK m. 302/1 ve 303. maddeler kapsamında verilen kararların Yargıtay'da bozulması sonrası gönderilecek yerel mahkeme açısından bir açıklık yoktur. Sadece, Yargıtay kararı sonrası gönderilecek bölge adliye mahkemesi açısından bir açıklık olup, daha önce hükmü veren bölge adliye mahkemesine (gereği yapılarak ilk derece mahkemesine aktarılmak üzere) gönderileceği hususu düzenlenmiştir. CMK m. 304/3'deki düzenleme de dikkate alındığında, kanun koyucunun bu tercihini bilinçli yaptığı ve esasta bu kapsamdaki dosyaların hükmü veren bölge adliye mahkemesinin kararına konu hükmü veren ilk derece mahkemesine gönderilmesini amaçladığı anlaşılmaktadır.

Kanımızca, bu kısıtlama yerinde değildir. Bu kapsamdaki dava dosyalarının bozulması hali için de, CMK m. 304/2'deki gibi bir düzenleme olması ve somut olay açısından her zaman görev ve yetki açısından eşdeğer başka bir mahkemeye gönderebilme olanağı tanınmalıydı. İleride yapılacak bu yöndeki bir değişiklikle, CMK'nın bu hatalı düzenlemesinin düzeltileceği ve hükme kavuşturulacak yeni içeriğin hâkimin bağımsızlığı ve özellikle de tarafsızlığına hizmet edeceği düşüncesindeyiz.

Buna karşılık Yargıtay, dava dosyasını CMK'nın 303. maddede belirtilenler dışında kalan hâllerde yeniden incelenmek ve hüküm verilmek üzere hükmü bozulan bölge adliye mahke-

mesine veya diğ er bir böl ge adliye mahkemesine gönderecektir (CMK m. 304/2). Görüldüğü üzere, burada Yargıtay'ın dava dosyasını göndereceği böl ge adliye mahkemesi, ya hükmü Yargıtay'ca bozulan veya başka bir Böl ge Adliye Mahkemesi olabilecektir.

Buna karş ılık, hüküm, mahkemenin hukuka aykırı olarak kendisini görevli veya yetkili görmesinden dolayı bozulmuş sa, bu takdirde Yargıtay aynı zamanda dosyayı görevli veya yetkili mahkemeye gönderecektir (CMK 304/3). Burada dava dosyasının görevli veya yetkili mahkemeye gönderileceğ inden kastedilen, görev ve yetki kuralları arasında bir seçimlik yetki olmadığı, ya yetki veya görev konusunda ihtilaf bulunan hallerde görev (veya yetki) sorununu inceleyen Yargıtay'a göre hangi mahkeme yetkili (veya görevli) ise dosyayı ona göndereceğ idir. Burada, görevli veya yetkili mahkeme dışında, dava dosyasının ayrıca gönderileceği yedek (baş ka) bir mahkemenin seçimlik olarak düzenlenmemesi yerindedir ve hâkimin tarafsızlığı ve bağımsızlığını ihlal etmemektedir. Çünkü Yargıtay burada asli olarak görev veya yetki sorunun incelemekte ve kanuna göre hangisi yetkili veya görevli ise ona göndermektedir ki, amaca, kanuna ve hukuka uygundur.

Nihayet, ilk derece mahkemesi tarafından doğ rudan temyiz yolu açık bulunan hükümlerle ilgili olarak verilen karara ilişkin dosya, hükmü veren ilk derece mahkemesine gönderilmek üzere Yargıtay Cumhuriyet Baş savcılığı'na verilecektir (CMK m. 304/4). Burada da, Yargıtay tarafından bozulan hükme ilişkin dava dosyasını yeniden görülmek üzere gönderileceği mahkeme kanunda seçimlik olarak düzenlenmeyip, CMK'da yalnızca hükmü veren ilk derece mahkemesine gönderileceği hüküm altına alınmıştır. Yukarıda CMK'nın 304/1. maddesi açısından yönelttiğimiz eleştiri bu fıkradaki düzenleme açısından da geçerlidir.

Bilindiği üzere bu konudaki temel kural, davasız yargılama olmaz ilkesidir. Bu ilke yalnızca ilk derece mahkemeleri önündeki yargılama için geçerli olmayıp, kanun yolu davası için de geçerlidir: Kanun yolu davası açmayan kimse, o ilgili kanun yolundan yararlanamaz, o kanun yolu davasına re'sen el atılamaz.

Ancak bu ilkenin istisnalarından en önemli ikisinden birincisi, doktrin ve uygulamada otomatik istinaf (=halen Bölge Adliye Mahkemeleri işleyinceye kadar otomatik temyiz) denilen ve 15 yıl ve daha fazla hapis cezalarına ilişkin hükümlerin Bölge Adliye Mahkemelerinde istinaf kanun yolu vasıtasıyla (=halen Yargıtay'da temyiz kanun yolu vasıtasıyla) re'sen incelenmesi hali ve;

İkincisi ise, bu sorunun cevabı açısından önemli olan temyiz kanun yolunda sanık lehine bozulan hükmün diğer sanık(lar) lehine etki doğurması halidir. Konuyu düzenleyen CMK m. 306'ya göre, "Hükümi, sanık lehine bozulmuşsa ve bu hususların temyiz isteminde bulunmamış olan diğer sanıklara da uygulanması olanağı varsa, bu sanıklar da temyiz isteminde bulunmuşçasına hükmün bozulmasından yararlanırlar."

Dikkat edilirse, burada sanıklardan birisi (veya birkaçı) hakkındaki hükmü temyiz etmiş iken, mahkûm olan diğer sanık veya sanıklar hükmü temyiz etmemişlerdir. Diğer sanıklar hakkındaki karar kesinleşmiş ve hatta infazına dahi başlanmış olabilir. Temyiz kanun yolu sonunda, hüküm temyiz davası açan sanık lehine bozulursa, normalde diğer sanıkları etkilemez. Fakat, hükmün bozulması nedeni, tamamen kişisel nitelikte veya münhasıran temyiz eden sanık hakkında uygulanması mümkün bir neden değilse, bu lehe bozma kararı hükmü temyiz etmeyen (dava açmayan) diğer sanıklar hakkındaki hükmü de etkiler ve onlar hakkındaki yargılama da yeniden canlanarak, bu sanki bu sanıklar da hükmü temyiz etmişlercesine hükmün bozulmasına ilişkin bu lehe durumdan istifade ederler.

Gözden kaçırılmaması gereken husus, tamamen fiili, her sanığı ilgilendiren müşterek bir neden dahi olsa, temyiz eden sanığın hakkındaki karar temyiz kanun yolunda sanık aleyhine bozulmuşsa, bu olasılıkta davasız yargılama ilkesine bir istisna getirilmemiştir ve diğer sanıklar hakkındaki hükümler, bu bozmadan etkilenmez. Çünkü, CMK m. 306'nın amacı, birlikte yargılananlardan birisinin başvurduğu kanun yolu davasının sonuçlarından her halükarda diğer sanıklar hakkındaki hükmü de etkiler biçimde bir düzenleme getirmek olmayıp, hakkındaki mahkûmiyet kararını temyiz etmeyen (kanundaki ifadeyle) sanıkların (diğerleri hakkındaki karar kesinleştiği için doğrusu hükümlülerin) sırf kanun yoluna başvurmadıkları için aslında kendileri lehine uygulanabilecek ortak bir bozma nedeninin etkisinden bu kimseleri yoksun bırakmamak için davasız yargılama olmaz ilkesine (diğer hükümlüler lehine) istisna getirmektir.

**TEMYİZ KANUN YOLUNA BAŞVURULMASI
ÜZERİNE VERDİĞİ HÜKÜM
YARGITAY’CA BOZULAN MAHKEME
ESKİ KARARINDA İSRAR EDEBİLİR Mİ?
İSRAR ETMEYİP BU BOZMAYI KABUL EDERSE,
NE TÜR BİR KARAR VEREBİLİR?**

Yerel mahkemenin verdiği hüküm temyiz edilir ve bu hüküm Yargıtay tarafından bozulursa, burada “*bozmadan sonraki serbestlik kuralı*” devreyi girer. Bu kural, Yargıtay’a değil, yerel mahkemeye hitap etmektedir. Bu yerel mahkeme, ya verdiği hüküm Yargıtay’ca bozulan veya Yargıtay’ın bozma kararı üzerine yeniden kovuşturma yapılması için dosya kendisine gönderilen (ve hükmü bozulan mahkeme ile eş dereceli diğer bir) mahkeme veyahut bölge adliye mahkemesi ya da hükmün görev kuralına aykırılık nedeniyle bozulması üzerine görevli olduğu kabul edilerek dosyanın gönderildiği mahkemedir (bkz., CMK m. 304/1-3).

Bozmadan sonra serbestlik kuralı, yerel mahkemenin veya Bölge Adliye Mahkemesinin bu bozma kararı karşısında direnme (=ısrar) veya uyma kararı vermesinde kendisini gösterir. İstinaf kanun yolunda bu kuralın kabul edilmemesine karşılık (CMK m. 284/1), temyiz kanun yolunda bu kural geçerlidir (CMK m. 307/3). Belirtelim ki, bu kural uyarınca direnme (=ısrar) kararı verme olanağı, Yargıtay Ceza Dairesi kararına karşı olup, Yargıtay Ceza Genel Kurulu kararına karşı direnme kararı verilemez. Yerel mahkeme Yargıtay Ceza Genel Kurulu’nun kararına uymak zorundadır (CMK m. 307/4).

“Bozmadan sonraki serbestlik kuralı”nın anlamı, aşağıda değinilecek olan “uymadan sonraki serbestlik kuralı”nın anlamından farklıdır: Bozmadan sonraki serbestlik kuralı “ısrar kararı” verebilmeyi ifade ederken, uymadan sonraki serbestlik kuralı uyma kararı sonrasında yapılacak yargılamada verilecek karardaki serbestliği ifade eder.

Buna karşılık yerel mahkeme veya bölge adliye mahkemesi Yargıtay’ın temyiz kanun yolu üzerine verdiği bozma kararına uyar ise, bu takdirde “uymadan sonraki serbestlik kuralı” devreye girer. Uymadan sonraki serbestlik kuralının muhatabı da yerel mahkeme veya bölge adliye mahkemesi olup, uyma kararı veren mahkemenin (kural olarak) uyma kararı sonrasında vereceği hükümdeki serbestliği ifade eder: Yeniden yapılacak kovuşturmada yerel mahkeme veya bölge adliye mahkemesi önceki kararın aynısını verebileceği gibi, ondan daha ağır veya daha hafif bir sonuca da ulaşabilir ve hatta aynı veya farklı yöndeki hükmünde ulaşacağı ceza tür ve/veya miktarı itibarıyla farklı olabileceği gibi, sanıklar hakkındaki kararlar öncekiyle aynı veya farklı olabileceği gibi aynı olmakla birlikte sadece hukuksal tavsif (=niteleme) de farklı bir hüküm verilebilecektir.

Uymadan sonraki serbestlik kuralının içeriği ve sonuçları birbirinden farklı olan iki istisnası vardır: Bunlardan birisi, aleyhe ağırlaştırma yasağı (=reformatio in peius)’dır. Temyizde bozulan hüküm yalnızca sanık tarafından veya onun lehine olarak Cumhuriyet Savcısı tarafından veya CMK m. 262’de gösterilen kişiler (şüpheli veya sanığın yasal temsilcisi veya eşi) tarafından temyiz edilmişse, başka bir ifadeyle bu sınırlı kişilerce ve yalnızca sanık lehine temyiz kanun yoluna gidilmişse, bozmaya uyma sonrasında yapılan yeni kovuşturma sonucunda verilen hüküm, temyiz kanun yolundaki bozma

kararının konusunu oluşturan (önceki) hükümle belirlenmiş cezadan daha ağır olamaz (CMK m. 307/4). Bunun anlamı gerek cezanın tür gerek miktarı itibarıyla önceki hükümde belirlenenden daha ağır olamayacağı, önceki hükmün bu açıdan sonraki hükmün üst sınırını oluşturacağıdır. Şüphesiz, ceza öncekinden daha ağır olmamakla birlikte, yeni verilecek hükümde eylemin hukuksal tavsifinde değişikliğe gidilebilir.

İkinci istisna ise, bozma kararına uyulursa, yeniden yapılacak kovuşturmada, uyma kararı veren mahkemenin Yargıtay'ın bozma kararında belirttiği münferit eksiklik biçimindeki bozma nedenlerinin (= "nokta bozması") gereğini yerine getirmek zorunluluğudur. Bozma kararına uyan mahkeme, bu nokta bozmasındaki eksiklikleri giderici işlemleri yaptıktan sonra, vereceği yeni hükümde yine yukarıda belirttiğimiz anlamda serbesttir. Burada bozmaya uyan mahkeme, yeniden yapacağı kovuşturmada, Yargıtay'ın bozma kararında belirttiği eksiklikleri gidermesi ve fakat gerek sübut gerek hukuksal nitelendirme konusunda vereceği kararda (aleyhe ağırlaştırma yasağına da uymak koşuluyla) tamamen serbest bırakılmıştır.

Belirtelim ki, temyiz kanun yolunda hükmün bozulmasının bir sonucu ise, hükmün sanık lehine bozulması halinde, bu bozma nedeni/ nedenlerinin temyiz isteminde bulunmamış olan diğer sanıklara da uygulanması olanağının bulunması halinde (davasız yargılama olmaz ilkesinin bir istisnası olarak), bu sanıkların da adeta temyiz isteminde bulunmuşlarcasına hükmün bozulmasından yararlanmalarıdır. Kendileri kanun yolu davası açmadıkları halde, temyiz kanun yoluna başvuran dışındaki diğer sanık/ sanıklar hakkındaki kesinleşmiş hüküm yeniden canlanır ve yeniden yapılacak kovuşturmanın konusunu oluşturarak ilişkin oldukları kişi veya kişilerin lehine yeni bir kararın verilmesi cihetine gidilir (CMK m. 306).

**YARGITAY CEZA DAİRESİNİN KARARINI
BEĞENMEYEN İLGİLİ, KARARIN YEREL MAHKEMEYE
GELMESİ ÖNCESİNDE BU KARARI
ORTADAN KALDIRMAK İÇİN NE YAPABİLİR?**

144

Özel düzenlemeler olmadıkça, Adalet Bakanı, Yargıtay Cumhuriyet Başsavcısı gibi kişilere tanınan belirli kanun yollarına başvurma hak ve yetkisini diğer sùjeler, hangi gerekçe veya nedene dayalı olursa olsun, kullanamazlar. Klasik olan hal, diğler ilgililerin itiraz, temyiz, istinaf, yargılamanın yenilenmesi kanun yollarına başvurabilmesidir.

Buna karşılık, bazen örneğın temyiz kanun yoluna başvuran bir kimse, eğer özel bir mekanizmadan (dolaylı da olsa) yararlanamaz ise, bu kanun yolu sonrasında verilen karara karşı, ya yerel mahkeme nezdinde bu karara uyulması veya uyulmaması veyahut isteminin aksine yerel mahkemece bozma kararına uyulmayıp direnilirse, bu direnme kararını Yargıtay CGK'ya götürmek üzere başvurma yolunu tercih edecektir.

Ancak sorunun cevabı olarak; Yargıtay Ceza Dairesi'nin kararını beğenmeyen ilgili, kararın yerel mahkemeye gelmesi öncesinde bu kararı ortadan kaldırmak istiyorsa, yukarıda belirtilen normal sürecin dışında, kendisinin bızatihi başvuru, iradesiyle kesin olarak harekete geçireceğı başka bir mekanizma olmamakla birlikte, dolaylı olarak (bazen) devreye

sokturmaya başarabileceği dolaylı bir başka yol vardır: Dikkat edilirse, bu süreçte Yargıtay CD'nin verdiği karar henüz kesinleşmemiş ve yerel mahkemenin uyma veya direnme kararını vereceği aşamaya gelmemiştir. Bu süreç açısından CMK m. 308'de, tüm süje veya diğer ilgililer için değil, münhasıran Yargıtay Cumhuriyet Başsavcısı'na tanınmış bir kanun yoluna başvurma yetkisi mevcuttur: Yargıtay Cumhuriyet Başsavcısı'nın İtirazı.

İşte, Yargıtay Ceza Dairesi'nin kararını beğenmeyen ve kararın yerel mahkemeye gelmesi öncesinde bu kararı ortadan kaldırmak isteyen ilgili, öne süreceği neden, gerekçe ve delillerle ancak Yargıtay Cumhuriyet Başsavcısı'nın bu kanun yoluna başvurma yetkisini kullanmasını talep edebilir. Bu talebinin her hangi bir bağlayıcılığı bulunmadığı gibi, özel bir usulü de yoktur. İlgili burada, münhasıran Yargıtay Cumhuriyet Başsavcısı'na tanınmış bir yetkinin kullanılmasını sağlayarak, onun yardımı ve hukuksal görüşünü de arkasına alarak, işi yerel mahkemenin uyma veya direnme ve bundan sonra gelişecek sürecin sonuçlanmasını beklemeden veya bu sürece girilmesini istememekte, işi Yargıtay Cumhuriyet Başsavcısı'nın iradesiyle Yargıtay CGK'ya götürerek oradan kendi lehine bir sonuç almaya çalışmaktadır. Yargıtay Cumhuriyet Başsavcısının bu yolu kullanması için herhangi bir ilgilinin istemi veya emir veya kararına ihtiyaç olmayıp, bu yola başvurmak yetkisi kendi takdirindedir. Fakat ilgililer başvurularıyla kendisini bu yola başvurma için tahrik edebilirler, tereddütlerini giderebilirler, ona başvurması için ve başvurusunda kullanabilecekleri veri sunabilirler. Talebe rağmen, Yargıtay Cumhuriyet Başsavcısı bu yolu kullanıp kullanmamaya kendisi karar verecektir. Ancak, tüm Cumhuriyet Savcıları gibi Yargıtay Cumhuriyet Başsavcısı'nın da ceza muhakemesindeki özel konumu ve faaliyet görev ve yetkilerinin niteliği dikkate alırsa, ilgili

kimselerin yeterli veriyle destekledikleri bu istemlerinden (dolaylı olarak, Yargıtay Cumhuriyet Başsavcısı'nın bu yolu kullanması nedeniyle onun sayesinde) Yargıtay CGK'dan iyi sonuçlar almaları mümkündür ve bu yolu denemelerini engelleyen bir yasal hüküm bulunmamaktadır.

Bu tür başvurular, yani asıl yetkili makam veya kişiyi o yolu kullanması için tahrik etme, ona veri sunma, hukuksal yanlışlığa dikkat çekme, aslında yetkili olmayan sùjeler açısından dolaylı olarak bu kanun yollarını kullanmanın bir biçimi konumuna gelmekte ve her zaman olmasa dahi, hakkını arayan kimselerin arzuladıkları veya ona yakın bir sonuç almaları yolunu açmaktadır. Yargıtay Cumhuriyet Başsavcısı re'sen veya ilgililerin tahriki üzerine bu yolu kullanmak isterse, Yargıtay ceza dairelerinden birinin kararına karşı Yargıtay Cumhuriyet Başsavcısı, re'sen veya istem üzerine, ilâmın kendisine verildiği tarihten itibaren otuz gün içinde Ceza Genel Kurulu'na itiraz edebilir. Belirtelim ki, sanığın lehine itirazda süre aranmaz (CMK m. 308).

*DAVANIN SÜJELERİ VEYA
YARGITAY CUMHURİYET BAŞSAVCISI
KANUN YARARINA BOZMA
KANUN YOLUNA BAŞVURABİLİR Mİ?*

Öncelikle belirtelim ki, kanun yararına bozma kanun yoluna başvurmak konusundaki asıl yetki, Adalet Bakanı'na verilmiştir. Yetki makama değil, Adalet Bakanı'nın şahsına tanınmıştır. Adalet Bakanı, hâkim veya mahkeme tarafından verilen ve istinaf veya temyiz incelemesinden geçmeksizin kesinleşen bir karar veya hükümde hukuka aykırılık bulunduğu her hangi bir biçimde öğrendiğinde, o karar veya hükmün bozulması yönündeki istemini, kanuni nedenlerini de belirterek gereğini yapmak üzere Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı'na yazılı olarak bildirir. Bu bildirim üzerine, Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı ise, bu nedenlere hiçbir şey katmaksızın, yeni bir neden eklemeyen veya farklı bir görüş sergilemeden aynen yazarak belirtilen karar veya hükmün bozulması istemini içeren yazısını Yargıtay'ın ilgili ceza dairesine gönderir (CMK m. 309).

Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı burada kendi görüşünü ekleyemez, yeni bir kanuni neden ekleyemez veya Adalet Bakanı'nın ileri sürdüğü nedenleri değiştiremez veya azaltamayacağı gibi, bu yolu işletmekten kaçınmaz. Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı, kanun yararına bozma kanun yolunun bu surette işletilmesi durumunda, Adalet Bakanı'nın bu istemini yerine

getirmek zorunda olup, farklı bir görev veya yetkiyi haiz değildir: Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı kendisine bildirilen bu talep üzerine kendi yazısını hazırlayarak, ilgili ceza dairesi nezdinde bir iddia dilekçesi haline getirmek ve ilgili kanun yolunu işe bakacak ceza dairesinde açmak zorundadır. İlgili ceza dairesi de ileri sürülen nedenleri yerinde görürse, karar veya hükmü kanun yararına bozar. CMK m. 309'un madde metninde düzenlenmesi unutulmuş ise de, ceza dairesi bu nedenleri yerinde görmez ise, talebi reddeder.

Ancak, bu demek değildir ki, Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı CMK m. 309'da düzenlenen bu kanun yararına bozma kanun yolunu hiç işletemez. Kanun koyucu istisnaen ve bir olumsuz koşula bağlı olarak, bazen bu yolun (sınırlı haller için de olsa) Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı tarafından da kullanılabilmesini olanaklı kılmıştır. Öncelikle belirtelim ki, Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı CMK m. 309'daki kanun yararına bozma kanun yolunu 309'daki tüm haller açısından kullanamaz. Sadece, *"hükümlünün cezasının kaldırılmasını gerektiren"* veya *"hükümlüye daha hafif bir cezanın verilmesini gerektiren"* hallerle sınırlı olarak (Bkz., CMK m. 310/1'un atfıyla m. 309/4-d) re'sen ilgili ceza dairesine başvurarak, kanun yararına olarak bu kanun yolunu kullanabilir. Fakat dikkat edilmesi gerekli önemli bir husus, Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı tarafından bu sınırlı yetkinin kullanılabilmesi, ancak Adalet Bakanı tarafından CMK m. 309 uyarınca bu yetkinin kullanılmasına bağlıdır: Yani, Adalet Bakanı tarafından CMK m. 309 gereğince bu kanun yolunun kullanılması için Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı'na başvurulduğunda, Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı Adalet Bakanı'nun bu talebini icra babında yazısını hazırlayıp yetkili ceza dairesine gönderecek ve fakat kendisi m. 310/1'e istinaden bu yetkiyi ayrıca kullanamayacaktır (Bkz., CMK m. 310/2).

Bu iki kiři ve makam dışında, herhangi bir ceza muhakemesi sűjesinin (yerel mahkeme nezdindeki Cumhuriyet Savcısı dahil) kanun yararına bozma yolunu kullanabilmesi mümkün değildir. Hiçbir neden veya koşul belirttiğimiz bu iki kiři ve makamın dışında bir başka sűje tarafından da bu yetkinin kullanılabilmesini mümkün kılmamaktadır. Fakat, diğer muhakeme sűjeleri, kural olarak Adalet Bakanı'nı ve kanunda belirtilen istisnai koşulun varlığı halinde (sınırlı nedenlere dayalı da olsa) Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı'nı bu yolu kullanması için tahrik edebilirler, o makam veya kişilerin bu yolu kullanmasını kolaylaştırmak ve teşvik için hukuksal nedenleri açıklayan, delil sunan, karar veya hűkműn yanlışlığını gűsterir bilgileri gűndererek bu yolu kullanmasını isteyebilirler. Bu kiři ve makam, muhakeme sűjelerinin bu istekleriyle bağlı değildir. Fakat bazen, bir önemli hukuka aykırı karar veya hűkűmden haberdar olmayabilirler, ellerinde yeterli veri olmayabilir veyahut kanun yararına bu yetkinin kullanılması gerekliliği ve katkısı hakkında bir bilgiden haberdar olmayabilirler. Bu yolun kullanılmasını isteyen diğer sűjelerin yapması gereken Őey, kural olarak Adalet Bakanı'nı ve istisnai koşul ve nedenlerin varlığı halinde ise Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı'nı tahrik etmek ve mümkünse taleplerini destekleyen delil ve sair bilgi iletmeftir.

**KANUN YARARINA BOZMA
KANUN YOLUNA "HÜKÜMLÜ ALEYHİNE OLARAK"
BAŞVURULABİLİR Mİ?**

146

CMK'nın getirdiği yeni sistemde, mülga CMUK'daki düzenlemeden farklı olarak, kanun yararına bozma kanun yolu "hükümlü aleyhine olarak" da bozulabilir. Bu düşüncemizi iki husus desteklemekte ve açığa çıkarmaktadır:

Öncelikle, konuyu düzenleyen CMK'nın 309. maddesine, mülga CMUK'ta bulunan ve bu kanun yolunun genelde hukukun birliği ve doğru-hukuka uygun uygulanmasını, özelde ise somut vaka açısından hükümlünün yalnızca lehine sonuç doğuracağını açıkça vurgulayan hükmü alınmamıştır. Mülga CMUK m. 343/4 açıkça, "mahkemeden davanın esasına da şamil olarak verilen hükümlerin bu surette bozulması alâkadar kimseler aleyhine tesir etmez." hükmünü içermekteydi. Bu tür bir hükmü CMK m. 309'da bilinçli olarak yer verilmeyişi, eski sistemin terk edildiği ve somut davaya ilişkin hukuksal sonuçların lehte veya aleyhte olsun ön plana çıkarıldığı ve ancak ikincil bir amaç olarak ülke genelinde hukukun olması gerektiği biçimde uygulanmasının ve yanlış içtihatların önlenmesinin amaçlandığı görülmektedir.

İkinci husus ise, CMK m. 309/4-c'de, mülga CMUK'ta yer almayan bir hükme yine bilinçli olarak yer verilmiştir ve

bu hüküm de, kanun yararına bozmanın (sınırlı da olsa) artık hükümlü aleyhine de işleyebilecek bir kanun yolu olarak düzenlendiğini göstermektedir. Bu hükme göre, *“davanın esasını çözüp de mahkûmiyet dışındaki hükümlere ilişkin ise, aleyhte sonuç doğurmaz ve yeniden yargılanmayı gerektirmez”*. Görüldüğü üzere, bu hüküm gereğince, davanın esasını çözmeyen veya davanın esasını çözüp de mahkûmiyete ilişkin hükümlere ilişkin ise, kanun yararına bozma kanun yolu aleyhte sonuç doğuracak ve yeniden yargılanmayı da gerektirecektir.

Yukarıda açıklananlardan anlaşıldığı üzere, artık bu kanun yolu, istinaf veya temyiz kanun yolu incelemesinden geçmeden kesinleşen karar veya hükümlerdeki hukuksal hataların giderilmesi için alternatif bir kanun yoluna dönüşmüş ve *“hükümlü aleyhine etki doğurmaz”* biçiminde açıklayacağımız klasik niteliğine son verildiğinden, isminin *“kanun yararına bozma”* olması da hukuksal sonuçları da isminin anlattığı manadan farklıdır. Çünkü bu kanun yolu sadece kanundaki anlamıyla *“kanun”* veya genel bir ifadeyle *“hukuk”* ve özelden anlaşılış biçimiyle *“ülkede hukukun doğru biçimde uygulanması için uygulamayı düzeltmez”* biçiminde bir anlamını kaybetmiştir. Bu kanun yolu artık, (kısmen sınırlı da olsa) somut olaydaki hukuksal sonuçlara odaklanmış ve öncelikle somut olayda verilen kararın hukuka aykırılığı saptandığında hem hükümlü lehine hem de aleyhine hukuksal etki doğuracak biçimde uygulanan bir kanun yoludur: Bu uygulama, eskiden olduğu gibi amaç ve sonucu itibariyle doğrudan değil, dolaylı olarak (ve eğer sonuçta verilen karar veya hüküm sonraki davalarda ilk derece mahkemelerince dikkate alınır) hukukun birliğine ve pozitif normlarımızın aynı anlamda yorumlanıp uygulanmasına hizmet edecektir.

**YARGILAMANIN YENİLENMESİ BAŞVURUSU
NASIL YAPILIR?
BU BAŞVURU NEREDE VE NASIL
İNCELENECEKTİR?**

147

Başvuru usulü ve kimlerin başvuracağı hususunda CMK'nın kanun yollarına ilişkin hükümleri, yargılamanın yenilenmesi (=muhakemenin iadesi) kanun yoluna başvuruda da uygulanacaktır.

Bilindiği üzere, kesinleşmiş kararlara karşı başvuru ve sanık/hükümlü lehine olduğu gibi sanık/hükümlü aleyhine de başvuru olağanüstü bir kanun yolu olan yargılamanın yenilenmesi nedenleri, hem kendi içinde sınırlı sayıda, hem de sanık lehine ve aleyhine başvuru kaynağı olacak nedenlerden birkaçı ortak dahi olsa, esasta bunlar farklı düzenlenmiştir (karş. CMK m. 311 ve 314). Bu nedenle bu yola başvurulduğunda, genel olarak hukuka aykırılık olduğu iddiası veya lehe başvuru nedeninin aleyhe veya bunun tersi uygulamanın her zaman yerinde olmadığı ve hukuksal sonuç doğurmayacağı, bu nedenin sanık lehine mi aleyhine mi olduğu ve bunun bu yol için kanunda düzenlenen hükümlere tamamen uyması gerektiği gözden kaçırılmamalıdır: Bu nedenlerin sayısı kıyas veya genişletici yorumla artırılmaz.

Her kanun yolunda aranmamakla veya her kanun yolunda her süjenin yapılması zorunlu olmamakla birlikte, yargılamanın

yenilenmesi başvurusunda, bu talebin kanuni nedenleri ve bu nedenlerin dayandığı delillerin gösterilmesi zorunludur (CMK m. 317). Başvuruya ilişkin usullere uyulması ve bu kanun yolunu gerektirecek kanuni nedenlerin veya bu nedenlerin dayanağını oluşturacak delillerin gösterilmesi mutlak zorunluluk olup, buna uyulmaması bu kanun yolunun işlemlerini tıka-yacaktır. Çünkü, yargılamanın yenilenmesi istemi, kanunda belirlenen şekilde yapılmamış veya yargılamanın yenilenmesini gerektirecek yasal hiçbir neden gösterilmemiş veya bunu doğrulayacak deliller açıklanmamış ise, bu istem kabule değer görülmemeyerek reddedilir. Yargılamanın yenilenmemesi kanuni nedenleri ile buna ilişkin delillerin gösterilmesi ve kanuni şekle riayet edilmesi halinde, bu isteme karşı Cumhuriyet Savcısı ve ilgili tarafa durum bildirilerek, bir diyeceği varsa bunu yedi gün içinde bildirmesi istenir. Bu hususlara ilişkin kararlara karşı itiraz kanun yolu açıktır (bkz., CMK m. 319).

Yargılamanın yenilenmesi kanun yoluna başvurulurken, bu başvuru isteminin, hükmü veren mahkemeye yöneltilmesi, dilekçenin o mahkemeye sunulması gerekir. Buna karşılık, CMK'nın 303. maddesi gereğince Yargıtay'ın doğrudan hüküm kurduğu hâllerde de hükmü vermiş olan mahkemeye, yani Yargıtay ilgili Ceza Dairesi'ne veya Ceza Genel Kurulu'na başvurulmalıdır. Burada "*derece veya farklı bir mercie inceletme*" esası benimsenmemiştir. Belirtmek gerekir ki, bu istemin kabule değer olup olmadığına, hükmü veren ve bu kanun yolu isteminin kendisine sunulduğu mahkeme karar verecektir. Bu "*kabule değer olup olmadığı*" incelemesine ilişkin karar, duruşma yapılmaksızın verilir (CMK m. 318).

Mahkeme, yargılamanın yenilenmesi istemini yerinde bulursa delillerin toplanması için bir naip hâkimi veya istinabe olunan mahkemeyi görevlendirebileceği gibi; kendisi de bu

hususları yerine getirebilir. Delillerin (mahkemece veya naip hâkim tarafından veya istinabe (=talimat) suretiyle) toplanması sırasında, soruşturmaya ilişkin hükümler uygulanacaktır. Delillerin toplanması bittikten sonra Cumhuriyet Savcısı ve hakkında hüküm kurulmuş olan kişiden yedi gün içinde görüş ve düşüncelerini bildirmeleri istenir (CMK m. 320). Amaç, sadece talep eden tarafın ileri sürdüğü ve sundukları ile yetinmemektir; çünkü, ceza muhakemesinin maddi gerçeği araştırmak amacı sadece yerel mahkemeler veya olağan kanun yollarında değil, olağanüstü kanun yolları ve diğer tali yargılamalarda da geçerlidir.

Yapılan değerlendirme sonucunda, eğer yargılamanın yenilenmesi isteminde ileri sürülen iddialar, yeterli derecede doğrulanmaz veya 311. maddenin 1. fıkrasının (a) ve (b) bentleri ile 314. maddesinin 1. fıkrasının (a) bendinde yazılı hâllerde işin durumuna göre bunların önce verilmiş olan hükme hiçbir etkisi olmadığı anlaşılırsa, yargılamanın yenilenmesi istemi esassız olması nedeniyle duruşma yapılmaksızın reddedilecektir. Dikkat edilirse, burada bir ilk derece yargılaması önündeki yargılama söz konusu olmadığı ve bu kanun yolunun konusunun yerel mahkeme önündeki davanın konusu olmayıp yargılamanın yenilenmesi kanun yolu başvurusunda gösterilen kanuni nedenler ve bunların dayanağı olarak ileri sürülen deliller olduğu için, kanun koyucu bu kanun yolu isteminin reddine karar verilebilmesi için ileri sürülen iddiaların mutlak surette ispatını aramamakta, *“yeterli derecede doğrulanmaması”* nı veya 311. maddenin 1. fıkrasının (a) ve (b) bentleri ile 314. maddenin 1. fıkrasının (a) bendinde yazılı hâllerde *“işin durumuna göre bunların önce verilmiş olan hükme hiçbir etkisi olmadığı anlaşılması”* nı yeterli görmektedir: Hatta, bu açıdan yapılan yargılamanın yenilenmesi kanun yolu başvurusunun sanığın/hükümlünün lehine veya aleyhine yapılmış olmasının da bir farkı bulunmamaktadır.

Buna karşılık, “yeterli derecede doğrulanma” veya “işin durumuna göre bunların önce verilmiş olan hükmüne hiçbir etkisi olmadığı anlaşılması” olasılığında ise, mahkeme, yargılamanın yenilenmesine ve duruşmanın açılmasına karar verir. Belirtmek gerekir ki, belirttiğimiz bu hususlara ilişkin olarak verilen kararlara karşı itiraz yoluna başvurmak olanaklıdır (CMK m. 321).

Hükümlünün ölmesi hali dahil, beraat kararı verilmesi usulü ile beraat kararı verilirken önceki hükmün kaldırılması usulü ve istem üzerine bu kanun yolu sonucunda verilen ve önceki hükmün iptaline ilişkin kararın *Resmî Gazete* ile ilânının nasıl yapılacağı CMK'nın 322. maddesinde ve önceki hükmün onaylanması, önceki hükmün iptaline ilişkin yeni bir kararın verilmesi, bu karar verilirken aleyhe ağırlaştırma yasağının uygulanma koşulu ve önceki haksız hükmün kısmen veya tamamen infazı halinde tazminat verilmesi usulü CMK'nın 323. maddesinde ayrıntılı olarak düzenlenmiştir.

**HÜKMÜN AVRUPA İNSAN HAKLARI MAHKEMESİ
TARAFINDAN AİHS VEYA EK PROTOKOLLERİNİN
İHLALİ SURETİYLE VERİLDİĞİNİN TESPİTİ
YARGILAMANIN HÜKÜMLÜNÜN LEHİNE VEYA
ALEYHİNE YENİLENMESİ NEDENİ OLUR MU?**

148

Konuyla doğrudan ilgili hüküm, CMK'nın 311. maddesinin 1. fıkrasının f bendi ile 2. fıkrası hükümleridir: CMK m. 311/1-f'e göre, "ceza hükmünün, İnsan Haklarını ve Ana Hürriyetleri Korumaya Dair Sözleşme'nin veya Eki Protokollerin ihlali suretiyle verildiğinin ve hükmün bu aykırılığa dayandığının, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin kesinleşmiş kararıyla tespit edilmiş olması... Bu hâlde yargılamanın yenilenmesi, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararının kesinleştiği tarihten itibaren bir yıl içinde istenebilir.". Belirtelim ki, bu hükmün uygulanması açısından bir tarih sınırlaması getirilmiştir: "Birinci fıkranın (f) bendi hükümleri, 4.2.2003 tarihinde Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin kesinleşmiş kararları ile, 4.2.2003 tarihinden sonra Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'ne yapılan başvurular üzerine verilecek kararlar hakkında uygulanır" (CMK m. 311/2).

Dikkat edilmesi gereken önemli bir husus, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin AİHS veya Ek Protokollerden birisinin ihlali kararı vermesinin yargılanmanın yenilenmesi nedeni sayılması, yalnızca sanık veya hükümlü lehine bu kanun yoluna gidilmesi nedenlerinden birisi olarak kabul edilmiştir. Aynı nedene dayalı olarak, sanık veya hükümlü aleyhine olarak yargılanmanın yenilenmesi kanun yoluna başvurulamaz.

Hükmün mülga CMUK'un sanık veya hükümlü lehine yargılanmanın yenilenmesi nedenlerine ilişkin maddesine eklenen ilk şeklinde, AİHM'nin ihlal kararı sonrasında Yargıtay Ceza Genel Kurulu saptanan bu ihlalin sanığa veya hükümlüye tazminat ödenerek giderilmesi mümkün bir ihlal olup olmadığını inceleyecek ve eğer tazminatla giderilebilecek bir ihlal ise bu tazminat ödenecek ve fakat yeniden bir yargılama yapılmayacak, tazminatla giderilemeyecek türde bir ihlal varsa bu takdirde yargılama yenilenecekti. Yürürlüğe girmesi için dokuz ay süre tanınan bu düzenleme yürürlüğe girmeden, her yönüyle sakıncalı olarak ve hiç de ihtiyaç olmadığı halde, bir sistem değişikliğine gidilmiş ve halen mevcut hatalı düzenleme önce mülga CMUK'da sonra da 5271 sayılı CMK'da düzenlenmiştir.

Yapılacak bir kanun değişikliği ile hem yukarıda bir örneğini verdiğimiz hem de diğer biçimdeki sakıncalara neden olan bu hükmün değiştirilerek, amaca ve somut olayda AİHM'ye başvurarak hak arayan sanık ve hükümlü için olduğu kadar ihlal kararıyla mahkûm edilen Devletin dahi lehine olan ve mülga CMUK'da ilk kez düzenlenip hiç uygulanmadan ve yürürlüğe dahi girmeden vazgeçilerek kanundan çıkarılan eski (ilk şekliyle düzenlenen) biçimiyle AİHM'nin ihlal kararının sanık veya hükümlü lehine yargılanmanın yenilenmesi nedeni sayıldığı ve fakat aynı zamanda tazminatla giderilebilecek ihlal ve giderilemeyecek ihlal arasında ayırım yapan sisteme geçilmesi gerektiği düşüncesindeyiz.

Burada olması gereken hukuk açısından CMK'nın bu hükmünün getirdiği sistemin hem amaca aykırı hem de sorunlara ve sakıncaları gebe bir düzenleme olduğudur. Örneğin Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi "*makul süre kuralının ihlal edildiği*" gerekçesiyle ihlal kararı verdiğinde dahi, bu kanun yoluna başvurulacak ve bu karar üzerine yargılama yenilenecektir. Bu andan sonra geçen her an aslında önceki makul sürenin

ihlali olgusunu ortadan kaldırıp hak ihlalini tamir etmeyecek, aksine yeni bir ihlale (en azından aynı makul süreye uyulmadığı gerekçesiyle) neden olacaktır. Bunun ise, sanık veya hükümlüye pratik hiçbir yararı olmayacak; çoğu kez aleyhe olacaktır. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin ihlal kararının sanık veya hükümlü lehine yargılamanın yenilenmesi nedeni sayılması önemli ve yerinde olmakla birlikte, CMK'da halen kabul edilen sistem itibariyle, yargılanmanın yenilenmesini benimseyip ihlal nedeniyle sanık veya hükümlünün zararlarını giderecek bir mekanizmanın kabul edilmemesi, hükümlü veya sanık yararına olan bir kurumu bu kişilerin aleyhine işleyen bir kuruma dönüştürmüştür. Bazen de sistemi tıkayacak ve AİHM ile uygulamada önemli sorunlara neden olacaktır.¹⁴⁹

Bu önemli sakıncanın nedeni, mülga CMUK'da bu kurum düzenlenirken ilk kabul edilen sistemin, bazı kimselerin da yararlanması amacıyla kanun değişikliğine gidilirken, sadece bu yargılamanın yenilenmesi nedeninin kapsamını belirleyen yürürlük tarihinde bir değişiklik yapılarak giderilebilecek bir sorunun, bu tarih değişikliği yapılırken hiçbir gereklilik olmadığı ve ilk kabul edilen sistem itibariyle hem birçok Avrupa ülkesinde uygulanan ve AİHM'nin birçok kararındaki sonuçları karşılayacak hem sanık veya hükümlü lehine sonuç doğurduğu gibi bir lehe yargılamanın yenilenmesi nedeni olarak pratik uygulamada sanık veya hükümlü aleyhine sonuç doğurmayacağı gibi hakkı ihlal edildiği için AİHM'ye başvuran kimsenin zararlarının da giderilmesi olanağını sunan bir sistemin terk edilerek, halen 5271 sayılı CMK'ya da konulan hatalı bir sistem değişikliği yapılmış olmasıdır.

¹⁴⁹ Bu hususta ayrıca bkz., Ünver, Yener, "Avrupa Birliği Kazanımları ve Anayasamız İle Diğer Mevzuatımızda Yapılan Son Değişiklikler", JGK. Jandarma Bölge Komutanlığı İnsan Hakları Semineri (27 Mart 2003-Balmumcu / İstanbul), İstanbul 2003, s. A-69 ve A-70.

TCK'nın 64. maddesi sanık ve hükümlünün ölümünün etkisini düzenlemiştir. Belirtmek gerekir ki, bu hüküm yalnızca gerçek kişi dikkate alınarak düzenlenmiş ve fakat tüzel kişiliğin herhangi bir biçimde sona ermesi halinde nasıl bir uygulama yapılması gerektiği düzenlenmemiştir.

Keza CMK'nın 249. maddesi ise, bir tüzel kişinin faaliyeti çerçevesinde işlenen suçlardan dolayı yapılan soruşturma ve kovuşturmada tüzel kişinin temsilinin nasıl gerçekleştirileceğini çeşitli olasılıkları dikkate alarak düzenlemiştir. Bu düzenlemede de tüzel kişiliğin sona ermesi halinde ceza soruşturması veya kovuşturmasına etkisi düzenlenmemiştir.

Keza CMK'nın 325/4. maddesinde sanığın hüküm kesinleşmeden önce ölmesi halinde yargılama giderlerinin akıbetinin ne olacağı düzenlenmekle birlikte, tüzel kişiler açısından bir düzenleme getirilmeyerek önemli bir eksikliğe yol açılmıştır.

Oysa tüzel kişiyi fail/sanık/şüpheli olarak kabul eden sistemler, bir taraftan tüzel kişinin sorumlu tutulabileceği koşulları kanunda düzenlerken diğer yandan tüzel kişiliğin sona ermesi ve bunun ceza muhakemesine etkilerini açıkça

Kanunlarında düzenlerler (örnek olarak bkz., Fransız CK. m. 133-1).¹⁵⁰ Ülkemiz açısından bunun ne TCK'nda ne de CMK'da düzenlenmeyişi önemli bir eksiklik olduğu gibi hem gerçek kişilere ilişkin ölüm halinin düzenlenip bunun düzenlenmeyişi hem uygulamada çoğu kez sonraki (öncekinin yerine geçen) gerçek veya tüzel kişilerin sorumluluğuna gidilerek onlar hakkında soruşturma veya kovuşturmayaya (=ve infaza) gidilmesi ve nihayet tüzel kişilerin duruşmada temsiline (ilgili sorunun cevabında belirttiğimiz gibi) eksik düzenlenmesi gibi, tüzel kişiye ilişki ölüm benzeri sona erme halleri açısından bir taraftan gerçek hukuksal sona erme hallerini düzenlemek diğer taraftan ise bu kurumun uygulama yoluyla suiistimal edilmemesini sağlamak amacıyla hileli hareketleri önlemek için koşullar ve denetim mekanizması getirmemek hem TCK hem de CMK açısından önemli bir hata ve eksikliği ifade etmektedir.

Konunun yabancı hukukta düzenlenişine ilişkin olarak şu kısa açıklamalar yapılabilir:

Tüzel kişiliğin fesih, birleşme ve diğer nedenlerle sona ermesi durumunda, tüzel kişiliğin ceza sorumluluğunun ne şekilde etkileneceği sorununa Alman Ceza Hukuku'nda kesin bir çözüm getirilmemiştir. Alman yazarlardan Hans Joachim Hirsch'e göre, "*bir şirketin fesih yoluyla ceza yargılamasından kaçınması durumuna, Alman uygulamasında henüz rastlanmamıştır. Şirketin yeni bir kuruluş ile devam ettiği durumlarda kimlik ile ilgili sorun çıkabilir*".¹⁵¹ Diğer yandan, Alman ceza hukuku açısından, genişletilmiş müsadere ve zenginleşmenin ortadan kaldırılması özel yaptırımları üçüncü kişilerde bulunan malvarlıklarını

¹⁵⁰ Bkz., Das französische Strafgesetzbuch – Code pénal., Zweisprachige Ausgabe, Freiburg im Breisgau 1999, s. 83.

¹⁵¹ Hirsch, Hans Joachim, *Strafrechtliche Verantwortlichkeit von Unternehmen.*, ZStW 107 (1995), s. 320.

konu edinebildiğinden, bir tüzel kişinin edindiği malvarlığının, daha sonra başka bir tüzel kişiye geçmesi durumunda da söz konusu yaptırıma tabi tutulacağı öngörülmektedir.¹⁵² Ancak belirtelim ki, her ne kadar Alman Düzene Aykırılıklar Kanunu'nun (Gesetz über Ordnungswidrigkeiten) 30. paragrafı, idari kabahatler niteliğindeki eylemleri gerçekleştiren tüzel kişilere tazminat kabilinden para (Geldbusse) yaptırımı uygulanmasını öngörmekte ise de, bu Kanun'un 30/II. Paragrafı, konumuzla ilgili olarak, tüzel kişiler veya kişi birliklerinin tazminat kabilinden para cezası ile cezalandırıldıkları hallerde, tüzel kişiler hakkında hukuksal nedenlerden dolayı kovuşturma yapılamıyorsa, tüzel kişilerin sorumluluklarına gidilemeyeceği hükmünü içermektedir. Dolayısıyla, inceleme konusu olayda olduğu gibi, tüzel kişilik ortadan kalktığında kovuşturmaya engel bir hukuksal engel ortaya çıkmış olacak ve tüzel kişilere idari para cezası uygulayan Federal Almanya'da dahi hukuksal varlığını yitirdiği için eski tüzel kişinin ve başkasının eyleminden ceza sorumluluğu bulunmayacağı dikkate alınarak yeni kurulan tüzel kişinin sorumluluğuna gidilemeyecektir.

Fransa'da feshinden önce işlenen suç dolayısıyla tüzel kişinin kovuşturulabilmesine ancak oldukça sınırlı bir şekilde olanak tanınmaktadır. Şöyle ki, Fransız CK'nın 133-1. maddesinde şu ifadeler yer verilmektedir: *"tüzel kişinin feshedilmesi... cezanın infazını engeller ya da durdurur. Bununla birlikte, tüzel kişinin feshinden sonra tasfiye işlemlerinin bitirilmesine kadar... para cezasının ve yargılama masraflarının tahsil edilmesine, müsadere cezasının uygulanmasına girilebilir"*. (Ayrıca bkz., Fransız Medeni Kanunu m. 1844-8; 24.07.1966 tarihli Ticari Şirketler Hakkında

¹⁵² Bkz., Hirsch, *Strafrechtliche Verantwortlichkeit von Unternehmen*, s. 306.

Kanun m. 391/1 ve 23.09.1967 tarihli Ekonomik Çıkar Birlikleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararname m. 15). Fransız Ceza Kanunu'nda da kanuna karşı hile olmamak kaydıyla, tüzel kişiliğin sona ermesi halinde davanın sona ereceği ve bu eylem nedeniyle yeni tüzel kişinin ceza sorumluluğunun bulunmadığı hususu düzenlenmiş olup, maddenin bu kısmı TCK Tasarısı'na ve kanuna alınmamıştır.

Danimarka CK prg. 27/I, bir tüzel kişinin cezalandırılabilmesi için, tüzel kişinin kendi bünyesinde ve tüzel kişi için iştiğal eden bir gerçek veya tüzel kişinin, tüzel kişinin faaliyet alanı dahilinde bir suç işlemiş olmasını şart koşmaktadır. Dolayısıyla, tüzel kişilerin ceza sorumluluğuna ülkemizden çok daha kapsamlı bir biçimde yer veren Danimarka kanun koyucusu da, üçüncü kişinin eyleminden sorumluluğun olmayacağını tüzel kişiler alanında da açıkça düzenlemiştir. Tüzel kişilerin ceza sorumluluğuna olanak veren Danimarka CK.nun 976/I. maddesinde gerçek - tüzel kişi ayırımı yapmadan, mahkûmun ölümünün eylemin ceza hukuku sonuçlarını engelleyeceği belirtilmiştir.

Konunun netleşmesi için, öncelikle ticaret şirketlerinin birleşme nedenlerinin, birleşme şekillerinin ve bu birleşmenin sonuçlarının ortaya konulması gerekmektedir. Ülkemizde son yıllardaki ekonomik durum iç ve dış ticareti ve ticari ortaklıkları derinden etkilemiştir. Ticari zorlukları aşma veya büyüme amacı gibi, ülkenin genel ekonomik yapısında meydana gelen gelişim ve değişim, ticari ortaklıkları da kendi darboğazlarını aşmak ve zarar etmeyi önlemek veya çok daha geniş bir ticari sahada ve iştiğal olunan konu ile bağlantılı tali alanlar da dahil olmak üzere faaliyet göstermek, sermayeyi artırmak, halka daha çok açılmak ve güçlü teşkilata sahip olarak verimlilik ve karlılık oranını artırmaya yöneltmiştir. Diğer yandan gelişen ve olanakları artan, bu nedenle daha kapsamlı girişimlere atılarak

hem daha geniş istihdam alanı yaratmak ve hem de mevcut statülerini günün koşullarına uydurma gereği de ticaret şirketlerini nev'i veya biçim değiştirmeye, fesholunmaya, devir veya birleşmelere, holdingleşmeye vs. zorlamaktadır.

Türk Ticaret Kanunu'nun 146. maddesinde birleşme, iki veya daha fazla ticaret şirketinin birbiriyle birleşerek yeni bir ticaret şirket kurmalarından ya da bir veya daha fazla ticaret şirketinin mevcut diğer bir ticaret şirketine iltihak etmesinden ibarettir şeklinde tanımlanmıştır.

Türk Ticaret Kanunu'nun 451. maddesi, bir anonim şirket tarafından bütün aktif ve pasifleriyle devralınması yoluyla infisahını düzenlemektedir.

Aynı Kanun'un 452. maddesi de birden çok anonim şirketin mallarının yeni kurulacak bir anonim şirket tarafından devralınabileceğini, böylece şirketlerin mallarının tasfiye edilmeksizin yeni şirkete geçeceğini belirtmektedir.

Bu iki madde de anonim şirketin tasfiyesiz infisahı hallerini düzenlemektedir. Başka bir ifadeyle, anonim şirket başka bir şirkete devrolunma amacıyla fesih kararı verdiği takdirde tasfiye sürecine girmeyecek, böylece tüzel kişiliği derhal ortadan kalkacaktır (TTK m. 439).

Türk Ticaret Kanunu'nun külli halefiyet başlığını taşıyan 151. maddesi, devralan veya yeni kurulan şirketin, ortadan kalkan şirketlerin yerine geçeceğini, bunların bütün hak ve borçlarının devralan veya yeni kurulan şirkete intikal edeceğini hüküm altına almıştır. Ancak belirtelim ki, TTK m. 151'in ceza mahkûmiyetleri, özellikle de para cezaları açısından uygulanması olanaklı değildir. Zira TTK m. 151'de sözedilen borçlar özel hukuktan kaynaklananlardır; para cezalarını kapsamına almaz.

Hukuksal anlamda şirketlerin birleşmesi, bir veya birden fazla ticaret ortaklığının, tasfiye olunmaksızın, içlerinden birine veya yeni kurulan bir ortaklığa, kendiliğinden veya külli halefiyet yolu ile geçmesi; bu suretle malvarlıklarının birleşmesi ve intikal eden malvarlığının karşılığı olarak, infisah eden ortaklığın ortaklarının, hesaplanan bir değiş - tokuş ölçüsüne göre, bünyesinde birleşilen ortaklıkta, kendiliğinden ortaklık payı kazanmasıdır. Birden çok ticaret ortaklığı arasında birleşmenin varlığından söz edebilmek için, bu ticaret ortaklıklarının malvarlıklarının birleşmesi ise, bazen birleşmeyle katılan bütün ticaret ortaklıklarının infisahları sonucunu doğurur; bazen ise, bünyesinde birleşilen ortaklık varlığını sürdürür, yalnızca onun bünyesi içine girenler infisah eder.¹⁵³

Ancak her devretme, birleşme veya devralma işlemine taraf şirketin önceki varlığını sürdürdüğünü, kişiliğinin, sermayesinin ve ortaklarının aynı ve eski haliyle devam ettiğini, eski tüzel kişiliğin ortadan kalkmadığını söylemek doğru değildir. Özellikle nev'i değiştirme, devrolunma ve birleşme hallerinde, eski tüzel kişiliğin ortadan kalkmadığını veya yeni tüzel kişilik içinde varlığını sürdürdüğünü iddia etmek hukuka aykırıdır. Örneğin ortaklıklarda nev'i değişmesi halinde, ortada iki hukuki (tüzel) kişilik, yani ilk olarak fesih ve tasfiye edilen ortaklık ve ikinci olarak da yeni kuruluş hükümleri uyarınca kurularak, tasfiye bakiyesi kendisine devredilen bir ortaklık bulunduğundan, bu tür bir dönüşümde "hukuki ayniyetten ve devamlılıktan" söz etmeye olanak yoktur. Burada olsa olsa, ortaklıklar arasında bir malvarlığı intikali olduğu için, kısmi bir ekonomik ayniyetten ve toplumsal özdeşlikten söz edilebilir.¹⁵⁴

¹⁵³ Poroy - Tekinalp - Çamoğlu, *Ortaklıklar Hukuku*, 8. Bası, İstanbul 2000, s. 106.

¹⁵⁴ Kendigelen Abuzer, *Kollektif Ortaklığın Anonim Ortaklığa Dönüştürülmesi* (Y. Lisan Tezi) İstanbul 1987, s. 6-7.; Tekinalp, Ünal. Ticaret

Feshedilen bir ortaklığın tasfiye edilmemesi ve malvarlığının bir bütün olarak yeni kurulan diğer bir ortaklığa devredilmesi, ancak bu konuda öngörülmüş bir kanun hükmü ile sağlanabilir. Çünkü tasfiyesiz sona erme ve külli halefiyet yolu ile devir olağan dışı bir sona erme ve devir biçimidir.¹⁵⁵ Ancak nev'i değiştirmenin bu modelinde de hukuki kişilikte ayniyet ve devamlılık yoktur. Bir şirket feshedilerek tasfiyesiz sona ermekte, hukuksal varlığı ortadan kalkmakta ve onun yerine yeni bir ortaklık kurularak eski ortaklığın malvarlığı bir küll olarak yeni ortaklığa devredilmektedir. Bu modele dayalı şirket dönüşümünde, bir ekonomik devamlılık, özdeşlik söz konusu olmakla birlikte, hukuki devamlılıktan söz etmek olanaksızdır.¹⁵⁶ Bu saptamalar, inceleme konusu birleşme işlemi için öncelikle geçerlidir. Çünkü, bu birleşmede, aynı şirketin isim değiştirmesi, sermaye artırımını, ortak sayısı değişikliği gibi, önceki şirketin ekonomik ve hukuki açıdan devamı sayılan bir şirketin varlığına yol açan işlem yoktur. Gerçekten, üç anonim şirketin başka bir anonim şirket tarafından devralınarak birleşmesi ve devralınan şirketin isim, sermaye, ortak vs.'de meydana gelen değişikliğin tescili ile birlikte, önceki A.Ş.'ler hukuksal (tüzel) kişiliklerini yitirmişler ve onlardan bağımsız yeni bir tüzel kişilik ortaya çıkmıştır.

Ortaklıklarında Nev'i Değiştirme Kavramı ve Türk Sistemi, İkt. Mal. 1971, C. XVIII, s. 193.; Türk, Hikmet Sami, "Ticaret Ortaklıklarının Nev'i Değiştirmesine İlişkin Yargıtay Kararları (Bildiri)", *İl. Ticaret Hukuku ve Yargıtay Kararları Sempozyumu*, Ankara 1985, s. 146-147; Gelegelen, Taner, *Ticaret Şirketlerinin Biçim (Nev'i) Değiştirmesi Fesih ve Tasfiyeyi Gerekli mi?* İkt. Mal. 1977, C: XXIV, s. 144.; Reisoğlu, Seza, *Ticaret Şirketlerinin Nev'i Değiştirmesi ve Bankalar Yönünden Ortaya Çıkan Sorunlar*, Ankara 1978, s. 8.; Doğanay, İsmail, *Türk Ticaret Kanunu Şerhi*, C. 1, 2. Bası, Ankara 1981, s. 510.

¹⁵⁵ Türk, Hikmet Sami, *Ticaret Ortaklıklarının ...*, s. 149.

¹⁵⁶ Kendigelen, *Kollektif Ortaklığın Anonim Ortaklığa Dönüştürülmesi*, s. 9-10.

Dikkat edilirse, şirketlerin birleşmelerinin sonuçları, devam olunan ortaklıkların infisah etmeleri, malvarlıklarının kendiliğinden devralan ortaklığa geçmesi, birleşmeye katılıp infisah eden ortaklıkların malvarlıkları açısından devamlılık ilkesinin geçerli olması, devir alan ortaklığının medeni ve ticaret hukuku ilişkileri açısından devralınan ortaklığın halefi olması ve alacaklıların zarar görmelerinin önlenmesi için özel korumalara gidilmesi olarak karşımıza çıkmaktadır. Bu sonuçlar içerisinde, eski ortaklıkların tüzel kişiliklerini sürdürmeleri veya ceza hukuku açısından sorumluluklarının devri gibi durumlar yoktur.

Özetle, iltihak eden (katılan) ortaklıklar malvarlıklarını bir bütün halinde devir ederek, devralan ortaklığın bünyesine girerler ve işlemler tamamlanınca tüzel kişiliklerini yitirirler. İltihak eden ortaklıklar infisah ederler, fakat tasfiye olunmazlar.¹⁵⁷

Yeni şirketi ceza hukuku kapsamında sorumlu tutup, eski şirketlerin feshedilmeden önce katlanmaları gereken yaptırımın yeni kurulan şirkete devri, ilke olarak, ceza hukuku mantığına aykırıdır. Esasen ceza sorumluluğunu, ortaklıkları yöneten kimselerin iradesine bırakmak ve yapılan ticari işlemlerle (devir, fesih, birleşme, tür değiştirme vb) arzu edilen gerçek veya tüzel kişilere sanıklık statüsü kazandırmalarına olanak tanımak ceza hukukunda kabul edilemez bir şeydir. Zira, suçun faili, mağduru ve diğer tarafları, suçun işlenmesi halinde yasada belirlenen koşullar çerçevesinde kendiliğinden doğar. Ceza yaptırımını tazminat, para alacağı, borç vs. niteliğinde olmadığından devredilemez; hatta devredilmek veya devralmak isteyen kişilerin iradeleri bu hususta uyuşmuşsa dahi bu olanaksızdır. Aksi bir uygulama, masum kimselerin cezalandırılabilmesi, kanuna karşı hile ve para cezasının tahsili

¹⁵⁷ Poroy - Tekinalp - Çamoğlu, *Ortaklıklar Hukuku*, s. 112.

olanaksız bir şirkete devriyle adeta infazı bloke etmek gibi, sanık - suçlu kimselerin keyfi tasarruflarına açık kapı bırakır. İşlenen bir suçun hukuken var olan faili kovuşturulabilir; buna karşılık fail olan gerçek kişi ölmüş veya hukuksal kişiliği sona ermişse ceza kovuşturmasına son verilmesi gerekmektedir.

İrdelenmesi gereken ve konumuzu ilgilendiren olasılık, henüz tüzel kişilik hakkında soruşturma evresi devam ederken veya kamu davası açılmakla birlikte henüz kovuşturmanın sona ermediği süreçte tüzel kişiliğin ortadan kalkması (tasfiye, birleşme, tür değiştirme, başka bir tüzel kişiliğe devrolunma vs.) durumunda, bunun kovuşturma ve davaya etkisinin ne olacağıdır.

Bu konuda öncelikle gözönünde tutulması ve uygulanması gereken hüküm TCK'nın 64. maddesidir. Bu madde gereğince, "gerçek kişiler" açısından sanığın ölümü hürriyeti bağlayıcı ceza ilişkisinin düşmesine neden olur. Para cezası tamamen veya kısmen tahsil edilmişse, sanığın ölümü halinde tahsil edilen para cezası mirasçılara verilmemekle birlikte, para cezasının tahsil edilmeyen kısmı ise mirasçılardan tahsil edilemez. Hatta hükmedilen para cezası hiç tahsil edilmeden mahkûm ölmüşse, bu cezanın ödenmesi mirasçılardan istenmez. Ölüm, müsadere işleminin uygulanmasını önlemez. Sanığın ölmesi, kamu davasını ortadan kaldırır (TCK m. 64). Davanın ortadan kalkması, davanın düşmesi (CMK m. 223/8) demektir. CMK m. 223/9 hükmü mahfuzdur.

Nitekim Yargıtay kararlarına göre de, yargılama sırasında sanığın öldüğünün anlaşılması halinde, kamu davasının ortadan kaldırılmasına karar verilir. Bu karar yerine beraat kararı verilemez.¹⁵⁸

¹⁵⁸ 5. CD, 28.06.1983, 1900/2520 (Karar için bkz., Erhan Günay, *Uygulamalı-İçtihatlı-Notlu Türk İnfaz Hukuku*, Ankara 1996, s. 458-459).

Aşağıda ayrıntılı biçimde açıklayacağımız üzere, gerçek kişilerin ölümünün kovuşturma ve soruşturmaya etkisine ilişkin mantığın tüzel kişiler açısından da yürütülmesi gerekmektedir. Çünkü tüzel kişiliğin sona ermesi de gerçek kişinin ölmesi ile aynı nitelikte olup, nasıl cezanın hiçbir amacına ulaşılamayacağı için sanığın ölümü davayı ve mahkûmun ölümü ceza infaz ilişkisini sona erdiriyorsa, tüzel kişiliğin sona ermesi de ceza kovuşturma ve soruşturmasının düşürülmesini gerektirmelidir. Tıpkı gerçek kişilerin ölümü gibi, hazırlık soruşturması sırasında tüzel kişilik sona ermişse, Cumhuriyet Savcılığı CMK'nın 172/1. maddesi uyarınca takipsizlik kararı vermelidir ve hazırlık soruşturmasına başlanmadan önce kişiliğin sona ermesinde ise kesin bir muhakeme engeli olduğu için, ceza kovuşturmasına başlanılmamalıdır. Eğer yanlışlıkla kovuşturmaya başlanılmışsa takipsizlik kararı, yanlışlıkla dava açılmışsa ise, CMK m. 223/8 gereğince düşme kararı verilmelidir.

Çünkü maddi ceza hukukunda sanık aleyhine örneksime (kıyas) yasak olmakla birlikte, sanık lehine kıyas yapılması olanaklı ve hatta çoğu kez de gereklidir.¹⁵⁹ Aynı kural, ceza muhakemesinde çok daha geniş bir uygulama alanı bulur. Tüzel kişiliğin yukarıda belirtilen sona erme hallerinin gerçek kişinin ölmesi ile aynı nitelikte olması dolayısıyla, tüzel kişiliğin sona ermesinin ayrıca TCK m. 64' da düzenlenmemiş olmasına karşın, aynı hüküm tüzel kişililer açısından da uygulanmalıdır. Her ne kadar tüzel kişilerin birleşme, devir veya nev'i değişikliği durumlarında, devralan yeni tüzel kişi, sona eren tüzel kişinin özel hukuktan kaynaklanan borçları, yükümlülükleri ve hükmolunan para cezasının infazı açısından sorumlu ise

¹⁵⁹ Aynı görüşte; İçel ve diğerleri. İçel, *Suç Teorisi*, s. 364 vd.; Bayraktar, Köksal, "Faal Nedamet", *İÜHF* 1969, C. XXXIII, S. 3-4, s. 137-139.

de, hakkında kovuşturma yapılmakla birlikte henüz dava açılmayan veya açılan davanın sonuçlanmadığı durumlarda yeni tüzel kişinin ceza sorumluluğuna gidilemeyecektir. Ceza sorumluluğuna gidilemeyecek bir halde ise, bulunulan evreye göre takipsizlik veya düşme kararı verilmelidir.

Ancak dikkat edilmesi gereken nokta, tüzel kişinin dağıldığı anda hukuki kişiliğinin de sona ermesi gerekirken, bu kişiliğin tasfiye sürecinin sonuna değin uzatılması, tüzel kişinin mal varlığını sahipsiz bırakmamak kaygısından kaynaklanmaktadır. Gerçek kişilerdeki gibi, “ölüm üzerine kendiliğinden mirasçılara intikal” ilkesine, yasal, külli halef mirasçısı olmayan tüzel kişilerde ister istemez yer verilmeyince, kişiliği malvarlığının tümüyle arıtılması sürecinin sonuna kadar uzatmak da kaçınılmaz olmuştur.¹⁶⁰ Ancak belirtilen ve tamamen borçlar hukuku ile miras hukukuna ilişkin amaçlara yönelik bu statü dışında, tüzel kişi ortadan kalktığından, hukuksal (tüzel) kişiliği de yok olmuş demektir. “Tasfiye bitince ise, tüzel kişinin evvelce zaten daralmış soluğu (tasfiye amacıyla sınırlı kişiliği) büsbütün kesilir, hukuki kişiliği tümüyle (özel hukuk açısından da) söner.”¹⁶¹

Sonuç olarak, bir anonim şirketin başka bir şirketle birleşmesi veya başka bir şirkete devrolunması halinde fesih kararı verilerek, tasfiye periyoduna girmeksizin tüzel kişilik ortadan kalkacaktır. Eğer tüzel kişiliğin ceza sorumluluğunu öngören bir normdan dolayı tüzel kişi hakkında bir kamu davası söz konusu ise, TCK'nın 64. maddesinin uygulanması gündeme gelecektir. TCK m. 64 gerçek kişilerin ölümü halinde kamu

¹⁶⁰ Serozan, Rona, *Tüzel Kişilerin.....*, İstanbul 1994, s. 49; Aynı yönde Aküna, Teoman, *Türk Medeni Hukukunda Tüzel Kişilerin*, 2. Bası, ist. 1995, s. 23.

¹⁶¹ Serozan, *Tüzel Kişiler.....*, s. 50.

davasının veya ceza mahkûmiyetinin ortadan kalkmasını düzenlemektedir. Bu düzenleme sanığın lehine kıyas yoluyla tüzel kişilere de uygulanacaktır. Tüzel kişi hakkındaki kamu davası birleşme veya devrolunma sonucu fesih nedeniyle ortadan kalkacaktır. Tüzel kişi hakkında fesihten önce hükmedilen para cezası tamamen veya kısmen infaz edilmemiş ise, bu ceza diğer bütün cezalar gibi düşecektir.

Bu konu ile ilgili olarak karşılaştırmalı hukuktaki duruma baktığımızda, sorunun iki şekilde çözümlendiğini görmekteyiz. Bazı ceza kanunları sanığın ve mahkûmun ölümünü ceza ilişkisini düşüren nedenler arasında açıkça gösterirler (Örneğin, Küba, 60; Danimarka, 92/1; Arjantin, 59/1; İtalya, 150; 171; Romanya, 163; Portekiz, 125/1; Brezilya, 108/1; Macaristan, 57/a; Belçika, 86). Buna karşılık, birçok ülkenin ceza kanunu bu konuya değinmez; cezanın amacı, niteliği, sonuçları ve gerçekleşebilme olanağının bulunmamasını göz önünde tutarak failin ölümünün ceza ilişkisini düşüren neden olarak ayrıca düzenlenmesini gereksiz bulurlar.¹⁶² Belirtelim ki, eski dönemlerin kanunları suç failinin ölümü halinde hükmedilen ve kesinleşen para cezalarının tahsiline olanak tanımak için, failin ölümü ile ilgili açık hüküm sevk etmişlerdi.¹⁶³ Bugünün Ceza Hukuku öğretisi ve uygulaması ise, hükümlünün ölümünden önce kesinleşmiş olsa dahi, para cezalarına dair olan hükümlerin yerine getirilemeyeceğini bir sistem olarak kabul etmişlerdir. Örneğin, İsviçre Ceza Kanunu ceza ilişkisini düşüren nedenler arasında failin ölümüne yer vermez. Ancak, kanunun para cezaları ve bunun tahsili ile ilgili 48/3

¹⁶² Hafter, E. *Lehrbuch des schweizerischen Strafrechts - Allgemeiner Teil*, 2. Auflage, Bern 1946, s. 429.; Majno, *Ceza Kanunu Şerhi - Türk ve İtalyan Ceza Kanunları*, Ankara 1977, c:1, sh:473.

¹⁶³ Hafter, *Lehrbuch des schweizerischen Strafrechts*, s. 429.

maddesinde, hükümlünün ölümünün para cezalarının yerine getirilebilmesine engel olacağını açıkça belirtir.

Ölüm işlenmiş bir olay olan suçu ortadan kaldırmaz. Ancak cezanın amaçları göz önünde bulundurulduğunda bunların gerçekleşebilmesini engeller ve bu nedenle ceza ilişkisini düşürür. Devletin ceza vermek hakkı ölüm ile birlikte düşünce, sanığın veya mahkûmun ölümü bakımından bir ayırımında bulunmaya da gerek yoktur.¹⁶⁴ Ölümün şekli önemsizdir; sanığın herhangi bir şekilde ölümüyle devletin ceza vermek hakkı düşer.¹⁶⁵

Yukarıdaki açıklamalardan da anlaşıldığı üzere, gerçek kişi ölür veya tüzel kişilik sona ererse, bu durum, kovuşturma veya kamu davası anlamında ceza ilişkisini sona erdirir. Kişiliğin son bulmasının ceza ilişkisini ortadan kaldırması için, bu nedenin kanunda açıkça yazılı olmasına gerek yoktur. Bu nedeni açıkça düzenleyen kanunlar olduğu gibi, buna hiç yer vermeyen veya TCK'nın yaptığı gibi yalnızca gerçek kişiler açısından düzenleme getirip tüzel kişiler açısından düzenleme getirmeyen kanunlar da olabilir. Ancak işin doğası gereği ve ceza hukukunun özellikleri itibarıyla, bu düzenleme eksikliği sonuçta hiçbir farklılığa neden olmamalı ve kişiliğin ortadan kalkmasının, kovuşturma ve dava ilişkisini düşürücü etkisini kabul edilerek uygulama buna göre yapılmalıdır. Nitekim kanunlarında sanığın ölümünü kovuşturma ve yargılamanın sona ermesi hali olarak düzenlemeyen ülkelerde de aynı yönde uygulama yapıldığı görülmektedir.

¹⁶⁴ Rittler, T. Lehrbuch des österreichischen Strafrechts - Allgemeiner Teil., Wien 1954, 2/365.

¹⁶⁵ Önder, Ayhan, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, C. II-III, İstanbul 1992, s. 739-740.

Diğer yandan, ceza muhakemesi kurumlarına ilişkin pozitif bir hüküm Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu'nda bulunsun veya bulunmasın, maddi ceza hukuku açısından geçerli "kanunilik ve kıyas yasağı ilkeleri", ceza muhakemesi normları açısından geçerli değildir. Kanunda düzenlenen bir kuruma benzemekle birlikte, açık bir normla düzenlenmeyen durumlarda ilgili normla ilişkili olarak kıyasen uygulama caizdir. Bunun ceza muhakemesindeki tek sınırı, yapılan kıyasın sanığın haklarını olumsuz etkilememesi koşuludur.¹⁶⁶ Nitekim Avusturya Yüksek Mahkemesi de birçok kararında aynı hususu vurgulamıştır.¹⁶⁷

Günümüzde Avrupa ceza hukuku dogmatikinde de, tüzel kişiler hakkında ceza sorumluluğunun kabul edilmesi durumunda, ilgili hükümlerin uygulanmasında ceza hukuku ve ceza usul hukukunda, özellikle de İHAS'nden kaynaklanan temel haklara, esaslara saygı gösterilmesi zorunluluğu üzerinde durulmaktadır.¹⁶⁸

Nitekim AB kazanımlarının en önemli kısımlarından birisini oluşturan Corpus Juris'in 1997 Versiyonu'nun "Davanın Açılması ve Sona Ermesi" kenar başlıklı 22. maddesinin 2. fıkrası açıkça, bir topluluğun dağılmasını gerçek kişilerin ölümüyle eşdeğer tutmakta ve topluluğun (tüzel kişilerin) dağılması-

¹⁶⁶ Seiler, Stefan; *Strafprozessrecht*, 3. Auflage, Wien 1999, s. 3. Aynı yönde; Roxin, Claus, *Strafrecht - Allgemeiner Teil*, Bd: I, 3. Aufl., München 1997, s. 120.

¹⁶⁷ Evidenzblatt der Rechtsmittelentscheidungen der ÖJZ (EvBl) 1969/535, EvBl 1979/183; EvBl 1997/38. Sanık lehine kıyas ise hem maddi ceza hukuku hem de ceza muhakemesi hukukunda caizdir (Roxin, *a.g.e.*, s. 122).

¹⁶⁸ Dannecker, Gerhard, "Strafbarkeit von Juristischen Personen und Personenvereinigungen", *Ceza Hukuku Reformu*, İstanbul 2001, s. 453.

la davanın düşeceğini belirtmektedir. Corpus Juris'in 2000 Versiyonu'nun "Kamu Davasının Yürütülmesi ve Sona Ermesi" kenar başlıklı 22/2. maddesi de, yukarıdaki hükmü tekrar etmiştir. Bu düzenlemeler de bize açıkça göstermektedir ki, gerçek kişinin ölümünün ceza soruşturması ve kovuşturması ile derdest davaya etkisiyle, tüzel kişilerin varlıklarını yitirmeleri arasında bir fark yoktur ve aynı yönde uygulama yapılması gerekmektedir.¹⁶⁹

Yukarıdaki açıklamalardan çıkarılması gereken sonuç, tüzel kişilerin kişilikleri ortadan kalksa dahi, önceden hükmedilen para cezalarının Amme Alacaklarının Tahsili Usulü Hakkında Kanun Uyarınca tahsil olunabilmesi olanağının istisnai bir düzenleme olduğu, istisnai düzenlemelerin ise dar yorumlanması gerektiği ve yalnızca düzenleme getirdikleri alan ve konuda uygulama alanı bulabilecekleridir. Dolayısıyla, mahkûmiyet öncesinde, yani ceza davası devam ederken veya hazırlık tahkikatı devam ederken tüzel kişiliğin sona ermesi halinde (Ayrık özel bir istisnai düzenlemenin olmaması nedeniyle genel kural uygulanarak), hazırlık soruşturması ve davanın ortadan kaldırılmasına karar verilmesi gerekmektedir.

Nitekim, 1997 CK Tasarısı'nın tüzel kişilerin ceza sorumluluğunu düzenleyen 26 ve 27. maddelerini inceleyen Yarsuvat, fesih halindeki tüzel kişilerin ceza sorumluluğunun bulunup bulunmadığı konusunda, "... Gerçek bir kişi öldüğü anda bütün sorumluluğu sona erer ve terekesi açılır. Buna karşılık hükmi şahsın faaliyetlerine son verilmesi uzun bir tasfiye sürecine bağlıdır. Bu açıdan meseleye yaklaşıldığında, tüzel kişilerin tasfiye sürecinde yaşadığı da görülmektedir. Bu süreç sırasında bir suç işlendiği tak-

¹⁶⁹ Belirtilen hükümlerin Türkçe metni için bkz., *Avrupa Birliğinin Mali Çıkarlarının Korunmasına İlişkin Ceza Hukuku Kuralları - Corpus Juris*, Seçkin Yayınları, Ankara 2001, s. 75 ve 115.

dirde hükmi şahıs ceza açısından sorumlu olabilecektir. Bu konuyu düzenleyen herhangi bir hüküm tasarıda yer almamıştır. Tasarı'nın 83. maddesi 'sanığın veya hükümlünün ölümü' başlığı altında, sadece gerçek kişilerin ölümünden bahsetmiştir..."¹⁷⁰ diyerek, tasarının hem tüzel kişilerin ceza sorumluluğunu kabul etmesini hem de gerçek kişinin ölümünden hiçbir farkı olmayan "tüzel kişinin sora ermesinin" kovuşturma ve davayı düşürmesini açıkça düzenlememesini eleştirmiştir. Yazarın yukarıdaki görüşlerine dikkat edilirse, tüzel kişilerin tasfiye süresince yaşadıklarına dikkat çektiği ve ceza sorumluluklarının yalnızca bu tasfiye süresince işlenen suç açısından olduğunu belirttiği görülür. Oysa tasfiyesiz birleşme hallerinde, esasen birleşme anıyla birlikte tüzel kişilik ortadan kalkacak ve ceza hukuku alanındaki sorumluluğu sona erecektir. Bu sonuca ulaşmak için, tüzel kişi teriminin dava ve cezayı düşüren nedenlerden ölümle ilgili madde içinde geçmesi zorunlu değildir.

Belirtelim ki, Yargıtay da TCK m. 96'nin tüzel kişiler hakkında uygulaması gerektiğini açıklıkla vurgulamaktadır. Yargıtayın inceleme konumuzla ilgili birkaç önemli kararında ulaştığı sonuçlar şöyledir: "...Gaziantep Ticaret Odasının 11.3.1993 gün 249 sayılı yazısı ile sanık Şirketin tasfiye edildiği ve 3.3.1993 tarihinde kesin kapanışını yaptığı bildirildiğinden TCK'nun 96. maddesi gereğince kamu davasının ortadan kaldırılmasına karar verilmesi gerekirken, yazılı şekilde beraat kararı verilmesi yasaya aykırı...hükümün...bozulmasına..." (Oybirliği).¹⁷¹ Yargıtay oybirliği ile verdiği diğer bir kararıyla,¹⁷² iflas kararı ile "Teknik Boya Türk A.Ş." isimli sanık şirketin tüzel kişiliği son bulduğu için

¹⁷⁰ Yarsuvat, Duygun, *Tüzel Kişilerin Ceza Sorumluluğu*, Prof. Dr. Sahir Erman'a Armağan, İstanbul 1999, s. 908.

¹⁷¹ 7. CD, 28.11.1997, E. 1997/9584, K. 1997/9632 (yayınlanmamıştır).

¹⁷² 7. CD, 16.4.1999 gün ve E. 1999/3643, K. 1999/3629 sayılı karar (yayınlanmamıştır).

TCK'nın 96. maddesi uyarınca kamu davasının ortadan kaldırılmasına ilişkin olarak İstanbul 14. Asliye Ceza Mahkemesi tarafından verilen hükmü doğru bularak onamıştır.

Dikkat edilirse, Yargıtay yukarıda belirtilen ve iflas ve tasfiye ile tüzel kişiliğin sona ermesinin derdest kamu davasına etkisine ilişkin kararlarında, tüzel kişiliğin sona ermesini kamu davasının ortadan kaldırılması nedeni saymaktadır. Bu kararlar yukarıdaki açıklamalarımızı destekleyen, aynı mantığı yansıtan kararlar olmaları dolayısıyla önemlidirler.

Kuşkusuz bu yönde bir uygulama yapılması için, tüzel kişiliğin sona erdiğinin saptanması da önem arz etmektedir. Bilindiği üzere gerçek kişilerin ölmelerinin davayı etkilemesi için öldüklerinin ispatı gerekmektedir. Uygulamada sanığın ölüp ölmediği nüfus dairesinden sorulur, yani ölüm nüfus kaydı ile saptanmalıdır. Bu saptama yapılmadan davanın düşürülmesine karar verilemez.¹⁷³

Tüzel kişilerin sona ermesinin saptanması açısından ise uygulama şu yöndedir: *"...Temyiz dilekçesi ekinde ibraz edilen Ticaret ve Sanayi Odası yazısına göre, sanık tüzel kişinin 4.12.1990 tarihinde fesh edilerek oda kaydının bilindiği üzere sürülmüş olup, 91-32/5 sayılı tebliğin 22/1. maddesi uyarınca mücbir sebep olarak kabulü mümkün bulunan infisah hali üzerine TTK'nun 552 ve 449. maddeleri uyarınca şirkete ait ticaret ünvanının ticaret sicilinden terkinini ile keyfiyetin tescil ve ilanının gerektiği ve tüzel kişiliğin ancak bu tarihte sona ereceği gözetilerek, ticaret sicil memurluğundan sorulup sonucuna göre sanığın hukuki durumunun değerlendirilmesinin gerekmesi, bozmayı icap ettirmiş..."* (Oybirliği).¹⁷⁴

¹⁷³ 2. CD, 08.01.1946., 11651/67 (Karar için bkz., Erhan Günay, *Uygulamalı-İçtihatlı-Notlu Türk İnfaz Hukuku*, Ankara 1996, s. 458-459).

¹⁷⁴ 7. CD, 9.12.1996., E. 1996/7748, K. 1996/8226 (yayınlanmamıştır).

Dikkat edilirse, gerçek kişiler açısından Nüfus Kayıtlarının gördüğü işlevi tüzel kişiler açısından Ticaret Sicili Kayıtları gördüğünden, tüzel kişiliğin sona erip ermediği kanıtlanırken bu kayıtlardan yararlanılmaktadır. Bu inceleme sonucunda ise tüzel kişiliğin sona erdiğinin saptanması durumunda ise, yukarıda da belirtildiği gibi, kovuşturma ve yargılamaya son verilmesi gerekmektedir.

6. Bu konuyla ilgili olarak, Fransız ceza hukukuna ilişkin daha önce verilen ön bilgi bizi yanıltmamalıdır: Esasında, fesih halinde, tasfiye işlemi bittikten sonra para cezası infaz edilemeyeceği gibi, para cezasına karar da verilemeyecektir (Fransız CK. m. 133-1).

Burada irdelenmesi gereken başka bir konu, ele aldığımız hukuksal sorunun ceza sorumluluğunun şahsiliği ilkesi ile bağlantısıdır. Ceza sorumluluğunun şahsiliği ilkesi, en genel ifadeyle, kişinin kendisi tarafından işlenen ve kendine ait eylemlerden sorumlu olmasını ifade etmektedir. Kişi ancak kendi eyleminden sorumlu olur; başkasının eyleminden sorumlu olmaz. Bu kuralın ihlali temel hak ve özgürlüklerin zedelemesi ve sınırlandırılması anlamına gelir.¹⁷⁵ Başka bir ifadeyle, modern hukuktaki ceza sorumluluğu sübjektif sorumluluk esasına dayanmaktadır. Bu sübjektif sorumluluktan amaç, kişinin ancak kendi kusurlu eyleminden sorumlu olması ve sorumluluk değerlendirmesinin kişisel olarak yapılmasıdır. Bu sorumluluk sisteminin özünü ise, ceza sorumluluğunun şahsiliği ilkesi oluşturmaktadır.

Keza Anayasa Mahkememiz de bir kararında, ceza hukukunda sübjektif sorumluluğun, kişisel sorumluluğun esası

¹⁷⁵ Özek, Çetin, *Basın Suçlarında Ceza Sorumluluğu*, İstanbul 1972, s. 299-300.

olduğunu belirtmiştir.¹⁷⁶ “Günüümüzde, gerek 1982 AY m. 38/6 ve AIHS m. 6’da yer alması gerek çağdaş bütün ceza hukuku sistemlerinin esasını teşkil etmesi nedeniyle, ‘ceza sorumluluğunun şahsiliği’ ilkesi ceza hukukunun en önemli ilkesi haline gelmiştir. Ceza sorumluluğunun şahsiliği ilkesi, birbirini tamamlayan, mutlakada birlikte aranılması gereken ‘kişinin kendi kusurlu eyleminden sorumlu olması’ ve ‘üçüncü şahsın eyleminden sorumlu tutulamayacağı’ şeklinde iki temel alt ilkedden oluşmaktadır. Ancak bu iki ilkeye uygunluk halindedir ki, bir ceza normunun ‘ceza sorumluluğunun şahsiliği’ esasına uygun olduğundan söz edilebilir”.¹⁷⁷

Cezaların şahsiliği kuralını düzenleyen İtalyan Anayasası’nın 27. maddesi bakımından da, benzer düşünceler ileri sürülmüştür. Bu madde kurucu mecliste görüşülürken, Leone ve Bettiol isimli ünlü cezacılar “ceza sorumluluğu şahsidir” ifadesi yerine, “ceza sorumluluğu sadece şahsi fiilden dolaydır” ibaresinin kullanılmasını önermiş, bu düşünceye, maddede kullanılan ifadenin, kişinin başkasının eyleminden sorumlu tutulmamasını daha açık ifade ettiği savı ile karşı çıkmış ve sonuçta, komisyon, her iki ifadenin de aynı anlama geldiği sonucuna vararak, İtalyan Anayasası’nın 27. maddesindeki bu ilkeyi ceza sorumluluğunun temel taşlarından birisi olarak kabul etmiştir.¹⁷⁸ Bu ilkeyle, suçu kim işlerse (olanak var ise) onun cezalandırılması, başkalarının cezalandırılmaması amaçlanmıştır.

¹⁷⁶ Ay. Mahk. 31.3.1993, 18/20 (Karar için bkz., Şen, Ersan, *Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Mevzuatı*, İstanbul 1996, a.g.e., s. 47).

¹⁷⁷ Ünver, Yener, “Ceza Hukukunda Objektif Sorumluluk”, *Ceza Hukuku Günleri-70. Yılında Türk Ceza Kanunu*, İstanbul 1998, s. 120’den naklen; Toroslu, Nevzat, “Cezai Sorumluluğun Gelişimi”, *Yargıtay Dergisi*, 1990, C. 16, S. 1-2, s. 121-122.

¹⁷⁸ Özek, *Ceza Sorumluluğu...*, s. 301, Özen, 309.

AY m. 38/6'ya göre, ceza sorumluluğu şahsidir. 1982 AY'nin 38 ve 1961 AY'nin 33. maddesinde düzenlenen ceza sorumluluğunun şahsiliği ilkesi, herkesin ancak kendisi tarafından gerçekleştirilen ve kusurlu eyleminden sorumlu tutulabileceği alt ilkesinin yanında üçüncü kişilerin eylemlerinden sorumluluğun ceza hukukunda olanaksız olduğunu hüküm altına almıştır. Olayla ilgisiz, isnat konusu eylemi gerçekleştirmeyen ve bu açıdan ne eylemi ne de kusuru bulunmayan başka bir kimsenin, suç oluşturan eylemin gerektirdiği ceza yaptırımına tabi kılınması, üçüncü şahsın eyleminden sorumluluk anlamına gelir ve hem ceza hukukunun en temel ilkelere hem de ceza sorumluluğunun şahsiliği ilkesine aykırılık oluşturur.¹⁷⁹ Söz konusu hüküm ilgili fıkranın gerekçesinde, şöyle açıklanmıştır:

"... ceza sorumluluğunun 'şahsi olduğu', yani failden gayri kişilerin bir suç sebebiyle cezalandırılmayacağı hükmünü" getirmektedir. Bu ilke dahi ceza hukukuna yerleşmiş ve 'kusura dayanan ceza sorumluluğu' ilkesine dahil, terki mümkün olmayan bir temel kuraldır".

Ceza sorumluluğunun şahsiliği ilkesi yalnızca suça sebebiyet vermiş olan kimseye ceza verilebileceğini, buna yabancı kalan şahısların ise cezalandırılmalarına olanak bulunmadığı anlamına gelir. Kişi neticeye tek başına veya kanundaki iştirak kuralları çerçevesinde sebebiyet verebilir. Esasen bir kimsenin cezalandırılmasıyla güdülen amaçlar da, o suçu işlemeyen veya işlenmesine katılmayan kimselerin cezalandırılmasıyla bağdaşmaz.¹⁸⁰

¹⁷⁹ Aynı yönde; İçel, Kayıhan, "Kaçakçılıkta Kullanılan Üçüncü Kişilere Ait Taşıtların Zoralımı", *İÜHFM* 1980, C. XVIV, sy: 1-4, s. 304-305. Ayrıca bkz., Ay. Mahk. 21.09.1966, 14/36.

¹⁸⁰ Erman, *Başkasının Fiilinden Cezai Mesuliyet*, s. 421.

Nitekim Avrupa Birliği'nin Mali Çıkarlarının Korunmasına ilişkin Ceza Hukuku Kurallarını düzenleyen Corpus Juris'in 1997 Versiyonu'nun 12. maddesi "*Ceza Sorumluluğunun Şahsiliği*" kenar başlığı altında suç ortaklığı (suça iştirak) kırımunu 14. maddesinde ise tüzel kişinin cezai sorumluluğunu düzenlemiştir. Bu hükümlere bakıldığında, tüzel kişilerin cezai sorumluluğu için de, tüzel kişinin netice açısından nedensel katkı taşıyan bir eyleminin ve kusurunun arandığı, 3. şahsın eyleminden ceza sorumluluğuna yer verilmediği görülmektedir. Corpus Juris'in 2000 Versiyonu'nun 11. maddesi şahsi ceza sorumluluğu ve 13. maddesi de Toplulukların ceza sorumluluğu kenar başlıklarıyla yukarıda belirtilen hükümlere paralel düzenlemeler getirmiş ve tüzel kişiler açısından ceza sorumluluğunun şahsiliği ilkesinin altı çizilmiştir.¹⁸¹

Burada ceza sorumluluğu için kişinin kendi eylem ve kusurunun aranması ve başka bir kişinin-kişiliğın eyleminden sorumlu tutulmaması, hem çağdaş fiil ceza hukukunda kişinin yalnızca kendi eyleminden dolayı kusurlu sayılmasının hem de hareketi olmayan veya hareketi ile suç oluşturan sonuç arasında nedensellik bağlantısı bulunmayan kimsenin sorumlu tutulamamasının bir gereğidir. Çünkü yalnızca failin yaşam tarzına dayanarak kişiyi cezalandıran fail ceza hukuku anlayışı gibi, bir kişinin başka bir kimsenin eyleminden sorumlu kılması anlayışı da tarihte kalmıştır. Kişinin hiç eylemi yoksa veya yaptığı hareket neticeye bir nedensel katkıda bulunmamışsa veya münhasıran kendisine ait bir kusuru mevcut değilse, ceza

¹⁸¹ Belirtilen hükümlerin Türkçe metni için bkz., *Avrupa Birliğinin Mali Çıkarlarının Korunmasına İlişkin Ceza Hukuku Kuralları - Corpus Juris*, Seçkin Yayınları, Ankara 2001, s. 65 ve 66. Belirtilen hükümlerin almanca ve Fransızca metinleri için ise Bkz., *a.g.e.*, s. 139 - 141 ve 166-169.

hukuku o kişinin sorumluluğuna gidemez. O nedenle ceza sorumluluğunun doğabilmesi için, hem sorumlu tutulmak istenen kişinin kendi kusurunun bulunması, hem de kendi iradesiyle gerçekleştirdiği ve sonuç açısından nedensel değer taşıyan hareketinin varlığı zorunludur.¹⁸²

Anayasa Mahkememiz de, ceza sorumluluğunun şahsiliğini “herkesin, ancak kendi eyleminden sorumlu tutulması, suç işlenmedikçe ya da işlenmesine katılmadıkça kimseye ceza sorumluluğu yüklenememesi” olarak tanımlamıştır.¹⁸³

Ceza Yaptırımı, geniş bir ifadeyle, toplumda suç ile bozulan düzeni yeniden inşa, suçun kefareti ve failin ıslahı için uygulanır. Suç bir insan eylemi olup, ceza ise toplum düzenini bozan ve bireylerin haklarını ihlal eden bu eylemi gerçekleştiren faile karşı uygulanan yaptırımdır. Dolayısıyla suç failin eylemi olunca, ceza da ancak bu eylemi yapan faile yönelik olarak uygulanabilir. Ceza hukukunda suç işleyen fail yerine başka bir kimsenin cezalandırılması bağdaşmaz nitelikte olup, ceza ancak suç failine yönelik olarak uygulandığında amaçları doğrultusunda uygulanmış olur. Cezanın uygulanacağı süjenin ölümü halinde devlet ceza vermek görev-hak ve yetkisini kullanamaz.¹⁸⁴

Esas itibariyle tüzel kişilerin ceza sorumlulukları ceza sorumluluğunun şahsiliği ilkesiyle çelişir ve AY'nin 38. maddesine de aykırıdır.¹⁸⁵ Ancak mevzuatımızda istisnaen münferit

¹⁸² Honig, Richard, *İllyet Nazariyesine Dair* (Çev: Yavuz Abadan), İÜHF 1936, C. II, s. 184.

¹⁸³ Ay. Mahk. 21.9.1966, 14/36: RG, 13.2.1967.

¹⁸⁴ Birkmeyer, Klaus. *Der Tod des Verbrechers in seiner Bedeutung für Strafrecht und Strafprozess.*, Erlangen 1908, s. 20.

¹⁸⁵ Centel, Nur, *Türk Ceza Hukukuna Giriş*, İstanbul 2001, s. 188.

bazı eylemler açısından tüzel kişilerin de ceza sorumluluğunun düzenlenmiş bulunduğu bir vakıadır. Bu durum karşısında ise, nasıl gerçek kişiler AY'nin 38. maddesindeki güvencelerden yararlanıyorlarsa, tüzel kişiler de ceza sorumlulukları açısından bu güvencelerden yararlandırılmalıdır. Bu güvencelerin başında, üçüncü şahsın eyleminden ceza sorumluluğu olmaz ilkesi ve güvencesi gelmektedir. Çünkü üçüncü şahsın eyleminden sorumluluk ceza sorumluluğunun şahsiliği ilkesine ve adil yargılanma hakkına (AY m. 38) aykırılık teşkil etmektedir.¹⁸⁶

Sona eren bir tüzel kişinin eylemlerinden yeni tüzel kişi veya eski veya yeni tüzel kişinin mensupları, temsilcileri ceza hukuku kapsamında sorumlu tutulamazlar. AY m. 38 ceza sorumluluğunun şahsiliği ilkesini düzenlemiş ve ceza hukuku alanında üçüncü şahsın eyleminden sorumluluğu yasaklamıştır. Daha önce değindiğimiz üzere, ceza hukukunda faillik statüsü için olağan sayılan "gerçek kişiler"e ilişkin olarak düzenlenen bu kural, bu açıdan ayırık ve istisnai (aynı zamanda yerindeliği çok tartışmalı) bir sorumluluk türü olan tüzel kişilerin ceza sorumluluğu açısından da geçerlidir. Bu gereklilik, hem adı geçen hükmün getirdiği ceza sorumluluğu kuralının herhangi bir ayırım yapılmaksızın suçtan kaynaklanan ceza sorumluluğuna ilişkin olmasından hem de evleviyet (öncelik) ilkesinden doğmaktadır.

Bir tüzel kişinin ceza sorumluluğunun olabilmesi için, ortada onun kusurlu iradesini gösteren ve onun nam ve hesabına yapılmış bir eylemin varolması gerekir.¹⁸⁷ Ortadan kalkmış

¹⁸⁶ Ünver, *Ceza Hukukunda Objektif Sorumluluk*, s. 130. Ayrıca bkz., Özen, Muharrem, *Ceza Hukukunda Objektif Sorumluluk*, Ankara 1998, s. 16.

¹⁸⁷ Şen, Ersan, *Anayasa Mahkemesi Kararlarında...*, İstanbul 1998, s. 150.

bir tüzel kişinin eylemi, sonradan kurulan bir tüzel kişinin eylemi değildir. Üçüncü kişinin eyleminden sorumluluğun olamayacağı kuralı tüzel kişiler açısından da geçerli olduğu için, hukuk alanında varlığı kalmamış, eskiden varolan bir tüzel kişinin eyleminden doğan ceza sorumluluğu yeni tüzel kişiye yüklenemez.. Aksi takdirde, yeni tüzel kişi bir eylemi ve kusuru bulunmadığı halde cezalandırılmış olur.

Nitekim çok istisnaen de olsa, başkasının eyleminden ceza sorumluluğuna yer veren kanunlar, bunu dar kapsamda ve yalnızca kabahat türünden suçlara münhasır olarak düzenlemişler ve 1930'lu yıllardan itibaren yapılan yeni ceza kanunlarında bu tür düzenlemelere yer verilmemiştir. Mevcut hükümler ise kanun metinlerinden çıkarılmıştır.¹⁸⁸

Öğretide de, bu tür düzenlemelerin kanunlardan çıkarılması, bu tür anormal ceza sorumluluğuna yol açacak uygulamaların terk edilerek, ceza sorumluluğunun şahsiliği ilkesine ve bu ilkenin gereklerine uygun uygulamalara gidilmesi gerektiği vurgulanmıştır. Aksine bir uygulama ceza adaletini kör bir uygulamaya dönüştürecek ve başkasının eyleminden sorumlu tutulan kimse adeta bir kurgu sonucundan sorumlu tutulacaktır ki, bu tür bir uygulama ceza hukuku ve ceza sorumluluğunun esasları ile bağdaşmayacaktır.¹⁸⁹

Esasen, “...ceza sorumluluğunun şahsiliği ilkesi, üçüncü şahsın eyleminden para cezası sorumluluğunu reddettiği gibi, para cezasında zincirleme (müteselsil) sorumluluk anlayışının da reddini gerektirir. Bazı yabancı ülkelerde görülen para cezasında zincirleme (müteselsil) sorumluluğu kabul eden yasa hükümlerinin ceza hukukunun temel kurallarıyla çelişmesi bir yana, mahkûmun ölümü halinde bunu tere-

¹⁸⁸ Bkz., Erman, *Başkasının Fiilinden Cezai Mesuliyet*, s. 431.

¹⁸⁹ Bkz., Erman, *Başkasının Fiilinden Ceza Mesuliyet*, s. 432-433.

keden veya diğer mirasçılardan tahsilini kabul öngören hükümler de kabul edilemez. Para cezası da bir cezadır ve tıpkı hürriyeti bağlayıcı cezalarda olduğu gibi mahkûmun ölümü ile infaz olanağı ortadan kalkar ortadan kalkar.”¹⁹⁰

Üçüncü kişinin eyleminden sorumluluk günümüz ceza hukukunun hiçbir şekilde kabul edemeyeceği bir sorumluluk türü olup, tarihin karanlıklarına gömülmüştür. 15-16. Yüzyılda uygulama yeri bulmuş olan başkasının eyleminden sorumlulukta kişi, gerçekleşmesine hiçbir nedensel katkıda bulunmadığı, tamamen başka bir kişi veya kişilik tarafından gerçekleştirilen bir eylemden sorumlu tutuluyordu. Bu sorumluluk türü esasında, henüz ceza vermek yetki ve hakkının devlete ait olmadığı, kişinin yalnızca kavim veya kabile içerisinde bir anlam ifade ettiği sosyo-politik bir gerçekliğin ürünü olan anlayıştan doğmuştur ve örneğin çocuğun eyleminden babası veya yetişkinin işlediği eylemden ailesi veya kabilesi sorumlu tutulmuştur. Bu tür sorumluluk çağımızda da, özellikle insanlığın hastalıklı dönemlerinde, terörist amaçlarla ve hukuk açısından tehlikeli bir biçimde yeniden ortaya çıkmaya başlıyor görünümündedir. Rehinelerin kurşuna dizilmesi, kanlı misillemelerde bulunulması, siyasi suçlarla itham edilenlerin yakınlarına işkence edilmesi gibi tutum ve davranışlar, bu sorumluluk sistemine örnek oluştururlar.¹⁹¹

Ceza sorumluluğu açısından geçmişte kalan “başkasının eyleminden sorumluluk” sisteminin kesin olarak terk edilmesi, uluslararası anlaşmalarda da ifadesini bulmuştur. Savaş Za-

¹⁹⁰ İçel ve diğerleri, *İçel Yaptırım Teorisi.*, 3. Kitap, İstanbul 2000, s. 114’den naklen.

¹⁹¹ Bkz., Toroslu, Nevzat, *Cezai Sorumluluğun Gelişimi*, s. 122; Özen, *Ceza Hukukunda Objektif Sorumluluk*, s. 16.

manında Sivil Kişilerin Korunmasına Dair 1949 tarihli Cenevre Sözleşmesi "Hiç kimse kendisinin işlemediği bir suç nedeniyle cezalandırılmaz" ve "Terörizm veya baskı, tehdit şeklindeki her türlü kolektif ceza yasaklanmıştır" hükümlerine yer vermiştir. Türk hukukunda bu tür sorumluluğun geçerlilik kazanmasına AY'nin 38. maddesi mutlak bir engel oluşturmaktadır.¹⁹² Çünkü AY m. 38'de "ceza sorumluluğu şahsidir" diyerek, başkasının eyleminden sorumluluk yoluna gidilemeyeceğini kesin olarak hükme bağlamıştır.¹⁹³

Keza 1982 Anayasası'nın 38. maddesine paralel hükmü içeren 1961 AY'nin 33. maddesiyle ilgili olarak Anayasa Komisyonu tarafından hazırlanan raporda şu açıklamalara yer verilmiştir: "... insanları, başkalarının fiilinden dolayı cezalandırmaya cüret edebilen totaliter rejimlerin insanlığa getirdiği acı tecrübelerden sonradır ki, bir kimsenin yalnız kendi fiil ve ihmalinden sorumlu olabileceği esasının Anayasamızda yer alması lüzumu hissedilmektedir. Esasen bu kaidenin Anayasaya konulması sayesinde, basın davalarında yazı veya karikatürün müellifinden başka kimselerin rasgele cezalandırılmasını tespit eden kanun hükümleri bertaraf edilmiş olacaktır..."¹⁹⁴

Aynı husus Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin kararlarında da belirtilmekte ve teknik anlamda ceza yaptırımı gibi, idari nitelikteki para cezaları uygulanırken de İHAS'ın gereklerine uyulması gerektiği vurgulanmaktadır.¹⁹⁵ Bunun gibi, tüzel kişilere, ticari birliklere bazı ceza hukuku yaptırımları öngören

¹⁹² Özen, *Ceza Hukukunda Objektif Sorumluluk*, s. 17.

¹⁹³ Toroslu, Nevzat, "Cezai Sorumluluğun Gelişimi", *Yargıtay Dergisi* 1990, C. 16, s. 122.

¹⁹⁴ Ay. Mahk. 11.12.1980, 63/68 (AMKD, Ankara 1981, S. 18, s. 388).

¹⁹⁵ AİHM'nin 21.2.1984 tarihli Öztürk Kararı ve 25.8.1987 tarihli Lutz Kararı.

Belçika, İspanya ve Kanada gibi ülkelerde de bu yaptırımlar uygulanırken, ceza hukukundaki temel esaslara uyulmasına özen gösterilmektedir.¹⁹⁶ Zira Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin bir kararında da belirtildiği gibi,¹⁹⁷ idari para cezaları da dahil olmak üzere geniş anlamdaki tüm cezalarda dar ve teknik anlamdaki cezalar için öngörülen güvencelere uyulmasına özen gösterilmelidir.¹⁹⁸

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin öngördüğü yukarıda açıkladığımız esasların yasalarımızın AB kazanımları ile uyumlaştırılması süreci bağlamında dikkate alınması gerektiği ve konumuzla ilgili olarak tüzel kişilerde de başkasının eyleminden sorumluluğu sonuçlayacak uygulamalardan kaçınmasının zorunlu olduğu açıklıkla ortadadır.

Nitekim Anayasa Mahkememiz de birçok kararında üçüncü kişinin eyleminden sorumluluğu ceza sorumluluğunun şahsiliği ilkesine aykırı bulmuştur:

Örneğin AY Mahkemesi 20.12.1973 tarih ve 3/371 sayılı kararıyla, dernek yönetici ve memurlarının davranışları dolayısıyla derneğin kapatılmasını, eylemle ilgili olmayan dernek ve diğer dernek üyelerinin de cezalandırılmalarına yol açacağı gerekçesiyle ceza sorumluluğunun şahsiliği ilkesine aykırı olduğu sonucuna ulaşmıştır.¹⁹⁹

Anayasa Mahkemesi başka bir kararında üçüncü şahsın fiilinden sorumluluk konusunu irdelemiş ve sonuçta ceza

¹⁹⁶ Dannecker, *Strafbarkeit von Juristischen Personen*, s. 454.

¹⁹⁷ AİHM'nin 21.2.1984 tarihli Öztürk Kararı: Serie A Nr. 73, Ziff. 51: EuGRZ 1985, s. 62 ve 67.

¹⁹⁸ Dannecker, *Strafbarkeit von Juristischen Personen*, s. 469.

¹⁹⁹ Şen, Ersan, *1982 Anayasası - Türk Ceza Kanunu...*, İstanbul 1996, s. 46.

hukukunda üçüncü şahsın eyleminden sorumluluğun olmayacağını ve bu yönde bir uygulamanın AY'nin 38 (1961 AY m. 33) maddesiyle çelişeceğini belirtmiştir.²⁰⁰ Diğer bir kararında ise (Anayasa'nın 38. maddesinin 6. fıkrasına göre, "ceza sorumluluğu şahsidir". Bu kural, ceza hukukunun temel ilkelerindedir. Evrensel nitelikte olan bu temel ilke, herkesin kendi eyleminden sorumlu olacağı, başka bir anlatımla başkalarının suç oluşturan eylemlerinden dolayı kimsenin cezalandırılmayacağı biçiminde tanımlanabilir)²⁰¹ açıklamasını yaparak bu ilkenin önemini ortaya koymuştur.

Yargıtay'ın da konuyla ilgili benzer kararları vardır.²⁰²

Özetle, tüzel kişilik sona ererse, öncelikle burada ne tür bir karar verilmesi gerektiği hususunda CMK'da açık bir düzenleme yapılmalıdır. Yapılacak bu düzenlemede, (özellikle şirketlerin tür ve nev'i değiştirmeleri halinde) kanuna karşı bir hile olup olmadığı, önceki (henüz hakkında soruşturma veya kovuşturma başlamış veya başlamamış olan bir) tüzel kişinin sırf soruşturma veya kovuşturmadan veyahut ceza sorumluluğundan kaçınmak için mi bu yola başvurulduğu, yoksa gerçekten hukuka uygun bir sona ermenin bulunduğu ve bir hileden veya sonraki tüzel kişinin öncekinin bir devamı olmadığı söylenebiliyor ise, bu takdirde tüzel kişinin bir anlamda "tıpkı gerçek kişinin ölmesi" gibi bir statüye girdiği kabul edilmeli ve buna göre hukuksal sonuçların ne olacağı

²⁰⁰ Ay. Mahk. 14.12.1968, 32/62; AMKD, Ankara 1969, sy: 6, s. 344.

²⁰¹ Ay. Mahk. 19.09.1991, 2/30; AMKD, Ankara 1993, C. 1, S. 28, s. 108.

²⁰² Yargıtay 1. Ceza Dairesi 24.5.2001 tarih ve E. 2001/1644, K. 2001/2310 =Bkz., YKD 2001, S. 10, s. 1595-1596. Ayrıca Bkz., 7. CD, 10.7.2002, E. 2002/11516, K. 2002/10931 (YKD 2003, S. 2, s. 306-307).

düzenlenmelidir. Örneğin bu gibi hallerde, eğer soruşturmaya başlanılmamışsa başlanmamalı, başlanılmış ise kovuşturamama kararı verilmeli ve iddianame düzenlenmişse bu iade edilmeli ve nihayet dava açılmış ise düşme kararı verileceği Kanunda düzenlenmelidir.

Burada en temel nokta, tüzel kişinin el değiştirmesi, konkordato, iflas, tür veya nev'i değiştirmesi veya başka bir gerçek veya tüzel kişi tarafından satın alınmasının kanuna karşı hile teşkil edip etmediğidir. Aksi bir tutum izlenerek, ne olursa olsun, tüzel kişinin sona ermeyeceğini ceza muhakemesinde düzenlemek veya onu, (hilenin olmadığı hallerde) malvarlığı veya personelinin, işgal alanını, ismini, işletme hakkını v.s. devralanı sonraki gerçek veya tüzel kişinin şüpheli/sanık veya hükümlü olarak kabul edilmesi gerektiğini kabul etmek hem şüphelilik/sanlıklık/hükümlülük kurumunun niteliği ile bağdaşmayacak hem de ceza sorumluluğunun şahsiliği ilkesine (AY m. 38 ve TCK m. 20) aykırılık teşkil edecektir.

Halen mevzuatımızda bu tür bir düzenleme olmadığı halde, olması gereken hukuka ilişkin pozitif düzenlemeler yapılmaya kadar, belirttiğimiz biçimde bir uygulama yapılmalı ve eğer somut olayda kanuna karşı bir hile yapılmamışsa, tüzel kişiliğin sona ermesi halinde (gerçekleşme zamanına göre) kovuşturamama, davanın düşmesi veya infazın düşmesi kararı verilmelidir. Bu uygulama sanık aleyhine olmayacağı, üçüncü kişinin eyleminden ve ceza sorumluluğunun şahsiliği ilkesinin ihlali suretiyle sorumluluktan kurtaracağı ve şüpheli/sanık/hükümlü aleyhine temel bir ilke veya hakkı ihlal edecek nitelikte olmamak kaydı ile ceza muhakemesinde kıyas yapılarak kanuni ve hukuksal boşluğun doldurulabileceği anlayışına da uygun düşecektir.

**BAĞLANTILI DAVALARDA
YARGILAMA GİDERLERİ
KİMİN TARAFINDAN ÖDENECEKTİR?**

150

Öncelikle belirtelim ki, yargılama giderlerinin ne olduğu, kimin tarafından ödeneceği ve nasıl tahsil edileceği, birçok ihtimal dikkate alınarak CMK'da ayrıntılı olarak birden fazla hükümde düzenlenmiştir: Örneğin CMK m. 324'de yargılama giderinin içeriği, kimlere yükletileceği, tahsilat biçimi ve yargılama giderleri dışında kalan (yani, Türkçe bilmeyen ya da engelli olan şüpheli, sanık, mağdur veya tanık için görevlendirilen tercümanın giderleri) hususlar, m. 325 yargılama giderleri açısından sanığın yükümlülükleri, m. 326 beraat veya ceza verilmesine yer olmadığı kararının verilmesi halinde giderlerin ödenmesi, m. 328 karşılıklı hakaret halinde yargılama giderinin, m. 329 suç uydurma ve iftira gibi hallerde yargılama gideri ve m. 330 kanun yollarına başvuru sonucundaki yargılama giderlerine ilişkin ayrıntılı hükümler getirmiştir. CMK m. 326 bağlantılı davalardaki yargılama giderlerine ilişkin özel bir düzenleme getirmiştir.

Bağlantılı davalarda giderlere ilişkin özel hüküm gereğince, *"birden çok suçtan dolayı aleyhinde kovuşturma yapılmış olan kimse, bunların bir kısmından mahkûm olmuş ise, beraat ettiği suçların duruşmasının gerektirdiği giderleri ödemekle yükümlü değildir."* (CMK m. 326/1). Buna karşılık, *"iştirak halinde işlenmiş bir suç*

nedeniyle mahkûm edilmiş olanlara, sebebiyet verdikleri yargılama giderleri ayrı ayrı yükletilir” (CMK m. 326/2).

Bu nedenle, her ne kadar bağlantılı davalardaki yargılama giderlerine ilişkin özel bir maddeye CMK’da yer verilmiş ise de, yukarıda belirttiğimiz hallerden bir veya birkaçının bağlantılı davalarla çakışması ve bir arada bulunması söz konusu olabilir. Burada öncelikle, özel norm olması nedeniyle, ilke olarak CMK m. 326 dikkate alınacaktır. Bu hükümle çelişme-kaydıyla, somut dava konusu olayda yukarıda belirttiğimiz olasılıklara ilişkin olan yargılama giderine ilişkin kanun maddesi de m. 326 yanında ve onunla birlikte uygulanacaktır. O nedenle, somut olayda, m. 326 yanında, diğer hükümler de (CMK m. 324-330) uygulanma olasılığı bulabileceğinden, tümünün dikkate alınması gereklidir.

**CEZASININ İNFAZI ERTELENEN VEYA
HAKKINDAKİ HÜKÜM KESİNLEŞMEDEN ÖLEN SANIK
MUHAKEME MASRAFI ÖDEMELİ ZORUNDA MIDIR?**

151

Öncelikle belirtelim ki, cezanın ertelenmesi yoluna gidilsin gidilmesin, sanığın cezaya veya güvenlik tedbirine mahkûm edilmesi halinde, ilke olarak bütün yargılama giderleri sanığa yükletilir (CMK m. 325/1-2).

Eğer sanık birden çok suçtan dolayı kovuşturmaya maruz kalmış ve fakat bunlardan bir kısmından veya birisinden mahkûm olmuş diğerlerinden/ diğerinden ise beraat etmiş ise, sanık bu takdirde beraat ettiği suçların duruşmasının gerektirdiği giderleri ödemekle yükümlü değildir (CMK m. 326/1). Sanık tek ise bu kural uygulanarak karar verilecektir.

Buna karşılık, sanık sayısının birden fazla olması durumunda, yukarıda değinilen ve bağlantılı davalarda giderlerin nasıl karar altına alınacağını düzenleyen hüküm dikkate alınarak uygulama yapılması gerekmektedir. Buna göre, suç ortaklığı (iştirak) halinde işlenmiş bir suç nedeniyle mahkûm edilmiş olan sanıklar, neden oldukları yargılama giderlerinden ayrı ayrı sorumlu olacaklar, yani bu giderler her sanık açısından ayrı ayrı yükletilecektir (CMK m. 326/2).

Belirtmek gerekir ki, CMK, kanımızca bir unutmaya nedeniyle ve hatalı olarak, suç ortaklığı hali dışında birlikte suç

işleyen veya ne suç ortaklığı ne de birlikte suç işlememle birlikte soruşturma ve/veya kovuşturma konusu eylemlere (aralarındaki bağlantı, yarar ve olanak nedeniyle) ilişkin davaların birlikte görülmesi halinde yargılama giderlerinin nasıl yükletileceğini düzenlememiştir. Burada suç ortaklığı halinde işlenen suç nedeniyle mahkûm olan birden fazla sanığın yargılama giderlerinin yükletilmesini düzenleyen hükümden (CMK m. 326/2) hareketle bir kıyas yapılması ve her sanığın neden olduğu yargılama giderinden her sanığın ayrı ayrı sorumlu olacağını ve ortak giderin ise (bir ceza olmadığı için) aralarında eşit oranda paylaşılması gerektiği düşüncesindeyiz.

Diğer yandan, CMK hakkaniyet ilkesi gereğince, özel bir durum açısından bazen sanığın yargılama giderinden sorumlu tutulmamasını veya kısmen sorumlu tutulmasını ve bu gibi hallerde yargılama giderinin tamamen veya kısmen Devlet Hazinesine yüklenmesine karar verilmesini olanaklı kılan bir düzenlemeyle mahkemeye takdir yetkisi tanımıştır. CMK m. 325/3'e göre, *"yargılamanın değişik evrelerinde yapılan araştırma veya işlemler nedeniyle giderler meydana gelmiş olup da, sonuç sanık lehine ortaya çıkmış ise, bu giderlerin sanığa yüklenmesinin hakkaniyete aykırı olacağı anlaşıldığında mahkeme, bunların kısmen veya tamamen Devlet Hazinesine yüklenmesine karar verir."*

Nihayet CMK'daki özel hüküm gereğince, sanık hüküm kesinleşmeden ölürse, bu durumda mirasçıları bu yargılama giderlerini ödemekle yükümlü tutulamayacaklardır (CMK m. 325/4). Bu hükmün mefhumu muhalifinden, sanığın hüküm kesinleştikten sonra ölmesi durumunda mirasçılarının yargılama giderlerini ödemekle yükümlü tutulacakları; mirasçılarının mevta sanığın mirasını reddetmeleri veya mirasçısı bulunmayan hallerde ise yargılama giderlerinin devlet hazinesine yükletileceği sonucuna ulaşmaktayız.

Ayrıca belirtelim ki, yaptığımız bu açıklamalar genel ve basit davalar açısından böyledir. Bununla birlikte, Türkçe bilmeyen ya da engelli olan şüpheli, sanık, mağdur veya tanık için görevlendirilen tercümanın giderlerinin (CMK m. 324/5), beraat veya ceza verilmesine yer olmadığına karar verilen kimse için sadece kendi kusurundan kaynaklanan giderler (CMK m. 327), karşılıklı hakaret hallerinde (TCK m. 129/3 uyarınca) taraflardan birisinin veya her ikisi hakkında ceza verilmesine yer olmadığı kararının verilmesi halindeki yargılama giderlerinin (CMK m. 328), suç uydurup iftirada bulunma hallerindeki yargılama giderinin (CMK m. 329) ve kanun yollarına başvuru sonucunda veya nedeniyle yapılan yargılama giderlerinin nasıl yükletileceğine ilişkin olarak (CMK m. 330) CMK'da çok ayrıntılı özel hükümlerin mevcudiyeti göz ardı edilmemelidir.

*BERAAT EDEN VEYA
CEZAYA MAHKÛM EDİLMESİNE
YER OLMAYAN SANIK
MUHAKEME MASRAFI
ÖDEMEK ZORUNDA MIDIR?*

CMK m. 223'te düzenlenen kural ve sonuçlarına uygun olarak, hakkında beraat veya ceza verilmesine yer olmadığına karar verilen kişi, sadece kendi kusurundan ileri gelen giderleri ödemeye mahkûm edilecektir. Buna karşılık, bu kişinin önceden ödemek zorunda kaldığı giderler, devlet hazinesince üstlenilecektir (CMK m. 327).

Bilindiği üzere, TCK m. 129/3 esas (olay) mahkemesi hâkimine, hakaret suçunun karşılıklı olarak işlenmesi halinde, olayın mahiyetini takdir ederek taraflardan birisi veya her ikisi hakkında verilecek cezayı üçte birine kadar indirme veya ceza vermekten de vazgeçme kararını vermesi hususunda takdir yetkisi vermiştir. Mahkeme bu yetkisini ceza vermemek yönünde kullanırsa, CMK m. 223/4 gereğince ceza verilmesine yer olmadığı kararı verilecektir. Bu suretle, taraflardan biri veya her ikisi hakkında ceza verilmesine yer olmadığı kararının verilmesi halinde, bu kararın verilmesi, bu kimselerden birinin veya her ikisinin giderleri karşılama mahkûm edilmelerine engel olmaz (CMK m. 328).

Bazen iftiraya/suç uydurulmasına maruz kalan kimse- nin kovuşturulması veya hakkında son karar verilmesi veya

bu kararın da kesinleşmesi halinde aynı yargılama veyahut yargılamanın yenilenmesi kurumu işletilmek suretiyle beraat etmesi söz konusu olabilir. Hatta bazen iftira/suç uydurma eylemine ilişkin muhakeme soruşturma evresinde kalmakla birlikte, bazı giderler yapılmış olabilir. CMK'ya göre, eğer bir kimse suç uydurup iftirada bulunur ve bu sonradan ispat edilirse, suç uydurup iftirada bulunan bu kimse, bu nedenle yapılmış giderleri ödemeye mahkûm edilir (CMK m. 329).

**ADLİ TATİLDE AVUKATLARIN CEZA MUHALEMESİ
İŞLEMLERİNİ YAPMALARI MÜMKÜN MÜDÜR?
ADLİ TATİLE RASTLAYAN DÖNEMDE
SÜRELER İŞLER Mİ?**

CMK'nın 331. maddesine göre, her yılın Ağustos ayının 1'inden Eylül ayının 5. gününe kadar adli tatildir ve adli tatilde ceza işlerini gören makam ve mahkemeler tatil olunur. Ancak bu süre zarfında acil veya tutuklu işler açısından telafi edici bir mekanizmaya ihtiyaç vardır ve kanun koyucu bunun için hüküm getirerek, bu ihtiyacın karşılanması için bu tatil süresince ceza muhakemesi işlemlerinin nasıl yapılacağı hususunda Hâkimler ve Savcılar Kurulu'nun karar vereceğini hüküm altına almıştır: *"Soruşturma ile tutuklu işlere ilişkin kovuşturmaların ve ivedi sayılacak diğer hususların tatil süresi içinde ne suretle yerine getirileceği, Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulunca belirlenir"* (CMK m. 331/2).

Belirtelim ki, adli tatile rastlayan süreler işlemez. Bu süreler tatilin bittiği günden itibaren üç gün uzatılmış sayılır (CMK m. 331). Fakat bu demek değildir ki, inşası veya hukuksal sonuç doğurması için başka bir merciin karar veya katılımı gerekmeyen işlerde, avukatlar tek yönlü iradeleriyle yapabilecekleri işleri yapamazlar. Bunun için, adli tatilin bitmesini beklemek zorunda değildirler. Bu işlemleri veya istemleri adli tatil sonrası karara bağlanacak dahi olsa, tatilin bitmesini beklemek

zorunda olmayıp bunu yapabilirler. Hatta bu zaman diliminde süreli işlemler açısından süre işlemediği için, herhangi bir kayıpları da yoktur. Delil irad ve ikamesi, bilirkişi raporuna itiraz, adli tatil sonrası duruşmada yapılmasını istedikleri bir hususa ilişkin talep ve keza kanun yoluna başvuru dilekçesi veya layihalarını verebilirler. Bu işlemleri yapmak için, mutlaka adli tatilin bitimini beklemek ve sürelerin uzadığı adli tatilin bitiminden itibaren o üç gün içinde bu işlemleri yapmak zorunda değildirler. Adli tatil avukatların bu işlemleri yapabilme sürelerini kısaltmaz, aksine uzatır. Buna karşılık, acil veya tutuklu bir iş söz konusu ise buna ilişkin işlemlerini adli tatil süresince nöbetçi merci olarak görev yapan merciiler nezdinde yapabilirler.

Adli tatil dışındaki hallere ilişkin olarak ise, CMK'da süreye bağlı işlemlerle ilgili ayrıntılı hükümler mevcuttur: Kanun koyucu gün, hafta ve ay olarak belirlenen sürelerde işleme ilişkin sürenin ne zaman başlayacağı ve ne zaman biteceğini CMK m. 39/1-3'de düzenlemiştir. Ayrıca, sürenin son gün tatile gelmesi veya bu sürenin kusursuzca geçirilmiş olması haline ilişkin olarak da düzenleme getirmiştir. Örneğin, CMK m. 39/4'e göre ise, son gün bir tatile rastlarsa süre, tatilin ertesi günü bitecek ve kusuru olmaksızın bir süreyi geçirmiş olan kişi, eski hale getirme isteminde bulunabilecektir. Hatta, kanun koyucuya göre, kanun yoluna başvuru hakkı kendisine bildirilmemesi halinde de, kişi kusursuz sayılacak ve eski hale getirme kurumundan yararlandırılacaktır (CMK m. 40).²⁰³

²⁰³ Eski hale getirme kurumunun usulü, sonuçları ve buna ilişkin kararlara karşı kanun yolları CMK m. 41 ve 42'de düzenlenmiştir.

**BİR SUÇUN SORUŞTURULMASI VE
KOVUŞTURULMASI SIRASINDA
CUMHURİYET SAVCISI , HÂKİM VEYA
MAHKEMENİN İSTEDİKLERİ BİLGİLERİN
VERİLMESİ ZORUNLULUĞU VAR MIDIR?
BU BİLGİYİ VERMEMENİN SONUÇLARI NEDİR?**

Belirtelim ki, herhangi bir suçun soruşturulması veya kovuşturulması esnasında Cumhuriyet Savcısı , hâkim veya mahkeme ilgili kimse veya kurum veya kuruluşan bir bilgi talep edebilir. Bunun için soruşturma veya kovuşturmaya başlanılmış ve bu evrelerin tamamlanmamış olması gereklidir. Yerel savcılıklar veya (genel veya çocuk mahkemesi gibi özel) mahkemeler nezdinde yürütülen soruşturma veya kovuşturmalar gibi, ileride fiilen yürürlüğü girdiği takdirde Bölge Adliye Mahkemeleri nezdinde görülecek istinaf kanun yolunda da bir soruşturma ve kovuşturma cereyan edeceğinden, burada da aynı hüküm uygulanacaktır. Savcılık, hâkim veya mahkemenin bu talebini yazılı olarak (şekil koşulu) yapması gerekmektedir ve ilgili kişi, kurum veya kuruluş ise bu bilgiler konusunda 10 gün içinde cevap vermek zorundadır (CMK m. 332/1).

Her ne kadar CMK Türkçe açısından hatalı olarak *"bilgiler...cevap verilmesi"* ifadesini kullanmış ise de, bu hatalı terimle kastedilmek istenen ve fakat iyi ifade edilmeyen husus bu savcı, hâkim veya mahkemenin varlığından haberdar olduğu bir veriyi istemesi anlaşılacağı gibi, bir soruya cevap verilmesi

veya bir delil, emare veya iddia ya da savunmada belirtilen bir hususun doğru olup olmadığını teyit amaçlı bir soruya cevap verilmesi veya kayıtlı bir bilgi ise bunun gönderilmesi isteği biçimindeki bir talep anlaşılmalıdır. On günlük süre kesin kanuni süre olup, buna aykırılık, aşağıda değinilecek olan, CMK'nın 332/2. maddesinde belirtilen hukuksal yaptırım mekanizmasını işletecektir. Ancak bu on günlük süre, bilgi, cevap vs.nin istenilen biçimde ve tam olarak verilmesi için değil, Cumhuriyet Savcısı, hâkim veya mahkemenin bu talebine bir cevap verilmesi içindir. Bu on gün geçirilmeden ilgili makama cevap verilmekle birlikte, bu süre içinde istenen bilgilerin verilmesinin imkânsız olması durumunda bunun nedeni ve en geç hangi tarihte cevap verileceği aynı süre içinde bildirilir. Çünkü bazen istenilen bilginin temini bazı ek araştırmaları, hesaplamaları veya uzun zaman alan araştırmaları gerektirebileceği gibi, önüne geçilemeyen ve bu süre içinde ortadan kaldırılamayan nedenden dolayı olanaksız olabilir. Bu nedenle, bu neden ve en geç ne zamana kadar bildirileceği cevapta bildirilerek, hem bu makamların bilginin verilip verilmeyeceğini öğrenmesi ve verilmeyecekse hem hukuksal yaptırım uygulamak hem de o bilgiye başka kişiler üzerinden veya delil veya emare araştırma usullerinden veyahut koruma tedbirlerinden hareketle ulaşmayı denemek için zaman kazanılacak ve hatta sırf bu bilgiyi bekleme nedeniyle makul sürede yargılanma hakkının ihlali de önlenmiş olacaktır.

Olmaması gereken hukuk açısından belirtilmesi gereken bir husus da, madde metninde, bilgi istenilen kişi, kurum veya kuruluşun on gün içinde veya en geç nedenini de kendisiyle birlikte belirttiği başka bir sürede ama mutlaka o bilgiyi vereceğinin düzenlenmiş olmasıdır. Bilginin verilmesini (süreden bağımsız olarak) olanaksız kılan bir nedenin varolabileceği madde metninde gözden kaçırılmıştır. Oysa bu olasılık da

düzenlenmeli ve bu nedenin bildirimi üzerine o bilgiyi isteyen makamın bu nedenin belirtildiği nitelikte bir neden olup olmadığını ve o kimse/kişi/kuruluş açısından öyle ise bile bu bilginin kimden veya nereden elde edilebileceğini değerlendirip karar altına alması sistemi oluşturulmalıydı. Bir kimsenin yerine getirmesinin fiili veya hukuksal nedenlerden dolayı mümkün olmadığı hallerde (CMK m. 332/2'deki hüküm gereğince) onun sorumluluğuna gitmek, AY m. 38 ve CMK m. 20'deki ceza sorumluluğunun şahsiliği ilkesine aykırı olacak ve objektif bir sorumluluğa yol açacaktır ki, bu ceza hukukunda kabulü olanaksız bir şeydir. Madde metninin belirttiğimiz doğrultuda değiştirilmesi ve değiştirilinceye kadar da AY m. 38 ve TCK m. 20 dikkate alınarak objektif sorumluluğa yol açmayacak biçimde bir uygulama biçiminin geliştirilmesi gerekmektedir.

Burada önemli bir husus, ihtarla bağlı bir yaptırım düzenlemesinin getirildiğidir. Bilgi istenen yazılı talepte, CMK m. 332/1 ve bu hükme aykırı davranmanın TCK'nın 257. maddesine aykırılık oluşturabileceği yazılır (bkz., CMK m. 332)

Belirtmek gerekir ki, CMK m. 332/1'e her aykırı davranış TCK m. 257'deki suçun oluşumuna sebebiyet vermeyecektir. Bunun nedeni, suçun koşullarının somut olayda bulunmaması, bir hukuka uygunluk nedeninin veya kusurluluğu kaldıran bir nedenin bulunması veyahut (çok büyük bir hatalı düzenleme eseri olarak) TCK m. 257'deki genel nitelikli görevin ihmali ve suiistimali suçlarının bir "zarar" suçu olarak düzenlenip, maddi haksız kazanç veya zarara neden olma halinde suçun oluşacağı biçiminde bir düzenleme dolayısıyla, somut bilgi vermeme veya amaçlandığı gibi vermeme veyahut süresi içinde vermemenin bu suçu oluşturmamasının olanaklı olmasıdır. Ancak bu nedenler olmasa dahi, suçun oluşumu için, bilgi

istenen yazıda mutlaka CMK m. 332/1'e aykırılığın TCK'nın 257. maddesindeki suçu oluşturabileceği ihtarına yer verilmesi gerekir. Bu ihtar yapılmamışsa, bilgi istenen kişi CMK m. 332/1'e aykırı davranışa bile, TCK m. 257'deki suçlardan herhangi birisi ihlal edilmiş olmayacaktır.

Kanun koyucu, CMK m. 332/1 ile getirdiği bilgi edinme mekanizmasının sağlıklı çalışması için, önemli bir adım daha atmış ve belirtilen koşullarla bilginin CMK m. 332/1'deki hükme aykırı olarak verilmemesi suretiyle TCK m. 257'nin ihlal edilmiş olması durumunda, haklarında kamu davasının açılması, izin veya karar alınmasına bağlı bulunan kişiler hakkında doğrudan doğruya soruşturma açılacağını düzenleyerek, izin ve karar muhakeme koşullarının bu suçun soruşturulması ve kovuşturulmasında bir engel veya filtre fonksiyonu görmesini engellemiştir. Amaç, herhangi bir makamdan izin veya karar alınmasına gerek olmadan, Cumhuriyet Savcısı'nın doğrudan doğruya soruşturmaya başlayabilmesi ve açılan davanın da aynı şekilde bu koşulların gereğinin icrası aranmadan yapılabilmesidir. Fakat, yasama dokunulmazlığı hali bundan istisna olup, yasama dokunulmazlığının bulunması durumunda, dava açılabilir olsa dahi (AY m. 83 vd) özgürlüğü kısıtlayıcı koruma tedbirlerine başvurulamayacak ve açılan dava durdurularak yasama dokunulmazlığının kaldırılması veya o kişinin milletvekilliğinin herhangi bir nedenle düşmesi veyahut yeniden seçilememesi anına kadar beklenilecektir.

Burada sorunun doğrudan cevabı ile ilişkili olmasa dahi, konuyla dolayısıyla ilgili iki hususa daha değinilmesi yararlı olacaktır:

İlk olarak, hapis cezasının alt sınırı beş yıl veya daha fazla olan suçlarla ilgili olarak, artık bir suç olgusuna ilişkin olarak bilgileri içeren belgeler, devlet sırrı olarak mahkemeye karşı

gizli tutulamaz. Devlet sırrı niteliğindeki bilgileri içeren belgeler ancak mahkeme hâkimi veya heyeti tarafından incelenebilir. Bu belgelerde yer alan ve sadece yüklenen suçu açıklığa kavuşturabilecek nitelikte olan bilgiler, hâkim veya mahkeme başkanı tarafından tutanağa kaydettirilir (CMK m. 125). Bu hüküm de, sınırlı suçlarda uygulanacak olması ve sadece suç olgusuna ilişkin bilgileri içeren belgeler açısından uygulanacak olsa dahi, uygulamayı (az da olsa) bir ölçüde rahatlatacak ve eğer CMK m. 332 ile birlikte ve sağlıklı uygulanırsa uygulama açısından verimli olacaktır.

İkinci olarak, yukarıda CMK m. 332 ile ilgili olarak irdelediğimiz husus, adli bir olay dolayısıyla soruşturma ve kovuşturma organlarının suçla ilgili bilgi edinmesine yönelik CMK'daki düzenlemelerdir. Konuyla ilgisi olmayan ve fakat bazen adli olay da dahil olmak üzere asli veya tali bir hususun ispatına yarayacak bilginin elde edilmesi, ilgili herkes açısından işletilmesi mümkün farklı bir sisteme tabi özel bir kanun ile de mümkündür. Özellikle avukat meslektaşlarımız, dolaylı da olsa, bazen kullanabilecekleri bu bilgi edinme mekanizmasını, Bilgi Edinme Kanunu uyarınca çalıştırabilirler.

Burada ayrıca belirtmek gerekir ki, kanun koyucu bu bilgilere ulaşmak açısından yukarıda belirttiğimiz hükümleri düzenlemek yanında, Cumhuriyet Savcılarının adli kolluktan yararlanmalarını düzenlediği, yürütülmekte olan soruşturma kapsamında ihtiyaç duyulan bilgi ve belgeleri temin etmek açısından diğer kamu görevlilerine de yükümlülük yüklediği ve bu adli görevlerin ihmali veya suiistimali halinde 4483 sayılı Kanun haricinde bir düzenleme getirerek CMK m. 161/5'de (suç işleyen kamu görevlisini herhangi bir muhakeme koşulu aranmadan hızla soruşturulabilmeleri için) muhakemeye ilişkin özel bir düzenleme getirdiği gözden kaçırılmamalıdır.

Burada son olarak, CMK m. 161/5 ile 332 arasındaki farkı da ortaya koymakta yarar görüyoruz. Öncelikle, CMK m. 161/5'te adliye ile ilgili görevlerden bahsedilmektedir. CMK m. 332'de ise adli görevlerden bahsedilmemekteyse de, istenilen belgelerin adli işlemlerle ilgili olacağı açıktır. Bununla beraber, esas farkın, CMK m. 161/5'in muhatabının kamu görevlileri ile kolluk görevlileri olmasına karşılık, CMK m. 332'nin bu iki grup dışında kalan kimselere yönelik olduğu anlaşılmaktadır. Nitekim CMK 161/1'deki "*Cumhuriyet Savcısı... bütün kamu görevlilerinden her türlü bilgiyi isteyebilir...*" hükmü karşısında, bu hükümlerin bu şekilde anlaşılması gerektiği ortaya çıkmaktadır.

Ayrıca belirtmek gerekir ki, CMK m. 161 adliye ile ilgili görev veya işlerle, savcının istem ve emirlerini yapmakta kötüye kullanma veya ihmali düzenlemektedirken, CMK m. 332 hem hâkim ve mahkeme hem de savcı tarafından istenen bilgilerin verilmemesi konusunu düzenlemektedir. Esasen, adliye ile ilgili görev veya işlerin mahkeme veya hakim tarafından da verilebileceği düşünüldüğünde, bu bakımdan CMK m 161 ile 332 arasında bir fark olmadığı görülmektedir.

EK
Tablo
Katalog Suçların Düzenlendiği Koruma Tedbirleri

<u>Koruma Tedbirleri:</u>	Tutukla- ma	Taşın- mazlara, Hak Ve Alacaklara El Koyma	Şirket Yönetimi İçin Kayyım Tayini	Telekomüni- kasyon Yoluyla Yapılan İletişimin Denetlenmesi (mobil tel.yerinin tespitinde -CMK 135/4- katalog suç sınırlaması bulun- mamaktadır)	Gizli Soruş- turmacı Görevlen- dirilmesi	Teknik Araçlar- la İzleme
Suçlar						
Soykırım ve insanlığa k. suçlar	X	X				
Göçmen kaçak ve insan ticareti		X	X	X		X
Hırsızlık		X				
Yağma		X				
Güveni kötüye kullanma		X				
Dolandırıcılık		X				
Hileli İflas		X				
Kasten Öldürme	X			X		X
İşkence	X			X		

Cinsel Saldırı	X			X		
Çocukların Cinsel İstismarı	X			X		
Uyuşturucu/uyarıcı imal ve tica.	X	X	X	X	X	X
Parada Sahtecilik		X	X	X		X
Suç işleme amac. örgüt kurmak	X	X		X	X	X
Kumar için yer ve imkân sağl.			X			
Fuhuş			X	X		X
İhaleye fesat karıştırma		X		X		X
Edimin ifasına fesat karıştırma		X				
Zimmet		X	X			
İrtikap		X				
Rüşvet		X		X		X
Suçtan kayn. malv. d. aklama			X	X		X
Devletin güvenliğine k.suçlar	X	X				
Anayasal düzene k. suçlar	X					
Silahlı örgüt		X	X	X	X	X
Devlet Sırl. Kar..S. ve Casusluk		X	X	X		X
Ateşli Silahlar ve Bıçak. K. 12	X	X	X	X	X	X
Bankalar Kanunu 22/3, 4	X	X	X	X		
Kaçakçılık. Müc. K. 4-6, 11, 12	X	X	X	X		X
Kültür ve Tabiat V. K. 68, 74	X	X	X	X	X	X
Orman Kanunu 110/4, 5	X					

KAVRAMLARA GÖRE DİZİN

0-9

- 11.5.2005 tarih ve 5347 sayılı Kanun 5.
- 13.12.2004 tarih ve 5275 sayılı Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanun'un 116. maddesi 120.
- 1412 sayılı CMK 96, 118.
- 1412 sayılı CMUK 11, 14, 28, 34, 35, 40, 42, 47, 51, 53, 65, 67, 99, 122, 148, 163, 186, 202, 233, 254, 262, 296, 392, 398, 422.
- 1412 sayılı CMUK'un 100. maddesi 186, 202.
- 1412 sayılı CMUK'un 135a 254.
- 1412 sayılı CMUK'un 96/2 148.
- 1412 sayılı CMUK 29/a 42.
- 1412 sayılı Kanun 3, 14, 18, 29, 40, 44, 53, 68, 99, 119, 154, 168, 169.
- 1412 sayılı Kanun'un 29. maddesi 44.
- 1412 sayılı Kanun'un 66. maddesi 68.
- 15.6.2000 tarihli olup, Fransız Ceza Usul Kanunu'nun 142. maddesi 69.
- 1961 AY'nin 33. maddesi 573, 579.
- 1982 Anayasası'nın 38. maddesi 579.
- 1982 AY'nin 38 573.
- 1997 CK Tasarısı 568.
- 2001 CMUK Tasarısı 170.
- 2001 CMUK Tasarısı'nın 107. maddesi 170.
- 2001 Tasarısı 4, 5, 15, 20, 21, 28, 29, 30, 31, 34, 36, 40, 42, 44, 47, 50, 51, 52, 53, 62, 64, 67, 68, 78, 85, 86, 88, 90, 94, 95, 96, 99, 100, 112, 113, 116, 117, 119,

- 122, 126, 133, 147, 148,
154, 156, 159, 160, 161,
162, 163, 167, 168, 169,
172, 175, 177, 178, 179,
181, 182, 205, 254.
- 2001 Tasarısı (m. 108/4 182.
2001 Tasarısı, 66. madde
gerekçesi 62.
2001 Tasarısı, 91. madde 159.
2001 Tasarısı'nın yetki
konusunu düzenleyen
13. maddesi 29.
2001 Tasarısı'nın 101. maddesi
156, 161.
2001 Tasarısı'nın 106. maddesi
162.
2001 Tasarısı'nın 108/3 181.
2001 Tasarısı'nın 111. maddesi
167.
2001 Tasarısı'nın 121. maddesi
117.
2001 Tasarısı'nın 125. maddesi
119.
2001 Tasarısı'nın 148. maddesi
254.
2001 Tasarısı'nın 19. maddesi
34.
2001 Tasarısı'nın 31/1. maddesi
44.
2001 Tasarısı'nın 37. maddesi
47.
2001 Tasarısı'nın 81 ve 82.
madde 85.
2001 Tasarısı'nın 83. maddesi
90.
- 2001 Tasarısı'nın 86. madde 94,
95.
2001 Tasarısı 106. madde 162.
2001 Tasarısı 112. madde 112,
122.
2001 Tasarısı 26. madde 40.
2001 Tasarısı 45. madde 50.
2001 Tasarısı 67. madde 64.
2001 Tasarısı 69. madde 64.
2001 Tasarısı 78. madde 85.
2001 Tasarısı 79. madde 86.
2001 Tasarısı 85. madde
gerekçesi 94.
2004 Kanunu 5, 21, 28, 40, 47,
51, 78, 85, 99, 100, 114,
122, 154, 254, 256.
2004 Kanunu'nun 36. maddesi
47.
2004 Kanunu'nun 7. maddesi
28.
2004 Kanunu'nun 78 ve 79.
madde 85.
2004 Kanunu'nun 81. maddesi
91.
2004 Kanunu'nun 84. maddesi
95.
206. maddesinin 3. fıkrası 440.
23.3.2005 tarih ve 5320 sayılı
Ceza Muhakemesi
Kanununun Yürürlük
ve Uygulama Şekli
Hakkında Kanun'a
eklenen geçici 1.
maddeye göre, 12.
230/1-c maddesi 414.

- 2559 sayılı Kanun 180.
 2559 sayılı Kanun'un Ek 7.
 maddesi, 2803 sayılı
 Kanun'un ek 5 inci
 maddesi 196.
 2559 sayılı Polis Vazife ve
 Salahiyet Kanunu 191.
 26.09.2004 tarih ve 5235 sayılı
 Kanun 23.
 2803 sayılı Jandarma Teşkilat,
 Görev ve Yetkileri
 Kanunu 188.
 2803 sayılı Kanun 180.
 2937 sayılı Devlet İstihbarat
 Hizmetleri ve Milli
 İstihbarat Teşkilatı
 Kanunu'nun 6. maddesi
 188.
 2937 sayılı Kanun 180, 196.
 2937 sayılı Kanun'un 6. maddesi
 196.
 30.7.1999 tarihli ve 4422
 sayılı Çıkar Amaçlı Suç
 Örgütleriyle Mücadele
 Kanunu 17.
 311. maddenin 1. fıkrası 549.
 314. maddesinin 1. fıkrası 549.
 3628 sayılı Özel Kanun 275.
 3842 sayılı Kanun 112.
 4.4.1929 tarihli ve 1412 sayılı
 Ceza Muhakemeleri
 Usulü Kanunu 17.
 412 sayılı Ceza Muhakemeleri
 Usulü Kanunu'nun 27.
 maddesi 43.
 4422 sayılı Çıkar Amaçlı Suç
 Örgütleriyle Mücadele
 Kanunu 17, 159, 170.
 4422 sayılı Kanun 159, 170,
 172, 173, 175, 177, 178,
 179, 182, 205.
 4483 sayılı Kanun 277, 596.
 4483 sayılı Özel Soruşturma
 Kanunu 276.
 466 sayılı "Kanun Dışı
 Yakalanan veya
 Tutuklananlara
 Tazminat Verilmesi
 Hakkında Kanun 243.
 466 sayılı Kanun 17, 245, 248.
 4709 sayılı Kanun 246.
 4709 sayılı Kanun'un 16.
 maddesi 246.
 4709 sayılı Kanun'un 4. maddesi
 247.
 5149 sayılı Spor
 Müsabakalarında
 Şiddet ve Düzensizliğin
 Önlenmesine Dair
 Kanun) 354.
 5237 sayılı TCK 386.
 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu
 12, 155, 193.
 5237 sayılı Türk Ceza
 Kanununun 328 inci
 maddesi 155.
 5271 sayılı CMK'da da 147.
 madde 181.
 5271 sayılı Kanun 4, 5, 82, 189,
 192, 196.

- 5271 sayılı Kanun, 100. madde 112. 132, 136, 137, 168, 172, 174, 177, 178, 212, 219, 228, 249, 260, 263, 298, 352, 354, 359, 441.
- 5271 sayılı Kanun'un 135. maddesi 180, 196.
- 5271 sayılı Kanun'un 250. maddesi 192.
- 5271 sayılı Kanun'un 76 ncı maddesi 82.
- 5320 s. CMK Yürürlük Kanunu 17.
- 5320 sayılı "Ceza Muhakemesi Kanunu 5, 243.
- 5320 sayılı "Ceza Muhakemesi Kanununun Yürürlük ve Uygulama Şekli Hakkında Kanun 5.
- 5320 sayılı Ceza Muhakemesi Kanununu 12, 13, 14, 528.
- 5320 sayılı Ceza Muhakemesi Kanununun Yürürlük ve Uygulama Şekli Hakkında Kanun 12, 13, 14.
- 5320 sayılı Ceza Muhakemesi Kanununun Yürürlük ve Uygulama Şekli Hakkında Kanun'un 8/1. maddesi 528.
- 5320 sayılı CMK Yürürlük Kanunu'nun 12. maddesi 118.
- 5320 sayılı Yürürlük Kanunu 5.
- 5353 5, 15, 68, 72, 73, 78, 81, 88, 91, 97, 100, 115, 125, 131, 132, 136, 137, 168, 172, 174, 177, 178, 212, 219, 228, 249, 260, 263, 298, 352, 354, 359, 441.
- 5353 sayılı CMK'da Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un 16. maddesi 168.
- 5353 sayılı Kanun 5, 73, 78, 88, 91, 97, 100, 115, 125, 131, 132, 136, 137, 172, 174, 177, 178, 184, 212, 219, 228, 248, 249, 260, 263, 298, 352, 436.
- 5353 sayılı Kanun m. 17 177.
- 5353 sayılı Kanun'un 14. maddesi 125.
- 5353 sayılı Kanun'un 27. maddesi 298.
- 5353 sayılı Kanun'un 4. maddesi 88.
- 5353 sayılı 25.5.2005 tarihli kanun 68.
- 5395 sayılı Çocuk Koruma Kanunu'nun 21. maddesi 121.
- 5397 sayılı Kanun 167, 180, 188, 189, 210.
- 6366 sayılı Yasa 341.
- 7.5.1964 tarihli ve 466 sayılı Kanun Dışı Yakalanan veya Tutuklanan Kimselere Tazminat Verilmesi Hakkında Kanun 17.

765 sayılı TCK 356, 357.
 765 sayılı TCK'daki 528. madde
 356.
 765 sayılı TCK'nın 528.
 maddesi 357.
 8.6.1936 tarihli ve 3005 sayılı
 Meşhud Suçların
 Muhakeme Usulü
 Kanunu 17.
 91-32/5 sayılı tebliğin 22/1.
 maddesi 570.

A

Adalet Komisyonu 3, 4, 18, 21,
 28, 32, 35, 37, 42, 43, 45,
 54, 91, 115, 116, 155, 156,
 160, 164, 165, 168, 411.
 Adalet Komisyonu Raporu 3,
 18, 21, 32, 35, 37, 42, 43,
 45, 115, 411.
 Adil yargılanma hakkı 9, 346,
 440.
 adil yargılanma hakkı 99, 268,
 277, 445, 576.
 adli emir 274.
 adli kolluk 38, 96, 97, 168, 180,
 194, 273, 274, 280, 283,
 284, 401, 596.
 Adli Kolluk Yönetmeliği m. 5
 274.
 Adli Kolluk Yönetmeliği m. 7
 274.
 adli kontrol 14, 99, 101, 109,
 111, 112, 114, 118, 122,
 125, 126, 127, 128, 129,

130, 131, 316, 358, 359,
 404, 480.
 adli kontrol kararı 101, 111.
 Adli ve Önleme Aramaları
 Yönetmeliği m. 19 149.
 Adli ve Önleme Aramaları
 Yönetmeliği m. 25 151,
 153.
 Adli ve Önleme Aramaları
 Yönetmeliği m. 8, 9, 25
 138.
 ağırlaştırma yasağı 494, 502,
 511, 512, 513, 537, 538,
 550.
 AİHM 16, 22, 201, 381, 553.
 AİHS 183, 201, 268, 379, 381,
 445, 455, 457, 458, 459,
 551, 572.
 AİHS. M. 6 445.
 AİHS. m. 6 379.
 AİHS'nin 4 nolu ek protokolü
 333.
 AİHS 7 numaralı Ek Protokol
 m. 4 455, 457, 458, 459.
 AİHS 7 numaralı Ek Protokol
 m. 4/1 455.
 AİHS 7 numaralı Ek Protokol
 m. 4/2' 459.
 AİHS 7 numaralı Ek Protokol
 m. 4/3 459.
 akıl hastaları 78, 79.
 akıl hastalığı 51, 271, 404.
 akıl zayıflığı 51.
 Al. CMK 426.
 alenilik ilkesi 379.

- alkol muayenesi 73, 75.
Alman Ceza Hukuku 555.
Alman Ceza Kanunu'nun 110/a maddesi 205.
Alman Ceza Muhakemesi Kanunu 3, 52, 85, 113, 161, 163.
Alman Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 53/2. maddesi 52.
Alman Ceza Muhakemesi Kanunu 111/c ve 111/l madde 163.
Alman Ceza Muhakemesi Kanunu 111e/3 maddesi 161.
Alman Ceza Muhakemesi Kanunu 81/e ve 81/f madde 85.
Alman CMK 36, 40, 42, 44, 160, 170, 176, 178, 185, 212, 412, 520.
Alman CMK m. 111/c 160.
Alman CMK m. 22 44.
Alman CMK m. 23 36, 44.
Alman CMK m. 25 40.
Alman CMK m. 28 42.
Alman CMK prg. 100/f 202.
Alman CMK 100/f 185.
Alman Düzene Aykırılıklar Kanunu 556.
Alman Kanunu 171, 182, 186.
Alman Öğretisi 87.
Alman CMK 100/a maddesi 171.
Anayasa m. 38/4 411.
Anayasa'nın 141 473.
Anayasa'nın 19/son maddesi 247.
Anayasa'nın 2. maddesi 191.
Anayasa'nın 38. maddesi 254, 581.
Anayasa'nın 38. maddesinin 6. fıkrası 581.
Anayasa'nın 90. maddesi 341.
arama kararı 132, 137, 246.
Art. 51 Codice penale 207.
Art. 55 Codice procedura penale 207.
askerî makamlar 142.
Avrupa Birliği 4, 30, 206, 553, 568, 574.
Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi 3, 30, 113, 117, 208, 551, 552, 553, 579, 580.
Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi 117, 341.
Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 5. maddesi 117.
Avrupa Konseyi Terörizmin Önlenmesi Sözleşmesi 218.
Avukatlık Kanunu 147, 157, 158, 261, 326.
Avukatlık Kanunu, m. 2/3 147.
Avukatlık Kanunu, m.1/2) 147.
Avukatlık Kanunu m. 154, 155, 156 ve 140 261.

Avukatlık Kanunu'nun 153.
maddesi 261.
Avukatlık Kanunu'nun 58.
maddesi 157.
Avusturya CMK 149/a 173.
AY m. 141/3 471.
AY m. 33 581.
AY m. 36 445.
AY m. 38 234, 348, 350, 412,
425, 426, 572, 573, 576,
579, 582, 594.
AY m. 38) 412, 576.
AY m. 38/5 350.
AY m. 38/6 348, 572, 573.
AY m. 83 595.
AY'nin 33. maddesi 573.
AY'nin 38 573, 575, 576, 579,
581.
AY'nin 38. maddesi 575, 576,
579.

B

balgam 69.
Bankalar Kanunu'nun 22.
maddesi 172.
basına bilgi verilmesi 266.
basit şüphe 239, 287.
başka suretle delil elde edilmesi
imkânının bulunmaması
173.
başka surette delil elde
edilememesi 231, 239.
başkasının eyleminden
sorumluluk 578, 579.
beden boşlukları 69.

beden muayenesi 3, 67, 68, 71,
72, 73, 74, 75, 76, 79, 80,
81, 82, 83, 84, 273.
beden ölçüleri 90, 91, 352.
bedenin tıbbi muayenesi 67.
bekletici sorun 450.
bilgisayar sistemlerinde
veri taraması ve
karşılaştırması 165.
bilirkişi 61, 62, 63, 64, 65.
bilirkişi mütalaası 65.
biyolojik materyal 85.
biyolojik örnek 72, 73, 74, 75,
76, 81, 82, 86.
bozma sebebi 35, 446.
Bölge Adliye Cumhuriyet
Savcısı 424.
Bölge Adliye Mahkemeleri 16,
527, 528, 531, 534, 592.

C

cerrahî müdahale 70.
ceza kanunlar 565, 577.
ceza kararnamesi 13.
cezanın ortadan kaldırılmasını
gerektiren şahsi sebep
287.
cinsel organ 71, 73.
cinsel organ 71, 73.
cinsel saldırı suçu 83.
cinsel salgı 68, 69, 70, 71, 72, 80.
controle judiciaire 122.
Corpus Juris 567, 568, 574.
Corpus Juris'in 2000 Versiyonu

568, 574.

Cumhurbaşkanı 50.

Cumhuriyet Savcısı 26, 37, 39,
47, 50, 63, 64, 68, 70, 71,
72, 74, 76, 80, 81, 82, 86,
88, 89, 91, 92, 94, 95, 97,
100, 102, 103, 104, 105,
108, 110, 116, 117, 118,
119, 123, 124, 125, 126,
129, 130, 131, 134, 137,
138, 141, 142, 146, 156,
158, 163, 165, 167, 168,
169, 178, 180, 194, 195,
212, 213, 215, 221, 222,
225, 226, 229, 230, 233,
236, 251, 252, 255, 257,
262, 264, 265, 268, 273,
274, 282, 283, 284, 285,
286, 287, 288, 289, 291,
292, 293, 294, 295, 296,
299, 302, 303, 309, 340,
344, 352, 353, 367, 369,
370, 372, 373, 381, 382,
383, 384, 385, 386, 404,
408, 422, 423, 424, 434,
438, 442, 446, 450, 468,
473, 475, 477, 484, 487,
489, 490, 492, 493, 494,
495, 501, 502, 505, 507,
511, 512, 514, 516, 517,
523, 537, 544, 548, 549,
592, 593, 595, 597.

CY'nin 32 473.

CYUY'nın 251. maddesi 448.

CYUY'un 251. maddesi 445,
446, 447.

CYUY'un 308. maddesinin 8.
bendi 448.

Ç

çapraz sorgu 369, 370, 371, 372,
375, 376, 383, 436, 442,
443, 444.

Çek Hamillerinin Korunması
311.

Çek Kanunu 331, 332.

Çek Kanunu'nun 24. maddesi
331.

Çıkar Amaçlı Suç Örgütleriyle
Mücadele Kanunu 17,
159, 170.

Çocuğun soy bağının
araştırılması 80, 81, 82.

çocuk 13, 80, 82, 121, 128, 227,
281, 298, 305, 380, 400.

Çocuk Koruma Kanunu 13,
121, 128, 281, 298, 305,
380, 400.

Çocuk Koruma Kanunu m.
15/1 281.

Çocuk Koruma Kanunu m.
22/3 400.

D

Danimarka CK.nun 976/I.
maddesi 557.

Danimarka CK prg. 27/I 557.
davaların birleştirilmesi 379,
405.

davasız yargılama olmaz ilkesi
405, 407, 534, 535, 538.

- davaya katılma 271, 272, 460,
474, 475, 476, 489.
- değerlendirme yasağı 200, 225,
348, 426.
- delil 12, 67, 68, 69, 70, 71, 72,
74, 78, 79, 80, 81, 86, 88,
93, 94, 104, 109, 113, 144,
161, 164, 165, 173, 174,
175, 176, 181, 182, 186,
187, 199, 200, 203, 204,
207, 208, 209, 212, 214,
215, 216, 217, 220, 221,
222, 224, 225, 226, 227,
229, 230, 231, 232, 233,
234, 235, 236, 238, 239,
240, 241, 242, 254, 278,
284, 295, 306, 320, 321,
322, 323, 326, 327, 344,
345, 347, 348, 349, 350,
355, 364, 365, 366, 367,
368, 373, 376, 387, 396,
397, 402, 413, 415, 418,
419, 421, 422, 423, 424,
425, 426, 427, 428, 429,
430, 431, 432, 433, 437,
438, 439, 449, 450, 451,
453, 544, 593.
- delil kaynağı 199.
- delil yasağı 72, 81, 200, 226,
327.
- delilden vazgeçmek 439.
- delilin dosyadan çıkarılması
216, 235.
- delilin irad ve ikamesi 234, 346,
429, 439.
- deliller hiyerarşisi 240, 429.
- Delilleri yok etme 114.
- delillerin doğrudan doğruyalığı
375, 444.
- delillerin irad ve ikamesi 343.
- delillerin ortaya konulması
345, 437, 440, 444, 479.
- deney 61, 74.
- derdest dava 456, 568.
- deri döküntüsü 69.
- Devlet İstihbarat Hizmetleri ve
Milli İstihbarat Teşkilatı
Kanunu 188.
- devlet sırrı 52, 53, 54, 154, 155,
159, 595.
- dış beden muayenesi 67, 71, 73,
75, 80, 82.
- dinleme 58, 172, 175, 176, 177,
178, 190, 193, 197, 252,
348, 372, 376, 399.
- disiplin hapsi 18, 19.
- disiplin suçu 259.
- dli Kolluk Yönetmeliği m. 7
274.
- DNA 86, 87, 241, 354.
- DNA analizi 86.
- doğrudan doğruya soru 277,
369, 383, 434, 435, 595.
- doğrudan doğruyalık 30.
- duruşmada işlenen suç 423.
- duruşmaya gelmeyen sanık
390, 393.
- düşme kararı 269, 270, 322,
336, 337, 461, 464, 563,
564, 582.

E

- Ek Protokoller 551.
ek savunma hakkı 361, 365,
396, 405, 407, 408, 409,
410.
Ekonomik Çıkar Birlikleri
Hakkında Kanun
Hükmünde Kararname
m. 15 557.
eksik soruşturma 418.
elektrik 193.
elektromanyetik 160, 161, 170,
193.
elektromanyetik sistemler 170.
elkoyma 137, 167, 280, 483.
emare delili 182.
esas hakkında görüş 445.
eski hale getirme 393, 394, 491,
591.
eşya müsaderesi 159.
eşya veya kazancın muhafaza
altına alınması 280.
eşyanın müsaderesi 334, 336,
337.
etkin pişmanlık 287, 288, 294,
321.
evleviyet 293, 356, 359, 576.
eylemin aynılığı 455, 456.

F

- fırar eden kişi 135, 142, 148.
firari 110.
fizik kimliğin tespiti 90.
fotoğraf 146, 220, 240, 377.

- Fransız Ceza Kanunu 557.
Fransız CK. m. 133-1 555, 571.
Fransız CK'nın 133-1. maddesi
556.
Fransız Medeni Kanunu m.
1844-8 556.
Friedensverrat, Alman Ceza
Kanunu m. 80 52.

G

- gaip 479, 484.
gaita 69.
gecikmede sakınca varsa 132.
gecikmesinde sakınca bulunan
hal 82, 83, 91, 110, 134,
135, 141, 142, 145, 148,
150, 168, 178, 189, 191,
194, 195, 210, 213, 225,
229, 236, 239, 283, 285,
286, 423.
genetik 3, 85, 86, 87, 88.
genetik inceleme 3, 85, 86, 87,
88.
giyabi tutuklama 14.
gizli görevli 205, 206, 209.
gizli izleme 210.
gizli soruşturmacı 205, 206,
207, 227.
gizliliğin ihlali 179.
gizlilik ilkesi 190, 192, 195, 211,
379.
görevini kötüye kullanma 275,
278.
görevsizlik kararı 12, 23, 24, 25,
26, 27.

gözaltı 22, 99, 100, 101, 102,
103, 104, 105, 106, 108,
109, 130, 137, 246, 265,
279, 283, 357, 358, 404.

gözaltı kararı 100.

gözaltı süresi 101, 102, 103,
104, 105, 106, 108, 109,
265, 358.

H

hâkim 10, 28, 36, 37, 38, 39, 44,
45, 47, 50, 53, 54, 55, 62,
63, 64, 65, 68, 69, 70, 71,
72, 73, 74, 76, 78, 79, 80,
81, 82, 83, 86, 88, 91, 94,
95, 96, 97, 98, 101, 103,
105, 106, 107, 111, 116,
119, 124, 125, 126, 132,
133, 134, 136, 137, 140,
141, 142, 143, 144, 145,
157, 163, 165, 167, 168,
169, 178, 179, 181, 182,
188, 189, 190, 191, 192,
194, 195, 210, 213, 215,
225, 232, 236, 251, 252,
254, 255, 259, 264, 283,
285, 288, 338, 353, 367,
369, 372, 373, 403, 406,
419, 421, 422, 424, 429,
430, 432, 434, 435, 446,
468, 469, 484, 492, 509,
542, 549, 592, 593, 596,
597.

hâkimin re'sen delil araştırma
ilkesi 421.

hâkimin reddi 18, 40, 45.

haberleşmenin denetlenmesi
171.

haberleşmenin gizliliğini ihlal
179, 197.

hak arama hakkı 9.

hakimin çekinmesi 44.

hapis cezası 54, 71, 72, 73, 91,
114, 115, 117, 120, 121,
126, 257, 258, 267, 268,
308, 328, 333, 352, 359,
389, 469, 480, 484, 526,
527, 528, 529, 530, 595.

hazır bulunma hak ve ödevi
250.

Hazırlık soruşturması 20.

Hochverrat, Alman Ceza
Kanunu m. 81 52.

Hochverrat, Alman Ceza
Kanunu m. 81 vd. 52.

hukuk devleti 52, 53, 115, 183,
191, 198, 205, 223, 226,
233, 294, 345, 346, 411,
440.

hukuka aykırı delil 200, 216,
225, 226, 234, 235, 347,
426, 438, 440.

hukuka uygunluk sebebi 83.

hukuksal ölçüt 289.

hükmün kolektifliği 384, 385.

İ

iç beden muayenesi 67, 71, 72,
73, 74, 75, 76, 80, 81.

İçtihadı Birleştirme Kararı 35.

- iddianamenin iadesi 25, 263,
297, 299, 260, 362, 363,
365.
- iddianamenin kabulü 20, 21,
23, 24, 25, 26, 27, 299,
364, 421, 476, 501.
- ifade 4, 11, 20, 30, 35, 37, 38, 50,
53, 67, 85, 91, 102, 115,
135, 137, 159, 160, 171,
173, 177, 181, 183, 187,
193, 194, 200, 213, 226,
234, 235, 239, 251, 252,
254, 255, 256, 273, 302,
303, 311, 322, 338, 347,
351, 376, 384, 401, 411,
412, 428, 430, 431, 436,
438, 442, 444, 445, 456,
460, 463, 465, 468, 475,
493, 495, 511, 512, 529,
537, 555, 571, 572, 578,
592.
- ifade alma 50, 102, 181, 251,
252, 254, 255, 256, 273,
376.
- ihsas-ı rey 367.
- ihzaren celp 250.
- ikincillik ilkesi 207.
- ikrar 182, 320, 321, 322, 326,
428, 429, 430, 432.
- iletişim içeriklerinin yok
edilmesi 182.
- iletişimin denetlenmesi 161,
171, 172, 173, 178, 183,
186, 187, 188, 190, 197,
199, 202, 204.
- iletişimin tespiti 170, 171, 174,
177, 180, 193, 196, 199,
219.
- iletişimin tespiti, dinlenmesi
ve kayda alınması 170,
171, 199.
- ilgilinin rızası 51, 69, 139.
- İllegal Uyuşturucu Ticaretine
Karşı Birleşmiş Milletler
Sözleşmesi ile Avrupa
Birliği 206.
- in dubio pro reo 421.
- infaz 47, 562, 570.
- insan hakları 9, 551.
- İnsan Hakları Avrupa
Sözleşmesi 30, 244, 277,
411.
- İnsan Hakları Avrupa
Sözleşmesi m. 6/2 411.
- İnsan Hakları Evrensel
Beyanamesi m. 11 411.
- İnsan Haklarını ve Ana
Hürriyetleri Koruma
Sözleşmesi'nin' 6/3-e
maddesi 341.
- İnsan Haklarını ve Ana
Hürriyetleri Korumaya
Dair Sözleşme 551.
- isnadı ve haklarını öğrenme
hakkı 9.
- isnat edilen suç 102.
- ispat aracı değerlendirme yasağı
200.
- ispat aracı yasağı 199.
- ispat araçları 94, 241, 324, 366,

- 428, 432.
 ispat külfeti 368.
 ispat metodu yasakları 426.
 ispat yasağı 348, 438, 439.
 istihbarat 184, 185, 188, 189,
 191, 194, 197, 210.
 istinabe 30, 93, 374, 375, 376,
 387, 389, 548, 549.
 istinaf 15, 42, 43, 248, 300, 337,
 393, 424, 472, 512, 516,
 517, 518, 519, 520, 523,
 534, 539, 542, 546, 592.
 İsviçre Ceza Kanunu 565.
 İtalyan Anayasası'nın 27.
 maddesi 572.
 İtalyan Ceza Usul Kanunu 147.
 İtalyan Ceza Usul Kanunu'nda
 (m. 356) 147.
 itiraz 13, 14, 35, 42, 43, 53, 68,
 70, 71, 73, 79, 80, 82, 88,
 91, 92, 101, 103, 119, 131,
 169, 221, 223, 261, 265,
 270, 289, 291, 292, 293,
 295, 296, 299, 337, 354,
 365, 423, 424, 434, 436,
 464, 482, 514, 515, 521,
 539, 541, 548, 550, 591.
 iz 68, 69, 71, 78, 79, 80, 113, 175.
- J**
- jandarma 101, 189, 324.
- K**
- kaçak 14, 138, 139, 258, 479,
 481, 483, 484.
 kamu davasına katılma 474.
 kamu davasının mecburiliği
 287.
 kamu düzeni 23, 113, 509.
 kamu görevlisi 173, 187, 197,
 205, 206, 223, 225, 244,
 267, 275, 276, 277, 351,
 352, 356, 596.
 kamu hukuku tüzel kişileri 319.
 kan 68, 69, 70, 71, 72, 73, 74,
 75, 76, 80, 81, 82, 86, 348,
 355.
 kan örneği 73, 75, 355.
 Kanunî temsilci 80, 82.
 Kanun Dışı Yakalanan veya
 Tutuklanan Kimselere
 Tazminat Verilmesi
 Hakkında Kanun 17.
 Kanun Dışı Yakalanan veya
 Tutuklanana
 Tazminat Verilmesi
 Hakkında Kanun 243.
 kanun yolu 15, 16, 21, 24, 26,
 35, 42, 43, 48, 129, 137,
 216, 236, 237, 238, 265,
 290, 291, 292, 293, 294,
 299, 300, 337, 364, 365,
 385, 393, 394, 406, 424,
 426, 461, 465, 471, 472,
 474, 476, 482, 489, 490,
 491, 493, 494, 495, 496,
 497, 498, 499, 500, 501,
 502, 503, 504, 505, 506,
 507, 508, 509, 510, 511,
 512, 513, 514, 515, 516,

- 517, 519, 521, 523, 524,
534, 535, 536, 537, 538,
539, 540, 542, 543, 545,
546, 547, 548, 549, 550,
551, 552, 591, 592.
- kanun yolu davasının geri
alınması 502, 506, 508.
- kanun yoluna başvuru 42, 155,
216, 337, 393, 394, 471,
472, 493, 496, 497, 498,
499, 500, 502, 503, 505,
507, 513, 519, 524, 547,
548, 551, 552, 591.
- kanuni hâkim 10.
- kanuni temsilci 51, 302, 303,
323, 355, 497, 523.
- kanunilik ilkesi 9.
- karar düzeltme 15.
- Karayolları Trafik Kanunu 75,
355.
- Karşılıksız Çek Kanunu 488.
- karşılıksız çek keşidesi suçu
331.
- katalog suçlar 114, 172, 173.
- kayda alma 172.
- kayıtların yok edilmesi 182,
184, 222.
- kayım atama 483, 487.
- kazanç müsaderesi 18, 159.
- kefaletle saliverme 14.
- kelepçe takma 102.
- kesin hükmün önleme etkisi
456.
- kesintisiz izleme 144.
- keşif 93, 94, 95, 96, 97, 98, 378,
392.
- kışkırtıcı ajan 205, 224.
- kimyasal 193, 373.
- kişinin ayrınlığı 456.
- kişisel bilgiler 209, 224, 225.
- Kişisel ve Siyasal Haklar Uluslar
Arası Sözleşmesi'nin
14/6 maddes 244.
- kişisel veri 88, 241, 354.
- kişisel verilerin korunması 354.
- kitle testleri 87.
- kolektiflik ilkesi 421.
- kolluk amirinin yazılı emri 132,
134, 141, 145, 168.
- koruma tedbirleri 3, 99, 113,
130, 136, 173, 187, 198,
203, 205, 212, 214, 216,
218, 225, 231, 232, 233,
239, 240, 241, 243, 245,
249, 279, 280, 353, 358,
593, 595.
- koruma tedbirleri nedeniyle
tazminat 245.
- kovuşturma 20, 38, 269, 282,
464, 511.
- kovuşturma 20, 21, 22, 23, 24,
32, 36, 37, 38, 39, 54, 56,
58, 72, 74, 75, 76, 81, 83,
87, 90, 92, 93, 99, 107,
110, 119, 128, 129, 130,
136, 137, 143, 155, 157,
164, 181, 212, 213, 215,
225, 226, 230, 236, 237,
238, 250, 251, 252, 256,
258, 260, 261, 264, 268,

269, 270, 271, 272, 277,
282, 284, 286, 302, 305,
306, 307, 308, 309, 315,
320, 321, 325, 328, 329,
330, 343, 344, 351, 352,
353, 356, 368, 371, 379,
382, 385, 386, 419, 422,
425, 449, 458, 461, 464,
474, 476, 483, 531, 536,
537, 556, 562, 563, 564,
566, 569, 571, 581, 583,
586, 592, 596.

kovuşturma evresi 21, 22, 23,
24, 32, 36, 37, 38, 39, 93,
107, 110, 129, 130, 136,
137, 143, 155, 157, 213,
215, 225, 230, 236, 250,
251, 252, 264, 268, 270,
271, 284, 286, 302, 306,
308, 309, 320, 325, 329,
343, 353, 379, 382, 385,
419, 422, 449, 461, 474.

kovuşturmanın kamusalılığı
421.

kovuşturmaya yer olmadığı
kararı 88, 91, 119, 131,
182, 183, 354, 362.

kuvvetler ayrılığı 129, 130, 285.
kuvvetli şüphe sebepleri 113,
173, 188, 209, 238.

Kültür ve Tabiat Varlıklarını
Koruma Kanunu 166.

L

layiha 385, 472, 497, 516.
lekelenmeme hakkı 268, 477.

M

maddî gerçeğin araştırılması
79.

maddesine göre 12, 13, 14, 15,
67, 76, 85, 105, 163, 195,
221.

maddi gerçeğin ortaya
çıkartılması 55, 324, 342,
343, 382, 383, 387, 414,
438, 445, 493, 505, 506.

mafya 55.

mağdur 55, 56, 57, 63, 70, 79,
88, 95, 98, 113, 114, 162,
185, 257, 270, 271, 301,
302, 303, 318, 326, 340,
342, 346, 417, 426, 440,
449, 451, 474, 583, 587.

mağdurbilim 440.

mağdurun rızasının varlığı 81,
82.

mal bildiriminde bulunulması
275.

malullük 271, 374, 404.

manyetik 171, 193.

maslahata uygunluk 289.

masumluk karanesi 9, 260, 411.

mazeret nedenleri 419.

mecburi müdafilik 256, 503.

Medeni ve Siyasal Haklar

Sözleşmesi m. 14/2 411.

Memurlar ve Diğer Kamu
Görevlilerinin
Yargılanması Hakkında
Kanun 276.

Memurun Muhakematı
(Muvakkat) Kanunu
277.

meslek sırrı 220.

Meşhud Suçların Muhakeme
Usulü Kanunu 17.

Milli İstihbarat Teşkilatı 180,
188, 191, 196.

MOBESE sistemi 241.

mobil telefon 172, 177, 199,
200, 201, 219, 220.

mobil telefonun yerinin tespiti
172, 219.

moleküler 3, 85, 86, 87.

moleküler genetik inceleme 85.

Moleküler genetik inceleme
85, 86.

moleküler genetik inceleme 3,
85, 86, 87.

muhakemenin iadesi 367, 547.

mutlak bozma sebebi 35.

müdafî seçme hakkı 256.

müdafîin dosya inceleme yetkisi
262.

müdafîlik görevinden
yasaklanma 260.

müdahil 56, 233, 440, 476, 478,
489, 501, 503.

müsadere davası 336, 337.

müşahede 75, 235.

N

naip hâkim 93, 137, 213, 252,
378, 548, 549.

ne (non) bis in idem 455.

ne bis in idem 306, 313, 320,
456, 457, 458, 459, 460,
461, 463.

nefes 69.

nemo tenetur 56, 58, 322, 325,
327, 400, 425, 443.

Nemo Tenetur İlkesi 9.

nisbi muhakeme 449, 451, 475.

O

olağan üstü haller 105.

opportinité 289.

optik 171, 193.

orantılılık 115.

Ö

öncelik 231, 293, 356, 359, 507,
576.

önleme araması 150.

önödeme 297, 299, 320, 321,
334, 335, 336, 461, 462.

örgüt faaliyeti 103, 178, 210.

örgütün faaliyeti çerçevesinde
55, 229.

özel güvenlik görevlileri 151.

özel hukuk 15, 47, 165, 232,
233, 271, 301, 311, 312,
313, 318, 422, 439, 450,
451, 452, 460, 509, 558,
563, 564.

özel yakalama 278, 279.
 Özel Yargılama Kanunu 276.
 özel yetki kuralı 29, 31.
 özgürlüğü kısıtlayıcı koruma ve
 güvenlik tedbirleri 316.

P

parmak izi 86, 182.
 polis 50, 69, 101, 138, 189, 207,
 228, 279.
 Polis Vazife ve Salahiyet
 Kanunu'nun 15. maddesi
 50.
 Polis Vazife ve Selahiyet
 Kanunu 180, 188, 355.
 Polis Vazife ve Selahiyet
 Kanunu'nun Ek 7.
 maddesi 188.
 Polis Vazife ve Selahiyet
 Kanunu'nun 13/C
 maddesi 355.
 postada el koyma 157, 160, 161.
 PVSK 13. madde 75.

R

reformatio in peius 494, 511.
 Resmi Gazete 193, 550.
 Rüşvet ve Yolsuzluklarla
 Mücadele Kanunu 275.

S

saç 68, 69, 70, 71, 72, 73, 74, 76,
 80, 81, 82, 86.
 sağlık mesleği mensubu 70, 71,

73, 75.
 sahil güvenlik 101.
 sanığın zorla getirilmesi 250,
 251.
 sanıkla görüşme 256.
 Savaş Zamanında Sivil Kişilerin
 Korunmasına Dair
 1949 tarihli Cenevre
 Sözleşmesi 578.
 savcı 38, 39, 65, 69, 86, 91, 97,
 98, 100, 126, 133, 140,
 144, 168, 210, 232, 280,
 283, 285, 294, 322, 323,
 345, 346, 362, 371, 372,
 402, 440, 592, 597.
 savcı yardımcısı 38.
 savcılığın soruşturmadaki
 yetkileri 281.
 savcının yazılı emri 132, 145,
 265.
 savunma 79, 94, 95, 116, 139,
 147, 155, 156, 265, 340,
 341, 342, 343, 365, 367,
 368, 370, 371, 387, 390,
 391, 392, 396, 397, 398,
 405, 406, 407, 408, 409,
 410, 430, 444, 445, 446,
 447, 448, 473, 485, 488,
 502, 508, 509.
 savunma hakkı 95, 147, 155,
 156, 265, 340, 341, 342,
 343, 365, 387, 391, 392,
 396, 397, 405, 407, 408,
 409, 410, 445, 447, 448,
 488.

- Schengen Sözleşmesi 206.
serbest delil 412, 413.
ses ve görüntü kayıtları 57.
ses veya görüntü kayıt veya nakil olanağı 377.
sıkıyönetim 105.
silahların eşitliği ilkesi 147, 342, 371, 383, 407, 504, 508.
silahlı örgüt 218.
Silahsız örgüt 218.
sinyal bilgileri 172, 177, 179, 180, 189, 191, 196, 197, 219, 220.
sinyal bilgilerinin değerlendirilmesi 172, 177, 179, 180, 196, 197, 219.
sokak çocukları 316.
son soruşturmaya 20.
son söz 442, 444, 445, 446, 447, 448.
sorumluluğu kabullenme 321.
soruşturma 20, 38, 110, 264, 266, 275, 282, 449.
soruşturma 20, 21, 22, 31, 32, 36, 37, 38, 39, 43, 54, 56, 57, 58, 72, 74, 75, 76, 81, 83, 87, 88, 90, 92, 93, 97, 100, 101, 107, 108, 109, 110, 118, 119, 128, 129, 130, 136, 137, 143, 148, 149, 155, 157, 162, 166, 172, 174, 175, 181, 184, 186, 188, 190, 192, 195, 203, 205, 207, 208, 209, 211, 212, 213, 215, 222, 224, 225, 226, 230, 238, 251, 252, 255, 256, 257, 262, 264, 265, 266, 267, 268, 269, 270, 271, 273, 274, 275, 276, 277, 281, 282, 283, 284, 286, 287, 295, 302, 305, 306, 307, 308, 309, 315, 320, 321, 322, 325, 328, 329, 330, 331, 332, 334, 343, 351, 352, 353, 356, 364, 368, 371, 382, 401, 404, 405, 414, 416, 419, 423, 424, 425, 426, 428, 448, 449, 450, 458, 460, 461, 474, 476, 484, 485, 554, 555, 562, 581, 586, 589, 592, 595, 596.
soruşturma evresi 21, 31, 32, 36, 37, 38, 39, 74, 76, 90, 93, 97, 110, 118, 119, 129, 130, 136, 137, 143, 157, 174, 184, 213, 222, 226, 251, 252, 262, 264, 265, 266, 268, 269, 270, 271, 282, 284, 287, 295, 305, 306, 309, 320, 325, 343, 353, 364, 382, 404, 405, 419, 423, 424, 428, 449, 450, 461, 474, 476, 484, 562, 589.
soruşturma işlemleri 22, 37, 273, 281, 282, 283, 284, 423.

- soruşturmanın gizliliği 267,
278, 326.
- soy bağı 78, 80, 81, 82, 83, 85,
87.
- sözlü iddianame 405.
- Suç Eşyası Yönetmeliği 162,
163.
- Suç Eşyası Yönetmeliği'nin 5/5.
maddesi 162.
- suç ortaklığı 60, 301, 574, 585,
586.
- suça ve cezaya etki eden
nedenler 419.
- suçsuzluk ilkeleri 268.
- suçsuzluk karinesi 268, 366,
367, 412, 444.
- suçtan zarar gören 11, 57, 161,
263, 265, 272, 295, 318,
319, 474, 475, 476.
- suçtan zarar görenin vekili 264.
- suçu ikrar 320, 321, 322, 326.
- suçu kabullenme 321.
- suçun işlendiği yer 29, 30, 31,
158.
- suçun kabullenilmesi 303.
- suçüstü 37, 134, 139, 142, 144,
145, 148, 271, 277, 283,
284, 286, 423.
- suçüstü halleri 271, 277, 286,
423.
- sulh ceza hâkimi 14, 37, 38, 39,
47, 102, 103, 104, 107,
111, 118, 123, 130, 131,
137, 143, 157, 163, 179,
208, 213, 215, 257, 262,
264, 265, 281, 282, 283,
284, 285, 286, 337, 340,
404, 450, 484.
- susma hakkı 56, 58, 102, 181,
230, 321, 322, 325, 356,
436, 442, 443.
- sümük 69.
- süre tutum dilekçesi 472, 523.
- sürelî yayınlar 52.
- Ş**
- şahsi cezasızlık sebebi 288.
- şahsi dava 11.
- şahsi hak davası 12.
- şikâyet etme 272.
- şikâyet koşulu 270, 271, 304,
306.
- şikâyetçi 11, 56, 57, 271, 305,
308, 323, 374, 403, 474,
475.
- şikâyete bağlı suçlar 304, 305,
307, 328, 329.
- şikâyetin bölünmezliği veya
sirayeti ilkesi 301.
- şikâyetten vazgeçme 270, 312.
- şüpheden sanık yararlanır 366,
411, 412, 415, 418, 419,
421, 428, 432.
- şüpheli 21, 22, 31, 51, 56, 57, 58,
59, 60, 62, 63, 64, 65, 68,
69, 70, 71, 72, 73, 74, 75,
76, 78, 79, 80, 82, 83, 87,
88, 90, 91, 95, 96, 97, 98,
100, 103, 106, 108, 109,
110, 111, 113, 114, 116,

- 118, 119, 126, 131, 145,
160, 162, 174, 176, 177,
181, 185, 195, 198, 199,
200, 201, 210, 214, 219,
220, 221, 223, 225, 226,
230, 241, 250, 251, 254,
256, 257, 266, 267, 268,
271, 272, 298, 301, 302,
303, 308, 311, 314, 315,
316, 318, 320, 321, 322,
325, 326, 327, 334, 337,
340, 342, 348, 350, 351,
352, 356, 357, 360, 383,
392, 400, 428, 430, 433,
442, 443, 449, 460, 474,
477, 484, 489, 493, 496,
497, 498, 499, 500, 502,
503, 504, 505, 506, 507,
508, 509, 511, 512, 519,
537, 554, 582, 583, 587.
- şüpheli veya sanığın zorla
 getirilmesi 250, 251.
şüphelinin hakları 282.
- T**
- tabip 71, 73, 75, 76.
takipsizlik 130, 131, 269, 276,
 291, 320, 325, 563, 564.
talimat 274, 374, 508, 549.
tanık 50, 56, 114, 372, 443.
tanık koruma 400.
tanıklık 18, 51, 56, 57, 58, 59,
 65, 66, 98, 154, 249, 400.
tanıklıktan çekinme 51, 53, 56,
 220, 230.
tanıklıktan çekinme hakkı
 olanlar 174.
Tanıklıktan çekinme sebepleri
 80, 82.
tarafsızlığını şüpheye düşürecek
 sebepler 40.
tarafsızlığını şüpheye düşürecek
 sebepler 44.
tarafsızlık 40, 42.
Tasarı m. 131; 2004 Kanunu m.
 91 100.
Tasarı'nın 14. maddesi 31.
Tasarı'nın 24. maddesi 36.
Tazminat 17, 243, 244, 247, 248,
 249.
tazminat davası açma 272.
tazminat hakkı 161, 246.
Tazminat Kanunu 243, 247,
 248, 249.
tazminat sorumluluğu 184,
 236.
tebligat 47, 163.
tefhim 444, 467, 471, 472.
teknik araçlarla izleme 210,
 225, 227, 230.
telefon dinleme 186, 203, 213,
 348.
telekomünikasyon 99, 171, 180,
 184, 187, 189, 191, 193,
 196, 197, 199, 200, 201,
 204, 219, 220.
Telekomünikasyon İletişim
 Başkanlığı 179, 180, 181,
 193, 195.
Telekomünikasyon Yoluyla

- Yapılan Haberleşmeye
Girme 170.
- telekomünikasyon yoluyla
yapılan iletişimin
denetlenmesi 171, 187,
197, 199, 204.
- Telekomünikasyon Yoluyla
Yapılan İletişimin
Tespiti, Dinlenmesi,
Sinyal Bilgilerinin
Değerlendirilmesi ve
Kayda Alınmasına
Dair Usul ve Esaslar
ile Telekomünikasyon
İletişim Başkanlığının
Kuruluş, Görev ve
Yetkileri Hakkında
Yönetmelik 180, 193.
- Telekomünikasyon Yoluyla
Yapılan İletişimin
Tespiti, Dinlenmesi,
Sinyal Bilgilerinin
Değerlendirilmesi ve
Kayda Alınmasına
Dair Usul ve Esaslar
ile Telekomünikasyon
İletişim Başkanlığının
Kuruluş, Görev ve
Yetkileri Hakkında
Yönetmelik m. 17 180.
- temel hak ve hürriyetler 10.
- temyiz 42, 43, 300, 337, 340,
379, 391, 393, 394, 397,
408, 410, 424, 426, 445,
471, 472, 495, 521, 522,
- 523, 524, 525, 526, 527,
528, 529, 530, 531, 533,
534, 535, 536, 537, 538,
539, 542, 546.
- temyiz nedeni 300, 340, 379,
391, 408, 410, 445, 471,
523.
- tercümanın giderleri 342, 583,
587.
- tesadüfen elde edilen bilgileri
186, 203.
- tesadüfen elde edilen deliller
185, 202.
- tıbbi muayene 67, 70, 76, 80.
- tırnak 68, 69, 70, 71, 72, 73, 74,
76, 80, 81, 82, 86.
- ticari sır 167.
- Ticari Şirketler Hakkında
Kanun m. 391/1 556.
- toplu suç 103, 106, 108, 109.
- toplu suçlar 103, 109.
- tutuklama 14, 15, 22, 36, 38, 39,
95, 99, 101, 109, 110, 111,
112, 113, 114, 115, 116,
117, 118, 121, 125, 126,
127, 128, 129, 130, 138,
243, 245, 246, 249, 250,
251, 283, 353, 357, 358,
359, 401, 403, 404, 484,
514, 515, 521.
- tutuklama kararı 14, 36, 38, 95,
110, 111, 114, 115, 116,
118, 121, 126, 127, 128,
130, 138, 250, 251, 403,
484, 515.

tutuklama nedenleri 112, 114.
tutuklu 29, 30, 49, 95, 96, 110,
111, 135, 142, 145, 148,
260, 261, 367, 392, 484,
496, 497, 519, 523, 526,
529, 590, 591.
tükürük 68, 69, 70, 71, 72, 73,
74, 76, 80, 81, 82, 86.
Türkiye Barolar Birliği 16, 30,
52, 65, 93, 104, 157, 186,
203, 261.
Türkiye Büyük Millet Meclisi
4, 341.
tüzel kişiliğin sona ermesi 554,
557, 563, 568, 570, 582.
tüzel kişisi 319.

U

ultima ratio 70, 208, 209.
Usul Yasası 308. maddesi 446.
Uyuşturucu Madde Ticareti
İle Mücadele Kanun
Tasarısı 206.
uzlaşma 3, 13, 113, 271, 272,
297, 298, 299, 301, 302,
303, 304, 305, 306, 307,
308, 309, 310, 311, 312,
313, 314, 315, 316, 318,
319, 320, 321, 322, 323,
325, 326, 327, 328, 329,
330, 331, 332, 333, 334,
335, 371, 461, 462.
uzlaşma kurumu 271, 272, 297,
298, 301, 304, 305, 306,
307, 310, 311, 312, 313,

315, 316, 318, 319, 320,
321, 322, 327, 328, 329,
331, 332, 333, 334, 335.
uzman 57, 65, 76, 196, 343, 370,
371, 372, 373, 420, 429.
uzman mütalaası 65.

Ü

üçüncü kişinin eyleminden
sorumluluk 578.

V

vareste 377, 388, 389, 395.
veri bankası 74, 241.
VI. Tasarı'nın 70. maddesi 65.
vicdanî delil sistemi 94.
vicdanî ispat sistemi 412, 413,
454.
vücut kılları 69.

X

X-ray cihazı 151, 152, 153.

Y

yakalama 15, 99, 101, 103, 104,
105, 106, 107, 109, 110,
111, 130, 132, 137, 138,
144, 145, 217, 243, 245,
246, 250, 251, 265, 271,
272, 274, 279, 281, 285,
403, 404, 484.
yakalama emri 15, 107, 110,
111, 138, 250, 251, 484.
yakalama yapabileceği haller

271.
yakalamanın koşulları
yakalamanın koşulları 100.
yakalanan kişinin kanuni
hakları 101.
yalan beyanda bulunmak 351.
yan delillerle desteklenme 240.
yargı yoluyla aklanma hakkı
413.
yargılama gideri 342, 583, 584,
586, 587.
Yargılamanın yenilenmesi 36,
548.
yargılamanın yenilenmesi 37,
227, 244, 394, 424, 459,
494, 539, 547, 548, 549,
550, 551, 552, 553, 589.
yasak ağacın meyvesi 213.
yasak delil 215, 220, 222, 224,
225, 233, 326, 327, 439.
yasak hakların iadesi 13.
yasak usuller 254.
yasal temsilci 78, 79.
yaş küçüklüğü 51.
yaş tashihi 449.

yaş tespiti 449, 450.
yemin 57, 58, 63, 400.
yer gösterme 93, 96, 97, 98, 378,
392.
yerleşim yeri 31, 122, 138, 139,
140, 150, 199, 200, 220.
yeterli delilin bulunmaması
464.
yetkisizlik iddiası 34, 35.
yurt dışına çıkamamak 124.
Yürürlük Kanunu 5, 15, 17, 37,
55, 118.
yüz yüzelik (vicahilik) 94.

Z

zabıt kâtibine 41, 496, 516, 519,
522, 523.
zarar suçu 289.
zincirleme suç 29.
zor kullanma 278, 279.
zorla getirme kararı 49, 50, 138,
251, 252.
Zorunlu müdafı 259.
zorunlu süre 103, 105.

Türk Ceza Kanunu'na Göre Dizin

- Türk Ceza Kanunu 4, 5, 12, 13, 16, 20, 29, 32, 139, 155, 165, 190, 193, 197, 249, 440, 462, 572, 580.
- TCK 5, 20, 32, 51, 66, 162, 173, 176, 179, 185, 187, 217, 220, 223, 267, 276, 278, 287, 288, 290, 297, 299, 301, 303, 304, 307, 308, 314, 318, 320, 321, 323, 326, 331, 332, 333, 334, 335, 337, 338, 339, 342, 350, 351, 352, 354, 419, 457, 458, 459, 467, 488, 555, 557, 562, 563, 564, 569, 582, 587, 588, 594, 595.
- TCK.m. 10-19 457.
- TCK m. 111, 169, 246 488.
- TCK m. 123 185.
- TCK m. 129/3 587, 588.
- TCK m. 132 179.
- TCK m. 132-133 220.
- TCK m. 14, 67, 102, 131, 168, 248, 267/1, 268, 279, 285/4, 286 20.
- TCK m. 16 288, 458, 459, 467.
- TCK m. 16 veya m. 63 467.
- TCK m. 167/1 288.
- TCK m. 168 288.
- TCK m. 19 459, 467.
- TCK m. 20 301, 350, 351, 352, 582, 594.
- TCK m. 204/2 350, 351.
- TCK m. 204/2, 207/2, 206, 267, 26 350.
- TCK m. 206 351, 352.
- TCK m. 22 217, 287, 290.
- TCK m. 220 217.
- TCK m. 221/1, 2, 3 ve 4. fıkra 287.
- TCK m. 256 278.
- TCK m. 257 326, 594, 595.
- TCK m. 258 51, 267.

- TCK m. 258 ve 285 267.
TCK m. 268 351.
TCK m. 279 173, 187.
TCK m. 281 176.
TCK m. 283 176.
TCK m. 285 267.
TCK m. 312 333.
TCK m. 54 334, 338, 339.
TCK m. 54/1 ve 55/1-2 334.
TCK m. 54/3 338.
TCK m. 60/1 488.
TCK m. 61 301.
TCK m. 62/2, 168, 254 321.
TCK m. 64 562, 563, 564.
TCK m. 73 297, 303, 304, 318, 321, 323, 335.
TCK m. 73/8 297, 303, 318, 321, 323, 335.
TCK m. 73/8; 75/1 297.
TCK m. 75 297, 299, 307, 308, 320, 335.
TCK m. 75/1 297, 307.
TCK m. 75/5 335.
TCK m. 77/3 488.
TCK m. 79, 91/7, 189 488.
TCK m. 8/2 32.
TCK m. 9 276, 288, 457, 569.
TCK m. 91 288.
TCK m. 93/1 288.
TCK m. 93/2 288.
TCK m. 94-96 276.
TCK'nın 133 242.
TCK'nın 220. maddesi 217.
TCK'nın 257. maddesi 594, 595.
TCK'nın 5. maddesi 331.
TCK'nın 64. maddesi 554, 562, 564.
TCK'nun 96. maddesi 569.
TCK 165 162.

Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu'na Göre Dizin

- Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu 3, 4, 14, 15, 16, 17, 30, 43, 85, 118, 567.
- Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu Tasarı Taslağı 16, 30.
- Ceza Muhakemeleri Usulü Yasası'nın 406 341.
- Ceza Muhakemesi Kanunu 4, 5, 11, 12, 13, 14, 15, 16, 17, 18, 20, 35, 37, 52, 58, 73, 83, 85, 93, 97, 113, 118, 128, 148, 156, 158, 159, 161, 163, 164, 180, 183, 188, 189, 197, 206, 243, 245, 247, 248, 261, 353, 354, 377, 441.
- Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 135 180.
- Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 135. maddesi 192.
- Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 135 vd. maddeler 180, 194.
- Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 142/6 maddesi 247.
- Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 217/2. maddesi 254.
- Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 23. maddesi 37.
- Ceza Muhakemesi Kanunumuzun 141-144 maddeleri 243.
- Ceza Muhakemesi Kanununda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun 441.
- Ceza Muhakemesi Kanununun 109. maddesi 128.
- CMK 13, 14, 15, 17, 18, 19, 21, 23, 24, 25, 26, 27, 32, 33, 35, 36, 37, 38, 39, 40, 41, 42, 44, 47, 48, 50, 51, 52, 53, 55, 56, 57, 58, 59, 61, 62, 63, 65, 77, 86, 87, 91, 93, 96, 97, 98, 99, 100, 101, 102, 103, 104, 105, 107, 108, 109, 110, 111, 115, 116, 118, 119, 124, 125, 126, 129, 130, 131, 132, 133, 134, 137, 141, 142, 144, 145, 146, 147, 148, 154, 159, 160, 161, 162, 164, 167, 169, 171, 172, 173, 174, 176, 178, 179, 181, 182, 184, 185, 188, 199, 200, 202, 210, 212, 213, 214, 215, 216, 217, 218, 219, 220, 221, 222, 223, 224, 225, 226, 227, 228, 229, 230, 231, 232, 233, 234, 235, 236, 238, 242, 243, 248, 249, 250, 251, 252, 253, 254, 255, 256, 257, 258, 259, 260, 261, 262, 263, 264, 265, 266, 270, 271, 272, 273, 274, 276, 277, 278, 279, 281, 282, 283, 284, 286, 287, 288, 289, 291, 292, 293, 294, 295, 296, 297, 298, 299, 300, 301, 302, 303, 305, 306, 308, 314, 316, 318, 321, 322, 323, 325, 326, 331, 332,

333, 335, 336, 337, 340, 342, 345, 347, 350, 351, 352, 353, 354,
356, 357, 359, 360, 361, 362, 364, 366, 367, 369, 370, 371, 372,
373, 374, 375, 379, 380, 381, 384, 387, 388, 389, 391, 392, 393,
394, 396, 398, 399, 400, 401, 402, 403, 404, 406, 407, 408, 409,
410, 412, 413, 422, 423, 424, 426, 430, 431, 434, 436, 437, 438,
439, 440, 442, 443, 444, 445, 449, 450, 451, 453, 454, 455, 456,
459, 460, 462, 464, 465, 466, 468, 469, 470, 471, 474, 475, 477,
479, 480, 481, 482, 483, 484, 485, 486, 487, 488, 489, 490, 491,
492, 493, 494, 495, 496, 497, 498, 499, 500, 501, 502, 503, 505,
507, 508, 511, 512, 514, 516, 517, 518, 519, 520, 521, 522, 523,
524, 525, 526, 527, 529, 531, 532, 533, 534, 535, 536, 537, 538,
540, 541, 542, 543, 545, 547, 548, 549, 550, 551, 555, 562, 563,
583, 584, 585, 586, 587, 588, 589, 590, 591, 592, 594, 595, 596,
597.

CMK. m.271/4 515.

CMK m. 100 359.

CMK m. 100' 115.

CMK m. 100/4 359.

CMK m. 101/3 257.

CMK m. 102 118.

CMK m. 102/3 257.

CMK m. 103/1 118.

CMK m. 103/2 129, 131.

CMK m. 105 119.

CMK m. 109 124, 125, 126, 316, 359.

CMK m. 109/1 125, 359.

CMK m. 109/2 125.

CMK m. 109/3 124.

CMK m. 109/4 125.

CMK m. 109/5 126.

CMK m. 109/6 126.

CMK m. 110/1 125.

CMK m. 110/1, 111 125.

CMK m. 112 126, 359.

CMK m. 117/1 145.

CMK m. 117/3 145.

- CMK m. 118 141, 142, 145, 148.
CMK m. 118/1-2 142, 145.
CMK m. 118/2 141, 145.
CMK m. 119 132, 141, 142, 145.
CMK m. 119/1 134, 141, 142, 145.
CMK m. 119/2 133.
CMK m. 119/5 142.
CMK m. 120 147.
CMK m. 121 144.
CMK m. 122. Adli ve Önleme Aramaları Yönetmeliği m. 16 146.
CMK m. 125 596.
CMK m. 127/3 137, 142.
CMK m. 129 160.
CMK m. 133 487.
CMK m. 135 199, 200, 212, 213, 214, 215, 216, 217, 218, 219, 221,
222, 230, 231, 232, 233, 238.
CMK m. 135/1 215, 219.
CMK m. 135-137 214, 230.
CMK m. 135-138/2 224.
CMK m. 135-140 212, 232, 233, 238.
CMK m. 135/2 213, 216, 221.
CMK m. 135/4 200, 216.
CMK m. 135/5 217.
CMK m. 135/6 199, 214, 217, 219, 222.
CMK m. 135/6-a 217.
CMK m. 135/7 219.
CMK m. 136 199, 200, 220.
CMK m. 137/3 222.
CMK m. 137/4 184, 222.
CMK m. 138 173, 214, 218, 221, 222, 227, 230, 242.
CMK m. 138/2 214, 218, 221, 222, 227, 230.
CMK m. 139 223, 224, 225, 232.
CMK m. 139 ve 140 232.
CMK m. 139/7 224.
CMK m. 140 218, 225, 226, 227, 228.

- CMK m. 140-144 232.
CMK m. 140/3 236.
CMK m. 140/4 226, 227, 229, 230.
CMK m. 140/5 227.
CMK m. 141 232, 356.
CMK m. 141-144 232.
CMK m. 146 251, 252.
CMK m. 146/1-2-4 251.
CMK m. 146/5 251.
CMK m. 147-156 445.
CMK m. 148 234, 430.
CMK m. 148/4 430.
CMK m. 150 257, 347, 497, 503, 507, 508.
CMK m. 150/2 347, 497, 503, 507, 508.
CMK m. 151 259, 260.
CMK m. 151/3 260.
CMK m. 153 262, 263, 264, 266.
CMK m. 153/3 263.
CMK m. 153/4 263.
CMK m. 153/5 263.
CMK m. 157 278.
CMK m. 158/6 270, 272, 305, 308.
CMK m. 160, 161 274.
CMK m. 160-162 282.
CMK m. 160/2 431, 445.
CMK m. 161 273, 274, 276, 277, 282, 596, 597.
CMK m. 161/2 273.
CMK m. 161/3 274.
CMK m. 161/5 276, 277, 596, 597.
CMK m. 161/6 277.
CMK m. 162 179.
CMK m. 163 38, 39, 281, 283, 286.
CMK m. 165 274.
CMK m. 168 278, 279.
CMK m. 170 24, 25, 287, 351, 360, 406, 409, 493.

- CMK m. 170/1 ve 175/1 287.
CMK m. 170/3 24, 351, 360, 406.
CMK m. 170/3-a 351.
CMK m. 170/3-h 360, 406.
CMK m. 170/4 409.
CMK m. 170/5 493.
CMK m. 171 287, 288, 292, 293, 294.
CMK m. 172/2 131, 295.
CMK m. 173/4 ve 174 291.
CMK M. 173/5 293.
CMK m. 173/5 292, 293, 294.
CMK m. 173/6 131.
CMK m. 174 25, 295, 297, 298, 299, 351, 353, 360, 362, 364, 406,
456.
CMK m. 174/1' 25, 353.
CMK m. 174/1-a 25, 351.
CMK m. 174/1-c 297, 298.
CMK m. 174/2 360, 406.
CMK m. 174/3 299.
CMK m. 174/4 362.
CMK m. 174/5 299.
CMK m. 175/1 296.
CMK m. 175/2 364.
CMK m. 176/3 366.
CMK m. 177 367.
CMK m. 178 369, 370, 371, 372, 373.
CMK m. 178-179 372, 373.
CMK m. 179 370.
CMK m. 18/3 35.
CMK m. 180/1-2 374.
CMK m. 180/3 374, 375.
CMK m. 180/3-4 374.
CMK m. 180/5 375.
CMK m. 182-187 379.
CMK m. 185 380.

- CMK m. 188 258, 381, 384.
CMK m. 188/1 381.
CMK m. 188/2 381, 384.
CMK m. 189 381.
CMK m. 193/1 250, 387.
CMK m. 194/1 387.
CMK m. 194/2 388.
CMK m. 195 388.
CMK m. 196 387, 388, 389.
CMK m. 196/2 387, 389.
CMK m. 196/6 387.
CMK m. 197 258, 391, 392.
CMK m. 198 394.
CMK m. 198/1 394.
CMK m. 199 250.
CMK m. 2/1-k 108.
CMK m. 20 19, 115, 233, 234, 235, 340, 342, 345, 391, 396, 398, 399,
401, 402, 403, 404, 423, 426, 434, 436, 437, 438, 439, 440, 594.
CMK m. 200 399.
CMK m. 201 434, 436.
CMK m. 202 340, 342.
CMK m. 202, 324 342.
CMK m. 202/3 340.
CMK m. 203/1 396.
CMK m. 203/3 19.
CMK m. 204 391, 396, 398, 403.
CMK m. 205 115, 398, 401, 402, 403, 404, 423.
CMK m. 206 233, 234, 235, 345, 426, 437, 438, 439, 440.
CMK m. 206/1 437.
CMK m. 206/2-a 235, 426, 438.
CMK m. 206/2-a, b, c 438.
CMK m. 206/2-c 438, 439, 440.
CMK m. 206/3 233, 234, 438.
CMK m. 207 439.
CMK m. 215 442.

- CMK m. 216 442, 444.
CMK m. 216/3 442, 444.
CMK m. 217 234, 235, 412, 413.
CMK m. 217 ve 288/2 235.
CMK m. 217/2 234.
CMK m. 218 449, 450, 451.
CMK m. 218/1 450.
CMK m. 218/2 449, 450, 451.
CMK m. 219-221 453.
CMK m. 22 38, 39, 44, 270, 361, 388, 406, 407, 408, 409, 410, 454,
455, 459, 460, 464, 465, 466, 468, 469, 562, 563, 588.
CMK m. 22/1-g 38, 39.
CMK m. 222 454.
CMK m. 223 270, 388, 455, 457, 459, 460, 464, 465, 466, 562, 563,
588.
CMK m. 223/1 465, 466.
CMK m. 223/1-2 466.
CMK m. 223/3 466.
CMK m. 223/4 588.
CMK m. 223/7 455, 457, 459, 460.
CMK m. 223/8 270, 464, 562, 563.
CMK m. 223/8-9 270.
CMK m. 223/9 388, 465, 562.
CMK m. 225/2 361, 406.
CMK m. 225/2 ve 226 361.
CMK m. 226 407, 408, 409, 410.
CMK m. 227 468.
CMK m. 228 468.
CMK m. 229/1 468.
CMK m. 229/2 468.
CMK m. 229/3 469.
CMK m. 23 36, 37, 38, 44, 470, 471, 474, 475, 489.
CMK m. 230 235, 470.
CMK m. 230/1-b 235.
CMK m. 231 470.

- CMK m. 232 471.
CMK m. 236 57.
CMK m. 237 474, 489.
CMK m. 238 475.
CMK m. 243 477, 501.
CMK m. 244/4 258.
CMK m. 246 479, 480, 481, 482, 484.
CMK m. 246/1 479, 484.
CMK m. 246/2 480, 484.
CMK m. 247 258, 483.
CMK m. 247/3 258.
CMK m. 248 481, 482, 483, 484.
CMK m. 248/1-2 483.
CMK m. 248/7 482, 484.
CMK m. 248/8 482.
CMK m. 249/1-2 485.
CMK m. 249/3 485.
CMK m. 250 118.
CMK m. 251 103.
CMK m. 252/2 118.
CMK m. 252/3 303.
CMK m. 253, 254, 255 323, 335.
CMK m. 253/1 302.
CMK m. 253/2 321.
CMK m. 253-255, 144, 172; ÇKK m. 24 297.
CMK m. 253/5 302.
CMK m. 253/6 321, 322, 326.
CMK m. 253/8 ve 254/2 314, 325.
CMK m. 255 301, 314.
CMK m. 256-259 337.
CMK m. 257/1 337.
CMK m. 258 337.
CMK m. 259 337.
CMK m. 26 26, 41, 489, 490, 491, 492, 494, 496, 497, 498, 499, 500,
501, 502, 503, 505, 507, 508, 511, 512, 514, 520, 523, 537.

- CMK m. 260-/2 492.
CMK m. 260/1 489.
CMK m. 260/1-2 511.
CMK m. 260/3 511.
CMK m. 261 490, 498, 507, 508.
CMK m. 261-263 490.
CMK m. 262 497, 523, 537.
CMK m. 263 496, 523.
CMK m. 264/1-2 26.
CMK m. 264/2 491.
CMK m. 265 490, 494, 502, 511, 512, 520.
CMK m. 265, 283 494.
CMK m. 266 497, 499, 500, 501, 502, 503, 505, 507, 508.
CMK m. 266/1 501, 502, 505.
CMK m. 266/1, c: 1 501.
CMK m. 266/1, c:2 502.
CMK m. 266/2 499, 502, 505, 508.
CMK m. 266/3 497, 499, 500, 505, 507, 508.
CMK m. 269 514.
CMK m. 270 514.
CMK m. 271 514.
CMK m. 273/1-2 516.
CMK m. 273/4 489, 516.
CMK m. 274 393, 518.
CMK m. 277 519.
CMK m. 278 424.
CMK m. 28 42, 300, 379, 391, 410, 424, 426, 445, 471, 512, 520, 521,
536.
CMK m. 282/1-d 424.
CMK m. 283 512, 520.
CMK m. 284/1 536.
CMK m. 287 521.
CMK m. 288 300.
CMK m. 289/1-f 379.
CMK m. 289/1-g 471.

- CMK m. 289/1-h 391, 410.
CMK m. 289/1-i 426, 445.
CMK m. 290 408.
CMK m. 291 522.
CMK m. 292 393, 518.
CMK m. 294 523.
CMK m. 295 523.
CMK m. 296/1 525.
CMK m. 296/2 525.
CMK m. 299 258, 526, 529.
CMK m. 30/1 ve 2 44.
CMK m. 301 523.
CMK m. 302/1 531, 532.
CMK m. 302/3-4 524.
CMK m. 303 531.
CMK m. 304/1 531, 532, 536.
CMK m. 304/1-3 536.
CMK m. 304/2 532, 533.
CMK m. 304/3 532.
CMK m. 304/4 533.
CMK m. 306 534, 535, 538.
CMK m. 307/3 536.
CMK m. 307/4 536, 538.
CMK m. 308 540, 541.
CMK m. 309 494, 542, 543, 545.
CMK m. 309/4-c 545.
CMK m. 310/1 543.
CMK m. 310/2 543.
CMK m. 311 ve 314 547.
CMK m. 311/1-f'e göre 551.
CMK m. 311/2 551.
CMK m. 311-323 459, 494.
CMK m. 317 548.
CMK m. 318 548.
CMK m. 319 548.

- CMK m. 320 549.
CMK m. 321 550.
CMK m. 323/3 394.
CMK m. 324 17, 342, 583, 584.
CMK m. 324-330 17, 584.
CMK m. 324/5 342, 587.
CMK m. 325/1-2 585.
CMK m. 325/3 586.
CMK m. 325/4 586.
CMK m. 326 583, 584, 585, 586.
CMK m. 326/1 583, 585.
CMK m. 326/2 584, 585, 586.
CMK m. 327 587, 588.
CMK m. 328 587, 588.
CMK m. 329 587, 589.
CMK m. 330 587.
CMK m. 331/2 590.
CMK m. 332 592, 594, 595, 596, 597.
CMK m. 332/1 592, 594, 595.
CMK m. 332/2 594.
CMK m. 35/2 48.
CMK m. 36/2 47.
CMK m. 379 399.
CMK m. 39/1-3 591.
CMK m. 39/4 591.
CMK m. 4/1 23.
CMK m. 4/1-2 23.
CMK m. 40 393, 394, 591.
CMK m. 40, 41 ve 42 393.
CMK m. 40/2 394.
CMK m. 43 50.
CMK m. 43/5, 44/1 50.
CMK m. 43-61 56.
CMK m. 44, 53 ve 60 59.
CMK m. 45 51.

- CMK m. 46/1-c 51.
CMK m. 5 24, 25, 56, 57, 59, 400, 443.
CMK m. 50 56, 58, 59, 400, 443.
CMK m. 50/1-a, b, c 58.
CMK m. 50/1-c 58, 443.
CMK m. 50/3 400.
CMK m. 52/3-4 57.
CMK m. 58 400.
CMK m. 6 18, 23, 25, 27.
CMK m. 60 18.
CMK m. 66/4 63.
CMK m. 66/5 63.
CMK m. 66/6 63.
CMK m. 68 63.
CMK m. 75, 76 273.
CMK m. 81 350, 352, 353, 356, 357.
CMK m. 81, 147/1-a ve 147/1-e, 170/3-a, 174/1-a 350.
CMK m. 84/1 257.
CMK m. 90 101, 110, 144, 271, 274, 279, 404, 484.
CMK m. 90/1 484.
CMK m. 90/2 110, 144, 484.
CMK m. 90/3 271, 404.
CMK m. 90/4 101.
CMK m. 91/3 108, 109.
CMK m. 91/4 101.
CMK m. 91/6 257.
CMK m. 94 107, 111.
CMK m. 95 104.
CMK m. 97 111.
CMK m. 98 15, 110, 484.
CMK m. 98/2-3 110.
CMK m. 158/6 272.
CMK'nın 102. maddesi 257.
CMK'nın 103 131.
CMK'nın 118/1-2. madde 134.

- CMK'nın 119/1. maddesi 134, 135, 136, 137.
CMK'nın 135 170, 180, 217, 219, 220, 221, 233.
CMK'nın 135. maddesi 170, 180, 217, 219, 220.
CMK'nın 135. maddesinin 4. fıkrası 219.
CMK'nın 135. maddesinin 6. fıkrası 219.
CMK'nın 135/6 222.
CMK'nın 137/3 221.
CMK'nın 139 224.
CMK'nın 147 347.
CMK'nın 15/2. maddesi 505.
CMK'nın 150. maddesi 505, 506.
CMK'nın 150/2. maddesi 498, 506.
CMK'nın 158/6. maddesi 305.
CMK'nın 158/6 ve 223/8 269.
CMK'nın 163 423.
CMK'nın 163. maddesi 284.
CMK'nın 172/1. maddesi 563.
CMK'nın 173/3 423.
CMK'nın 174/1-a 25.
CMK'nın 180/5 377.
CMK'nın 188/3. maddesi 382.
CMK'nın 2/1-e maddesi 284.
CMK'nın 225 414, 456.
CMK'nın 225. maddesi 414, 456.
CMK'nın 231 471.
CMK'nın 246 484.
CMK'nın 248/3-4 483.
CMK'nın 249 485, 487, 554.
CMK'nın 249. maddesi 487, 554.
CMK'nın 249/1 485.
CMK'nın 253, 254 318.
CMK'nın 260/1 492.
CMK'nın 260/3. maddesi 492.
CMK'nın 274 518.
CMK'nın 276. maddesi 519.

- CMK'nın 295/1 495.
CMK'nın 303. maddesi 548.
CMK'nın 304/1 532, 533.
CMK'nın 309. maddesi 545.
CMK'nın 311. maddesinin 1. fıkrası 551.
CMK'nın 322. maddesi 550.
CMK'nın 323. maddesi 550.
CMK'nın 325/4. maddesi 554.
CMK'nın 332/2. maddesi 593.
CMK'nın 40-42. maddeleri 393.
CMK'nın 81 354.
CMK'nın 98/1-4 484.
CMK'nın 98/2-3 110.
CMK Yürürlük Kanunu'nun 12/2. madde 55.
CMK 101/1 116.
CMK 101/2 116.
CMK 123/1 159.
CMK 124/2 19.
CMK 128 159.
CMK 135 174, 188.
CMK 135/2 174.
CMK 137 179.
CMK 138/2 181.
CMK 140 210.
CMK 141 161, 243.
CMK 141/1-j 161.
CMK 142/7 248.
CMK 147/1-c 256.
CMK 148/5 254, 255.
CMK 149/1 256.
CMK 149/3 256.
CMK 15. madde 32.
CMK 15/1 ve 2 33.
CMK 151/4 261.
CMK 151/5 261.

- CMK 151/6 261.
CMK 153/1 262.
CMK 153/2 262.
CMK 161/1 597.
CMK 173/5 289.
CMK 2/1-1 18.
CMK 248/5 14.
CMK 289/1-d 35.
CMK 304/3 533.
CMK 34 288.
CMK 46/2 52.
CMK 47. madde 154.
CMK 47/1 53.
CMK 52/3 55.
CMK 58/2 55.
CMK 58/3 55.
CMK 64 61.
CMK 64/2 61.
CMK 64/3 62.
CMK 68/3 65.
CMK 75 86.
CMK 78/1 87.
CMK 79 86.
CMK 80 91.
CMK 83. madde 93.
CMK 84 98.
CMK 85 96.
CMK 90 99, 100.
CMK 90/5 100.
CMK 91 100, 103.
CMK 91/1 100.
CMK 93 102.

- CMUK 11, 16, 34, 40, 42, 52, 53, 59, 104, 163, 170, 207, 234, 262,
273, 404, 405, 408, 409, 412, 422, 430, 438, 449, 451, 481, 528,
529, 545.
- CMUK .m. 238/2-a 438.
- CMUK m. 110/a 207.
- CMUK m. 135/a 234.
- CMUK m. 156 273.
- CMUK m. 237/3 422.
- CMUK m. 255 451.
- CMUK M. 255/1 449.
- CMUK m. 255/1 451.
- CMUK m. 258/4 409.
- CMUK m. 258/6 408, 409.
- CMUK m. 259 404, 405.
- CMUK m. 288/2 481.
- CMUK m. 318 528, 529.
- CMUK m. 343/4 545.
- CMUK'un 100. maddesi 186.
- CMUK'un 103. maddesi 162.
- CMUK'un 126. maddesi 130.
- CMUK'un 253/3. maddesi 462.
- CMUK'un 254/2 234.

Çocuk Koruma Kanunu'na Göre Dizin

- ÇKK 128, 273, 297, 308, 314, 318, 323, 328, 335, 380, 384.
- ÇKK m. 15/1 273.
- ÇKK m. 20 128.
- ÇKK m. 24 297, 318, 323, 328, 335.
- ÇKK m. 25/1 384.
- ÇKK'nın 25/1 382, 385.
- ÇKK'nın 25/1. maddesi 382.

Ceza ve Güvenlik Tedbirleri Kanunu'na Göre Dizin

Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanun 16, 120.
CGTİK 302.

Kabahatler Kanunu'na Göre Dizin

Kabahatler Kanunu 350, 351, 352, 353, 354, 355, 356, 357, 358, 359,
386, 436.

Kabahatler Kanunu m. 40/1 350, 351, 352.

Kabahatler Kanunu m. 40/1-3 350.

Kabahatler Kanunu m. 40/2-3 352.

Kabahatler Kanunu'nun 40. maddesi 353, 436.

Kabahatler Kanunu'nun 40/2 ve 3. fıkraları 357.

Kabahatler Kanunu 40/1. maddesi 357.

Kaçakçılık Kanunu'na Göre Dizin

Kaçakçılık Kanunu m. 34 297, 320.

Kaçakçılıkla Mücadele Kanunu 139, 166, 308.

Kaçakçılıkla Mücadele Kanunu m. 34 308.

Kaçakçılıkla Mücadele Kanunu 17/2 139.

Kaçakçılıkla Mücadele Kanunu 18/2 139.

Türk Ticaret Kanunu'na Göre Dizin

Türk Ticaret Kanunu'nun 146. maddesi 558.

Türk Ticaret Kanunu'nun 451. maddesi 558.

TTK m. 151 558.

TTK m. 439 558.

TTK'nun 552 ve 449. maddeleri 570.