



TÜRKİYE BAROLAR BİRLİĞİ YAYINLARI No. 14

ADLÎ ZABITANIN İDARÎ ZABITADAN AYRILMASI
HAKKINDA TBB YÖNETİM KURULU
RAPORU

Sevinç Matbaası, Ankara - 1974

ASLÎ ZABITANIN İDARÎ ZABITADAN AYRILMASI HAKKINDA TBB YÖNETİM KURULU RAPORU

I. Giriş (1. İdare Hukuku, 2. Anayasal İlişki), II. Adli zabitanın savcılığa bağlanması (1. Savcılığın doğuşu, 2. Savcılığa bağlanma nedenleri), III. Bağlanmada Sakınca İddiası (1. Bakanlık değiştirmenin faydasızlığı, 2. Zabitanın bölünmezliği) IV. Karma Sistem, V. İdarî işlem-Adli işlem ayrımı, (1. Araştırma-Soruşturma, 2. Adli işlemlerin saptanması), VI. Öneriler (1. Yayıp ayırım, 2. Bağımsız zabita : a. Savcılık teminatı, b. Bağımsız zabita) VII. İşkence konusu, VIII. Kışkırtıcı ajan, IX. Adli Zabita Kurulması Çalışmaları (1. Toplumsal inanç, 2. Uygulamadaki sakıncalar, 3. Düzenlenecek konular).

I. GİRİŞ

Adli zabita kavramının Fransız kökenli olduğu söylenebilir. Fransa'da savcılık kurulunca, bir kısım zabıtayı emrine vermek ihtiyacı duyuldu. Adli zabita idarî zabita ayırımına ilk defa Fransa'da «3 brumaio anno IV» tarihli Kanununun 19 ve 20. maddelerinde rastlandı. Bu Kanun, ayrımı şöyle tanımlıyordu : «Adli zabita, idarî zabitanın işlenmesini önleyemediği suçları araştırır, delillerini toplar, faillerini cezalandıracak mahkemelere tevdi eder» (1).

Adli zabita müessesesi, Napolyon'un etkisi ile İtalya'ya geçti, İtalya'daki usule kaynak oldu (2).

1. **İdare Hukuku** : İdare hukukunda hâkim görüş şudur : «Bu iki zabita arasında benzerlik hatta bir kaynaşma (fusion) mevcuttur: Bunlardan biri mâni, diğeri zecrî ve tenkilî maksat ta-

(1) **Guarneri**, (G.), La Polizia giudiziaria come e'è coma dovrebbe essere (La scuola positiva, 1960) s. 237; Bu konu hakkında bk. Braas, Précis de procédure pénale (Brüksel, 1950), s. 257.

(2) **Guarneri**, s. 237.

kip etmekle beraber organik, uzvî bakımından bunlar aynıdır. Yani adlî zabıta, umumî zabıta teşkilâtının içindedir. Polis ile jandarmadan müteşekkildir. Mahiyeti, ifa ettiği vazifeye göre değişir: Mani zabıta rolünü ifa ederken idarî makamların emri altındadır ve bir idare kuvveti mahiyetindedir. Halbuki suç delillerini ve suçlunun aranması sırasında yani zecrî ve tenkili fonksiyonuna yardım ederken adlî zabıta mahiyet ve unvanını alır ve aynı kuvvet adlî otoritenin emri altına girer» (3).

2. **Anayasal İlişki:** İtalyan Anayasasının 109. maddesine göre «Adlî zabıta, Adlî makamların doğrudan doğruya, emri altındadır». Bu maddeyi İtalyan kurucu meclisinde önerenler doğrudan doğruya Adalet makamları emrinde özel bir kuruluş olarak adlî zabitanın Anayasada öngörülmesini istemişlerdi (4). Meri metin bir çeşit uzlaşma sonucudur. Fakat «doğrudan doğruya Adlî makamların emri altında olmaklık» formülünün Adliye ile Emniyet makamları arasındaki çekişmeye son vermediği bildirilmektedir (5).

1930 İtalyan Usul Kanununun 220. maddesi yeni İtalyan Anayasasının 109. maddesi hükmüne uydurulmak için 1955 yılında değiştirilmiş, fakat yine de tartışmalar sona ermemiştir (6). Bu değişikliğe çeşitli dirençler sonucu bir «uzlaşma gözü ile bakılmaktadır» (7). İtalyan yazarlarınca, çeşitli makamlara bağlı Adlî zabitanın sakıncalı olduğu, bu zabitanın her açıdan savcılık emrinde toplanması gerektiği, Adlî zabitanın ayrı bir organ halinde ve Adlî zabitanın «el», savcının «baş» olması lüzumu savunulmaktadır.

Almanya'da genel olarak Adlî zabitanın, Adlî makamlara hiyerarşik bağlılığı kabul edilmemiştir. Fakat görevsel bağlılık, soruşturmaya yön saptayıcı emirler vermek yetkisi kesinlikle tanınmıştır (8).

-
- (3) **Onar**, (S. S.) İdare Hukukunun Umumî Esasları (III. Cilt, 3. Bası), s. 1470.
 - (4) Kurucu Meclis Tartışmaları için bk. Resconti dell'assemblea costituente s. 2530; bk. **Guarneri**, s. 247.
 - (5) bk. **Guarneri**, s. 248; bk. **Leone** (G.), Lineamenti di diritto processuale penale (Napoli, 1956), s. 284.
 - (6) bk. **Leone** (Lineamenti...) s. 284.
 - (7) **Bellavista**, s. 199; bk. **Zanobini** (L.), Codice della legge penale (parte generale, Milano 1973), s. 227, nt. 2, 3.
 - (8) bk. **Manzini** (V.), Trattato di diritto processuale penale Italiano, II (Torino, 1931) s. 232; bk. **Vitu** (A.), Procédure pénal (Paris, 1957), s.

Adli zabitanın görev bakımından savcılık'a, idarî hiyerarşi bakımından emniyet makamlarına tabi olması şeklindeki sınırlar her memlekette tenkit edilmiştir (9).

«İyi bir ceza adaleti, mükemmel bir Adalet Polisinin kurulmasına sahip olan Devletlere müyesser olur» (10). «Dünyada en zor olan Adli zabita görevini yapabilmek için polisin yalnız tecrübe ile yükselmesi kâfi değil, teknik ve ilmî bakımdan da yükselmesi ve ona göre soruşturma yapması gerekir» (11).

II. Adli Zabitanın Savcılığa Bağlanması :

Adli zabita işlemlerinde de vatandaş için teminata ihtiyaç vardır. Savcıya bağlılık bir teminat sağlayacaktır. Adli zabitanın öz-lük işleri dahi (tayin, terfi teczi vs.) savcıya tevdi edilmelidir. Savcılığa organik bağlılık da sağlanmalıdır.

1. **Savcılığın doğuşu** : Adli zabita fikri «savcılık» ile aynı çağ rastlar (12), diğer bir deyimle savcılık diye bir organın kurulması iledirki Adli zabıtaya ihtiyaç duyuldu. Yine o tarihten beridirki genel zabita makamlarının, Adli zabitanın ayrılmasına dirençleri başladı.

2. **Savcılığa bağlanma nedenleri** : Adli zabitanın idarî zabita içinde yer alması Usul Hukuku ilkeleri ile de bağdaşmamaktadır. Adli zabita savcılığın «yardımcısı»dır, işlemleri hazırlık soruşturması içinde ve savcı adınadır. «Savcılığın bölünmezliği» ilkesi ile «karma Adli zabita»yı bağdaştırmak olanağı yoktur. İdarî zabıtaya, Adalet organları için zarurî vasıflar (örneğin tarafsızlık, reddedilebilirlik gibi) tanınmadan, sağlanmadan, «Adli zabita» adını vermek içtenlik sayılmaz. Kişinin güvencesi ancak mahkemede başlarsa çok geç kalınmış olur» (13).

30; bk. Leone (G.), Manuale di procedura penale (Napoli, 1962) s. 112; Bellavista (B.), Lezioni di diritto processuale penale (Milano, 1965) s. 198.

(10) Özyörük, (H.), 948-949 Adalet Yılı Açış Nutku.

(11) Uluer, (N.) Polisin İdarî, Siyasî, Adli Görevleri ve Tatbikatı (Ankara, 1950), s. 273.

(12) Tosun (Ö.), Suç Kolluğu (Mukayeseli Hukuk Araştırmaları Dergisi, 1972 n. 9) s. 7.

(13) Leone, s. 112.

Eğer bir suçun işlendiği iddia ediliyorsa, bu iddiada suçun önlenemediği kabul ediliyor, demektir. Buna rağmen aynı organın, bu kerre iddianın doğruluğunu aramağa memur edilmesi düşündürücü değil midir? Önlemekle görevli olanın cezalandırma görevine katılması sadece mantıksız değil, sakıncalıdır da. Genel zabıta «teknik zabıta» değildir, fakat «Adli zabıta» tümünden teknik bir zabıta (14). Bu zabitanın yalnız «kriminalisrik» (= fennî polis) bilgileri ile değil, aynı zamanda hukuksal bilgilerle de donatılmış olması gereklidir. O halde böylesine nitelikleri olan zabıta yapısı nedeni ile diğer zabıtanın ayrıdır. O halde neden «tabii âmir»ine bağlı olmasın?

Fransız Yargıtay içtihadına göre, Anayasadaki kuvvetler ayrılığı, Adalet hizmetine ait bütün konuların, özellikle Adli zabıta işlemlerinin adalet makamlarının yetkisinde olmasını gerektirir (15).

III. Adli Zabitanın Savcıya Bağlanmasında Sakınca İddiası :

Savcı, zabıta âmiri olarak yetiştirilmemiştir. Savcının bu durumu Adli zabıtaya başarısızlığa götürür.

1. **Bakanlık değiştirmenin faydasızlığı :** Adli zabitanın Adalet Bakanlığına veya Başbakanlığa bağlanmasının, zabitanın bazı hukuk dışı davranışlarını önlemek isteğine dayandığı, halbuki Bakanlık değiştirmenin bir fayda sağlayamayacağı, «her iki Bakanın da sonuçta aynı hükümetin üyesi bulunduğu» (16) «Başbakanlığa bağlı olmasının da bu durumu değiştirmeyeceği, hatta hükümetin etkisini arttıracığı» ileri sürülmektedir.

2. **Zabitanın bölünmezliği :** Bazı işlemlerin Adliyeye ilişkin olması zabıta görevinin bütünlüğünü bozmaya yeterli değildir (17). Kaldı ki ayırmadan doğacak sakıncalar daha büyük olacaktır. «Adli kolluk görevlerinin de idarî nitelikte olduğuna dayanan bu görüşe göre, suçları ve suçluları aramakla da suçların önlenmesi, önleme ile tenkil etme arasındaki farkın bile sun'î, yapma olduğu belirtilmiştir» (18).

(14) Tosun, (Ö.) s. 7.

(15) Salomon (J.), Les réquisitions de police (Paris, 1960), s. 161.

(16) Tosun, s. 13.

(17) bk. Tosun, s. 9.

(18) Tosun, s. 9.

3. **Maliyet** : Kamu görevinde de «maliyet» düşünölmelidir : Ayrılma personeli çoğaltır, önleme çabaları sonunda elde edilen bilgilerden soruşturmada istifadeyi olanaksızlaştırır, iki kolluk arasında bir çeşit «rekabet» doğurur, yetki çekişmelerine yol açar.

Adlî zabıta, genel zabıta içinde ayrı bir bölüm olarak kalmalıdır. Bu suretle yeni masraflara lüzum kalmaz, kadro içinde karşılıklı yardım olanağı da yitirilmemiş olur.

IV. Savcıya Bağlılıkta Karma Sistem :

Adlî zabitanın kendi âmiri bulunmalıdır. Bu âmir kendi emrindekilerin işlemlerinden savcıya karşı sorumludur. Savcı, zabitanın Adlî görevine ilişkin konularda doğrudan doğruya kovuşturma yapabilir. Bu sistem İtalya'da uygulanmaktadır :

«İtalyan Ceza Muhakemesi Kanununun 16. maddesinde bulunan ve adlî polis âmir ve memurları aleyhine Adalet Bakanının izni olmadan kovuşturma yapılmasını engelleyen hüküm, Anayasanın (Adlî makamlar suç kolluğundan doğrudan doğruya faydalanır ve onu vasıtasız olarak kullanır) hükmüne (m. 109) aykırı görülerek iptal edilmiştir» (19). Her bölgenin zabıta âmiri o bölgenin savcısının rızası olmadan azledilemez, nakil edilemez, terfi edemez. İtalyan Kanunu Adlî zabıtaya «teminat» sağlamak ihtiyacını duymuştur. İtalyan Usul Kanununun 220. maddesini yorumlayanlara göre bu madde hiyerarşik bağlılığın İçişleri Bakanlığında kaldığını, fakat disiplin, mükâfat ve terfi gibi konularda İçişleri Bakanlığının Başsavcılarının olumlu mütalâasını almadan işlem yapamayacağını ileri sürmektedirler. Fakat İtalyan yazarları bunun yeterli olmadığını, tayin, nakil, tecziye gibi hususlarda savcılığın karar veya makama öneri mercii olmasını savunmakta, sadece, bir çeşit «veto yetkisi»nin etkisiz kaldığını ileri sürmektedirler (20).

İtalyan Usul Kanununun 220. maddesi hakkında Meriyet Kanunu (25 Ekim 1955, n. 932) Adlî zabıta âmirleri hakkında sayılan işlemleri yapmadan evvel savcılığın mütalâasının yazı ile istene-

(19) **Tosun**, s. 15; bk. **Guarneri**, s. 244, 248; bk. **Granata**, (L.), *Organizzazione Giuridica della polizia giudiziaria* (Rivista Penale, 1952), s. 170.

(20) bk. **Guarneri**, s. 248, 249.

ceğini bildirmektedir (21). Savcılığın mütalâası olumsuz ise, ilgiliye tebliğ olunur.

İtalyan Usul Kanununa göre (m. 229) görevlerine ilişkin kanun hükümlerini ihlâl eden, Adli makamların emrini yerine getirmeyen veya geciktiren Adli zabıta âmir ve memurları hakkında, savcılığın doğrudan doğruya tecziye hakkı vardır (22).

V. İdarî İşlem — Adli İşlem Ayrımı :

Bizce hata şu iddialardan gelmektedir : Suç işlendikten sonra bu suçu işleyen kaçmış ise onu yakalamak elbette «idarî zabıta»nın görevidir. Suçun işlenmesinden sonra da olsa bu işlem «idarî»dir. Fakat kaçağın sorguya çekilmesini, onu yakalayana bırakamayız. Görülüyor ki Adli zabıta işlemi ile idarî zabıta işlemi ayırmanın ölçüsü kronolojik değildir. Farklı işlemlerin niteliğinde aramak lâzımdır.

«Adli zabıta, adli bir fonksiyon ifa ederken teşkilât içerisinde ve adli otoritelerin emrine girmekle beraber bu fonksiyonu maddî bakımdan kazaî bir fonksiyon olmadığı idarî bir fonksiyon olduğu şüphesizdir. Binaenaleyh her iki fonksiyonun maddî mahiyetleri bakımından iki nevi zabıta arasında bir benzerlik mevcuttur» (23).

1. **Araştırma — Soruşturma** : Araştırma ile soruşturma farklı işlemlerdir. Adli zabıta idarî zabıtanın ayırmamak, ayrıca idareye bağlı zabıtaya soruşturma yetkisi tanımak, hatta bunu genişletmek bugün şikâyet edilen duruma sebep olmuştur.

Memleketimizde zabıtanın soruşturması derece derece genişlemiştir. Bu genişlemenin bazı yönlerinin kanunî dayanağı da yoktur. Savcıların yetkilerinden büyük bir kısmını zabıtaya fiilen terk etmeleri memleketimizde bir gelenek yaratmıştır. «Gerçekte hazırlık soruşturmasını zabıta yapar» sözü doğrulanmış gibidir. Zabıta, bütün adli soruşturmayı yapar, sonuna bir de «fazleke» ekler. Bu bir çeşit «iddianame» gibidir (!).

(21) bk. Lottanzi (G.), I Codical penali (Milano, 1962), s. 1064.

(22) bk. Lottanzi, s. 1073; Leone, s. 114.

(23) Onar (S. S.), İdare Hukukunun Umumî Esasları (III. Cilt, 3. Bası), s. 1470.

2. **Adli zabıta işlemlerinin saptanması** : Adli zabitanın yürütmeye hiyerarşik bağlılığının devamında zaruret görülüyorsa, sakıncaları bir dereceye kadar gidermek için isabetli bir öneri şudur : Adli zabitanın yapacağı işlemleri sınırlamak (24), ihbarları, şikâyetleri ve diğer «suç haberleri»ni derlemek, işlemsiz savcılığa göndermek, yalnız meşhut suç halinde yakalama, hızla kaybolması mümkün suç delillerini tesbit, muhafaza etmek (fakat «delil telâkki ve takdiri» anlamına gelecek işlemlerden kaçınmak), tanıkların ve sanıkların kimliklerini tesbit etmek (fakat dinlemek) ve bu gibi işlemlerle zabitanın yetkilerinin kısılması halinde «yürütmeye bağlı adli zabıta»nın sakıncaları önlenabilir. Nitekim İtalya'da 1953 yılında toplanan bir hukuk kongresinde (25) «adli zabıta her hangi bir halde ve her hangi bir sebeple sorgu, yüzleştirme, teşhis işlemi yapamaz» ilkesi benimsenmiş, bu işlemlerin yapılması halinde bunların geçersiz (batıl) sayılması şeklinde müeyyide önerilmiştir.

Diğer bir tedbir daha düşünülmektedir: Zabıta soruşturması sadece savcılığı aydınlatmağa tahsis edilmelidir. Yargı makamlarına zabıta evrakını ihtiva etmeyen, savcılığın kendisince hazırlanan dosya tevdi olunmalıdır (26).

VI. Öneriler :

«Hukuk Devleti» kavramı geliştikçe «zabıta» kavramında bir gerileme görülmüştür, neden? Buna karşıt insanlık tarihinde ilk çağlarda «adli zabıta» diye bir örgüt yoktu, niçin? Adli zabıta Büyük Fransız İhtilâlinde sonraya ratlar; bir nedeni yok mudur?

1. **Yapay ayırım**: Geleneksel anlayış şudur: Adli zabıta kavramının anlaşılması için bunun karşıtının bilinmesi lâzımdır. Bu karşıt «idarî zabıta»dır (!). Hata bundan gelir, iki ayrı nitelik, birbirinin karşıtı gösterilirse yanlış başlar. Esasında «idarî (önleyici) zabıta» diye bir şey yoktur, Suçları zabitanın önlediği boş bir iddiadır. Suçların işlenmesinden evvelki dönem psiko-sosyolojik ekonomik (kısacası kriminolojik) nedenlere dayanır. Bir «kriminolojik zabıta» kurabildik mi? Bu nedenle önleyici (idarî) zabıta bir özentidir veya adli zabıtaya, idarî sızma isteğini yansıtır. İda-

(24) Bu hususta bk. **Guarneri**, s. 250.

(25) **Guarneri**, s. 251.

(26) krş. **Bellavista**, s. 201.

rî zabitanın suçları önlediği iddiasından hareket edilerek «adli zabıta»nın, ondan ayrılmazlığı ileri sürülür. Bu bir aldatmacadır. Hiç bir memlekette «idarî zabıta» suçları önlemek için donatılmış değildir. Suçları önlemek o kadar geniş kapsamlı bir iddiadır ki «önleyici (idarî) zabıta anlamca kayıplıdır.

Fransa'da gerçek «adli zabıta»nın kurucusu olarak Clemenceau gösterilir. Bu zorunlu isteği ortaya attığı zaman altmış dört yaşında idi ve insanca çekişmenin yoğun bir deneme üstünlüğü onu destekliyordu (27).

2. Bağımsız zabıta : Bir anlayışa göre (28) Adli zabıta ne İçişleri ne Adalet Bakanlığına bağlanamaz. Tamamiyle bağımsız ve tamamiyle teknik bir kuruluş haline getirilmelidir. Savcıya bağlandığı zaman hareket yeteneğini kaybedecek, emir bekleyen kuruluşlara dönüşecektir. Hangi Bakanlığa bağlı olursa olsun, hatta Başbakanlığa bağlı olsa bile politikanın etkisi altına girecektir.

Bu düşüncede gerçek payı yok değildir. Tamamiyle bağımsız ve teknik, sadece baştaki bir şefe bağlı iyi donatılmış, kuvvetli bir örgüt halinde Adli zabıta elbette istenen bir şeydir. Fakat adli zabitanın savcılığa bağlanması önerilirken savcılığın bugünkü hali düşünülmemelidir. «Teminat»ı sağlanmış savcılık esas tutulmaktadır. Bu nedenle adli zabitanın yeniden düzenlenmesi konusu savcılığa teminat tanınması konusu ile beraber ele alınmalıdır.

a) Bu nedenle «savcılık teminatı» hakkında TBB'nin görüşünü burada özetlemek yerinde olur (29):

— Yürütme organının adalette temsili zarurî midir? Ceza Usulü Hukukuna değerini veren «hukukî münasebet» kavramına en fazla karşı koyan adalette «idarî anlayış»dır. Bu görüş daha ziyade eski Fransız doktrininde zaman zaman hâkim olabilmıştır. Fransa'da adliye, bazı devirlerde, yürütmenin denetiminde sayılan bir organ olarak anlaşılmıştı. Bu görüş Fransız doktrininin memleketimizde fazlaca etkili olduğu zamanlarda adliyemiz tatbikatına nüfuz etmiş, bu etki altında bazı kavramlar tartışmasız doğru olarak benimsenmiştir. Bu kavramlar arasında «Adalet Bakanının emrinde Savcılık» anlayışı da yer almaktadır.

(27) bk. **Chaumeil** (J. M.), La police judiciaire (Lille, 1963), s. 39.

(28) **Chaumeil**, s. 335.

(29) TBB. Yönetim Kurulunun, Cumhuriyet Savcılarının Teminatı Konusu Hakkında Raporu (Ankara, 1970), s. 7.

— Halbuki yürütmenin görevi olaya adaletin el koymasile sona erer. Bu itibarla Savcılar yürütmeye bağlı tutmakta görevden gelen zaruret yoktur. Aksinin kabulünde adaleti idareden ayırmak imkânını sağlamak mümkün olamamaktadır. «Hüküm vermek de idare etmektir» anlayışı totaliter çağdan kalma düşüncelerdendir.

— Usul Hukukumuzda kabul edilen sistem kamu dâvasını açmakta «kanunilik sistemi»dir. Bu sistem «Cumhuriyet Müddei-umumisi ceza takibini istilzam edebilecek hususlarda kâfi emareler teşkil edecek vakıalar mevcut ise hukuku âmme dâvasını açmakla mükelleftir» (CMUK. 148) Şeklinde ifade olunmuştur. Bu sistemin karşısında yer alan uygunluk sistemine göre Savcı, çeşitli mülâhazalarla kamu dâvasını açmağı veya açmamağı takdir edebilecektir. Suça rağmen dâva açmanın daha sakıncalı görüldüğü hallerde dâva açmamak Savcılık için ancak bu sistemde mümkündür. Usul Kanunumuz ise kanunilik sistemini kabul etmek suretile her türlü takdiri (dolayısıyla siyasî takdiri) bertaraf etmiştir. Kamu dâvasının açılmasını gerekli kılacak «kâfi emare» mevcut ise dâva mutlaka açılacak, mevcut değil ise dâva mutlaka açılmayacaktır. O halde «görev» ile «teminat» arasındaki ilişki buna göre tanzim edilmelidir.

— Anayasa'mızın 137/1 maddesine göre :

«Kanun, Cumhuriyet Savcılarının ve Kanun Sözcülerinin özlük işlerinde ve görevlerini yapmalarında teminat sağlayıcı hükümler koyar».

Anayasa Komisyonunun raporunda (9.5.1961, n. 27) bu hüküm ile «Savcılarının teminat sağlayıcı bir statüye sahip kılınmaları esasının tanzim edildiği», böyle bir esasın «yargı görevinin yerine getirilmesinde lüzumlu bulunduğu» açıklanmıştır.

Anayasa Savcılara teminat sağlanmasını emretmiş ve bu teminatın genişlik ve niteliğini «görev»in yerine getirilmesi için zarrı sınırlar olarak kabul etmiştir. O halde Anayasa'da «Savcılarının görev»inden ne kastolunduğunu anlamak imkânsız değildir.

— Anayasa'mızın 137. maddesinde «Savcılık teminatı» bir «esas» sayılmış ve bu esasın «yargı görevinin yerine getirilmesinde lüzumlu» olduğu belirtilmiştir. O halde Anayasa'mız Savcılık müessesesinde «idarî görüş» de değildir.

Anayasa «sistematik yorum»a imkân verecek şekilde tanzim olunmuştur. Hükümlerin Anayasa'da bulunduğu yerler bir sistemi kuran düşünceleri aksettirmekte, dolayısıyla fikrî sonuçlar çıkar- mağa elverişli bulunmaktadır.

137. maddeye Anayasa'da «yürütme» değil «yargı» başlıklı bölümden yer verilmiştir. O halde Anayasamız Savcılıkta idarî görüşü benimsemiş sayılamaz. Bu itibarla «savcılık teminatı» yargı içinde, görevleri ile orantılı ve zorunlu bir teminat olmak durumundadır.

— Anayasa Savcılara özlük işlerinde ve görevlerinde «teminat» sağlanmasını emretmektedir. O halde teminat kavramının belirli anlamından ayrılmak mümkün olamaz.

Anayasanın istediği teminatın, her halde bütün Devlet memurlarına tanınmış haklardan başka, bunlardan daha fazla bir şey olması lâzımdır. Aksi takdirde Savcılar için Anayasada tasrih edilecek kadar önemli bir «teminat»dan bahsetmeğe lüzum kalmazdı.

— Teminat bir şeye karşıdır. Karşıtı olmayana teminat denilemez. Devlet nazariyesinde «teminat» çeşitli karşıtlara göredir. Adalet bakımından teminat yürütme organı karşısında anlamlıdır. Yürütme organı karşısında teminat sağlanmamış ise ve idarî erkândan müteşekkil veya karma bir Kurul yetkili sayılmış ise, teminat sağlanmamış, teminata karşı gelinmiştir.

Herhangi bir vatandaş diğerini Ceza Mahkemesine götürebildiği çağlarda (halk ithamı usulünde) suistimaller görüldü. İtham için resmî bir makama ihtiyaç duyuldu. Fakat daha sonraları itham imkânının fertlerce kötüye kullanılması, mahzuru yerine siyasal sakıncalar kendini gösterdi. Bu suretle görevin teminatı gerektirdiği anlaşıldı. Bu gelişim bazı memleketlerde teamül ve siyasal olgunlukla sağlanabildi. Bazı memleketlerde ise sarîh kanun hükmüne ihtiyaç duyuldu.

Hâkime lâzım olan teminat Savcı için de zarurîdir. Haksız hükmle haksız itham arasında —bir bakıma— fark yoktur.

Yukarıda özetlenen esaslardan anlaşılacağı üzere Anayasa yapıcısının amacı (Savcılık) ı yargı mekanizmasının bir parçası haline getirmek, yürütme görevinin tesir alanı içinde bırakmamaktır.

b) Adlî zabitanın tamamiyle bağımsız (ne emniyet makamlarına, ne savcıya bağlı olmayan) bir kuruluş haline getirilmesi sakinçalidir. Konu bağımsızlık değildir. Adlî zabıta, teminatlı savcılığa bağlanmalıdır ki «hazırlık soruşturmasının bölünmezliği» sağlanmış olsun. Hazırlık soruşturmasında bölmeler artıkça hizmet zarar görür.

Adlî zabitanın teknik araçlarla yeniden kurulması ve teminatlı savcıya bağlanması yetmeyecektir. «Adlî zabıta soruşturma usulü» açık kurallarla «Kanun»da belirtmek gerekir. «Usulün Kanuniliği» (= Kanunsuz usul olmaz kuralı) Adlî zabıta işlemlerine kadar genişletilmeli, memleketimizde geleneksel, ilkel, zabıta uygulamasına son verilmelidir.

Zabıta soruşturması sırasında hiç bir teminata sahip olmayan sanığın, bundan sonraki safhada teminata veya bazı haklara kavuşması şaşırtıcı, bir çelişmedir (30).

VII. İşkence Konusu :

İdarî-Adlî zabıtanın şikâyetler, yoğunlukla işkence konusunda toplanmaktadır.

Almanya'da Nazi döneminde Himmler'in emirnamesi şu hükümleri getiriyordu : «Marksistlere, Yahove Şahitlerine, sabotajcılara, tethişçilere, mukavemetçilere, paraşütle indirilen ajanlara, anti-sosyal unsurlara, Rus ve Polonyalı serserilere işkence uygulanabilir. İşkence duruma göre şunları kapsar : Gıdayı (ekmek ve suyu) azaltma, sert yatak, ışıksız hücre, uyutmamak, yorucu bedenî hareketler kırbaçlama. Yirmi kırbaçtan fazlası için hakimden mütalâa alınacaktır». Doktorun fikrinin alınması insanlık nedenine dayanmıyordu. «İtiraf» etmeden ölen kişiden bir şey öğrenmek kabil olmayacaktı. Gestaponun bulunduğu her şehirde bir «işkence merkezi» de kurulmuştu. Bu uygulama yadırganamazdı. Hitler, böyle bir rejim seçmişti (31).

Devletimiz Demokrasiyi, «Hukuk Devleti»ni, «sosyal Devlet»i benimsemiştir. Hukuk Devletinin yerine hangi yönlü olursa olsun bir Diktatörlük (totaliter Devlet) kabul etmiş olsaydık, belki de

(30) **Bouloc**, (B), L'acte D'instruction (Paris, 1965), ss. 173.

(31) bk. **Mellor**, (A.), La Torture, (Paris, 1949) s. 213.

«işkence» meşru sayılırdı. «Hukuk Üstünlüğü» huzurunda «gayrı meşru sayılan Devlet»lerde işkence «meşru»dur. Görülüyor ki işkence yasağını ihlâl etmek «Anayasayı ihlâl suçu»nun bir çeşididir. Anayasamız (md. 14) «kimseye işkence yapılamaz» diye emrettiğine göre münferit olayları aşan «sistemli işkence» TCK. nun 243. maddesinden taşar ve 146. maddeye yaklaşmış olur. Unutmamak lâzımdır ki tutuklanmış veya gözaltına alınmış kişinin hayatı ve sağlığı Hükümetin sorumluluğu altındadır (32).

Bazı rejimler, «Devlet hakları» ile «insan hakları» arasında, birincilerin tercihi yolunda bir anlayışa dayanır. Halbuki «hukuk devleti» bu hakları bağdaştırabilmiş, bunu başarabilmek için de «Anayasal rejimi» getirebilmiştir.

Anayasamızın 14 üncü maddesine göre ceza «insanî» olmak zorundadır. Sanık, hükümlüden evvel gelir. O halde hükümlüye işkence edemezken, sanığa işkence edilebilir mi?

Bir an için işkenceyi meşru sayalım, hatta Himmlerin emirnamesi gibi bir «işkence Kanunu» çıkarıp, onu normal bir soruşturma aracı haline getirelim. Türkiyemizde bunun genel sonucu ne olur? Evvelâ mahkemeye, savcıya ihtiyaç kalmaz. «İşkence uzmanları» onların yerini alır. Sonuçta, yirminci yüzyılda ünlü (!) bir «engizisyon» örneği yaratırız.

Devletin gücünü sağlayan unsurlardan biri de onun toplumdaki «sosyal itibarı»dır. İşkence uygulaması bu itibarı yitirir.

İşkence'nin, fayda sağladığı için meşru sayılması gerektiği ileri sürülmüştür: Eğer suçları meydana çıkarıyorsa neden işkence bir soruşturma aracı sayılmasın? Genellikle «işkence» lehine söylenen budur.

Fakat şöyle düşünmek lâzımdır. İşkence ürünü «itiraf»a rağmen kişinin sonunda suçsuz olduğu anlaşılırsa, yapılanı nasıl izah edeceğiz? Suçsuzlara yapılan işkencelerin toplumda doğurduğu çöküntülerin zararı ile işkencenin sözde faydasını karşılaştırmak gereksiz midir?

Kaldı ki işkence uygulamasında genel sonuca bakmak gerekir. İşkence ile elde edilen tirafa dayanan «haksız hüküm»ler az değildir.

(32) Brasiello, (T.), Libertà personale (Digesto Italiano, IX) n. 15.

Hatta bunlar pek az da olsalar, birgün haksızlıkları anlaşılınca «toplumsal tepki» bütün düzeni sarsabilir, zararları pek ağır olur.

«Acı»nın mutlaka gerçeği söyleteceği sanılmamalıdır. Acı, işkenceye tutulana sadece konuşturur.

Acıya tahammül «fizyolojik» bir özelliktir, kişiden kişiye değişir. Fizik acının derece derece arttırılması sonunda susmağı ölüme tercih edenlerin de bulunduğu sadece varsayımdır. Şüphesiz işkence tehdidinin bile yeterli sayıldığı zayıf kişilerden başlayarak çok dirençli yapılara rastlanabilir. Fakat sonunda iskencenin istenen şekilde konuşturamayacağı insan yoktur (33).

«Dayaksız sorgu» usulleri (günlerce ayakta tutmak, uyutmak, aç bırakmak, tabii ihtiyaçlarına müsaade etmemek, dayanılmaz ışık altında günlerce süren sorguya çekmek ve bu gibiler) «işkence» değil midir? Bu usullerle «dayakla (elektrikli) sorgu» arasında nesnel fark yoktur. Bunların hepsine, yoğunluk farkı olmakla beraber, «fizyolojik işkence» denilebilir. Fakat «manevî işkence» asla gözden uzak tutulmamalıdır. Bunun da pek çok çeşidi vardır.

Sol diktatörlüklerde iskencenin iz bırakmayan ilginç uygulamalarından yabancı yapıtlarda söz edilmektedir. Bazı maddelerin, özel surette hazırlanmış kliniklerde tedavi (!) adı altında zerk edilmesi ve bu ilacın (!) dayanılmaz, feci ağrılar verdiği, tekrarlamak tehdidi ile «itiraf»ların alındığı ileri sürülmektedir.

Sanığı «işkenceli sorgu» yoluyla, «hâkim»den evvel, «ceza»landırmak isteği teşhis edilmelidir. Hâkim, sonunda ne karar verirse versin, sorgu kılığı altında «peşin idarî ceza» çok düşündürücüdür. İdarî-adli karması zabitanın buna alet olduğu bilinmektedir.

Ceza adaletine ilişkin uygulamalarda çok dikkatli olmak lâzımdır. Sakıncalı tutumlar sürdürülürse genel sonuç şu olacaktır : Türk toplumu, «uygar milletler topluluğu»ndan çekilmiş duruma düşer. Bunun «insanlık tarihi» önündeki sorumluluğunu paylaşmağa bugünkü kuşaklar hiç de istekli görünmüyor. İşkence «insan soyunun, insanca bir yerinin, yıkılmasıdır».

(33) **Altavilla**, (E.), *Psicologia giudiziaria* (Torino, 1949). s. 243.

(34) bk. **Mortati** (C.), *Istituzione di diritto pubblico* (Padova, 1962), s. 851.

Orta Çağın Engizisyon artıkları ile donatılmış bir Ceza Usulü Kanununun «iktibası» ve buna eklenen düşüncesiz, bilinçsiz, ilkesiz uygulamalar Türk Ceza Adaletini çağ dışına itmiştir. Her yönden (ve adli zabıtanın başlaması üzere) «Türk Ceza yargılamasının insanileştirilmesi» gerekli hale gelmiştir.

VIII. Kışkırtıcı Ajan

Zabıtanın şikâyetleri arasında araştırmada «kışkırtıcı ajan» kullanılmasına da rastlanmaktadır. Zabıta, bunun yapılabileceği kanaatinindedir.

1. **Kavram :** Kışkırtıcılık, başkasını «suça azmettirmek», her türlü «tahrik» ve «teşvik» halleri ile yakınlık gösterir. Fakat kışkırtıcılığın özellikleri şunlardır : Kışkırtıcı, başkalarını suça sürüklemek ve cezalandırılmalarını sağlamak amacıyla gider. Kışkırtıcının resmi makamların emrinde çalışması bu kavramı daha özelleştirir. Konu bu suretle «kışkırtıcı ajanlık»a dönüşür.

Kışkırtıcı ajanlık hallerinde daha fazla «siyasal suç» işletmek «saik»ine rastlanır (35). Resmi Makamların diğer suçları işletmek için kışkırtıcı ajan kullanmaları enderdir. Buna karşılık zıt siyasal gurupların birbirlerine «ajan sızdırması» olaylarına da rastlanır.

a) **Azmettirme :** Bir anlayışa göre, kışkırtıcının sorumlu olabilmesi için onda «azmettirme»nin bütün koşullarının (özellikle suç kararını kışkırtılarda yaratmak koşulunun) bulunması gerekir (36). O halde bu anlayış kışkırtmak kavramı ile azmettirmek kavramını birbirine yaklaştırır. Fakat bu iki deyim, eşanlamda değildir. Kışkırtıcının çıkarı suçun işlenmesinden gelen bir çıkar sayılmaz. Kışkırtıcı, failin suçlu hale gelmesini, cezalandırılmasını istemektedir.

Bu anlayış kışkırtıcılık kavramını oldukça daraltmakta ve bu kavramı azmettirme dışındaki hallerde geçersiz saymaktadır. «Ortak sebep» olarak kışkırtıcılık (tahrik, teşvik gibi) halleri kavramın dışında kalmaktadır.

b) **İştirak :** Bir başka anlayışa göre kışkırtıcılık ceza hukukundaki iştirak kuralları ile çözümlenir. İştirakte ortağın suça katılması «saik»i önemli değildir. Bu nedenle genel olarak resmi

(35) Salama, (M.), L'agente provocatore (Milano, 1965), s. 7.

(36) bk. Salama, b. 9.

makamların emrinde «kışkırtıcı ajan» ayrı bir inceleme konusu yapılabilir. Ancak bu halde «ceza sorumluluğu»nda incelemeye değer bir özellik görülebilir.

2. Maddî Unsur : Diğer bir anlayışa göre «kışkırtıcı ajan», Kanunun koruduğu hak veya menfaatin zarar, (özellikle maddî zarar) görmediği olaylarda (teşebbüs, sahte gizli vesikayı casusluk maksadı ile çalmağa azmettirme gibi) nazara alınabilir. Sırf failin yakalanmasını, ceza görmesini sağlamak için ceza kuralının koruduğu hakkın feda edilmesi mümkün değildir.

Bu anlayışı özellikle Florian (37) şöylece savunmuştur : Bir kimseyi adalete teslim etmek, suç üstü yakalatmak için suça sürükleyen ve bunu ister görev gereği, ister menfaat için yapan, diğer bir deyimle bunu, suçun işlenmesinde kendi hesabına bir menfaat ve sebep bulunmadan yapan kişi «kışkırtıcı ajan»dır. Şu şarttaki fiil sonuca varmasını veya suçun konusu hak (hukuki menfaat) zarar görmüş veya tehlikeye maruz kalmış olmasını.

O halde bir sınırdan ötede kışkırtıcı ajan, suçun faillerinden biri haline gelir, «emri yerine getirme mazereti» (TCK. 49/1), emir gayri kanuni olduğundan, etkisiz kalır.

3. Yasaklayıcı Hüküm : «Zabıta»nın «kışkırtıcı ajan» kullanımının «görevde başarı» sayılmayacağı ortaya konulmalıdır. Fakat bu çaba «Adlî Zabıta» «idare» den ayrılmadıkça sonuç vermeyecektir. «ajan» kullanılmak resmî işlem dürüstlüğü ile bağdaşmaz. Adlî Zabıta işlemleri kanunla saptanırken bu yola gidilmesi yasaklanmalı, fakat bu yapılırken «kışkırtıcı ajan» kavramının kanunî tarifi de getirilmelidir.

VIII. Adli Zabitanın Kurulması Çabaları :

Türkiye Barolar Birliği kuruluşundan bu yana memleketimizde adli zabitanın kurulmamasından şikâyetçi olmuştur. Adalet Bakanlığından alınan yazıda (12.4.1971, 17647) Adlî - İdarî zabitanın tefriki ve bu konuda alınması gerekli yasama tedbirleri ve bunlara ilişkin konularda Birlik mütalâası istenmiştir. Bakanlığa gönderilen mütalâada ileri sürülen düşünceler özetle şunlardır :

(37) Florian, Parte generale del diritto penale II (1934), s. 710; bk. Salama, s. 11.

1) **Toplumsal inanç** : «İdarî zabıta» - «adlî zabıta» ayrımını sun'î bulanlar yok değildir (38). Fakat şöyle düşünmek gerekir :

Adlî zabıtanın yaptığı iş idarî bir işlem midir? Adalete ilişkin bir işlemin özelliği olmak gerekir. Bir işe «adliyenin el koyması» belli bir anlam taşır. Bu işten, başkalarının ellerini çekmeleri demektir. Fakat gerçeğin daima böyle olduğu iddia edilemez. Gerçekten böyle olsa dahi birbirinden ayrılmamış idarî ve adlî zabıta topluma bu kanıyı vermeyecektir. Hatta karma zabıtanın sadece adaleti aramakla görevli olduğuna kendisini dahi inandırmak mümkün olamaz.

Savunmanın itham ile birlikte başlaması adlî zabıtanın, idarî zabıtanın ayrılması lüzumu baroları yakından ilgilendirmektedir. İdarî-Adlî zabıta karması, itham ile birlikte savunmanın başlaması ilkesine aykırı düşer. Karma da, idarî zabıta daima üstün çıkacak ve müdafinin görevinin başlayacağı çizgiyi daima geriye itecektir. Soruşturma idarî kaldıkça müdafî görevinde geciktirilmiş olacaktır. Bazı uygulamalarda uzun süre adlî olması gereken soruşturmanın, idarî sayılması, âni bir kararla işin adliyeye sevkinin, «süprizli dâva» tertiplerinin teşhisi gereklidir.

2. **Uygulamadaki sakıncaları** : Adlî zabıtanın fiilen «çok başlı zabıta» olmasından doğan sakıncaları küçümsenemez. Bu duruma mutlaka son verilmelidir.

— «Masumluk karinesi»ne (kesinleşmiş mahkûmiyet kararı verilinceye kadar herkesin masum sayılacağına) saygı ve ona bağlılık idarî zabıta için bir anlam taşımaz. Halbuki bu kural ihmal edilerek bir adlî faaliyetin düşünülmesi bile mümkün değildir.

— Memleketimizde adlî zabıta işlemlerini düzenleyici kuralların mevcut olmaması bir çeşit «karakol tatbikatı»nı yaratmış ve bu tatbikat kendini kabul ettirmeğe gayret etmiştir. Adlî ve idarî zabıtanın ayrılması ve zabıta soruşturmasının makul bir düzene bağlanması zamanı gelmiştir.

— Zabıtanın cebir ve bazı usullerle tespit ettiği «ikrar»a dayanılarak mahkemeye verilen ve sonunda beraat eden sanıkların durumu her memlekette endişe ile karşılanmıştır. Zira bu çeşit dâvalarda «beraet kararı» aynı zabıtanın kanun dışı tatbikatının zımnen

(38) bk. Lauret (J. C) et Lasierra (R.), La Torture et les Pouvoirs, (Paris, 1974).

mahkûm edilmesi anlamına gelir. Nitekim bu husus İtalya'da bir meclis soruşturmasına sebep olmuştur (39).

— İdarî zabıta ile adlî zabıtanın şü şikâyetlere rastlanmaktadır :

— Sanığın, hakkında zor kullanan zabıta memurları huzurunda sorguya çekilmesi ve böyle bir sorguya hâkim önünde sorgu niteliği tanınması;

— Savcının sanığı karakolda sorguya çekmesi;

— Tutuklanıp tevkif evine konulan sanığın buradan alınarak, zabıtaya teslimi sonunda itirafının elde edilmesi,

— Yakalanan sanığın derhal veya süresinde hâkim önüne çıkarılması hakkını kullanmasına mani olunması,

— Hakkında zor kullanıldığını ileri süren sanıkların bunun delil ve eserlerini tespit ettirmek isteğine engeller çıkarılması,

— Sanıkların karakollarda dövüldüğü, manevî üzüntü doğuran usullerle sanıkların gerçeğe aykırı da olsa, ikrara zorlandıkları hakkındaki şikâyetlerin, ağır işkence iddialarının pek yaygın hale geldiği,

— Zabıtanın el koyduğu adlî olaylardan, bazı hallerde adlî makamlara geç haber verilmesinin endişelere ve ithamlara sebep olduğu;

— Adlî zabıtanın sadece delilleri toplamak, tespit etmek görevini aşarak savcının bilgisi dışında soruşturmaya yön vermede kendisini yetkili sayması,

3. Düzenlenecek konular : Gereği gibi kurulduğu takdirde Adlî zabıtanın re'sen soruşturmaya başlayabileceği kabul edilebilir :

— Bununla beraber (teminatlı olmak şartı ile) savcılığın gözetimi altında faaliyet göstereceği;

— Yaptığı işlemlerden dolayı savcılığa bilgi verme zorunluğu,

— İşlemlerinden dolayı savcılığa karşı sorumlu olacakları, savcılığın olumlu kararı bulunmadıkça görevlerinden alınamayacakları, terfilerinde ve nakillerinde savcılığın sicil âmiri sayılacağı,

(39) **Giuliano** (M.), *Le conclusioni dell'incialesta sui metodi e sugli abusi della polizia giudiziaria* (Rivista Penale, 1954), s. 362.

— Kimlerin adli zabita memuru ve adli zabita âmiri olduğunun tarifi, âmir ve memurların görevlerinin açık hükümlerle belirtilmesi;

— Adli zabitanın tutma, alıkoyma yetkisinin şart ve süresinin özel ve açık hükümlerle saptanması; adli zabita kudreti, tanık dinleme arama, zabıt, bilirkişi, incelemesi gibi işlemlerdeki yetkilerinin düzenlenmesi;

— Adli zabita mensupları aleyhine takibatın izin esasına ve özel hükümlere bağlanması;

— Polis Enstitüsü mezunlarının ve yüksek okulu bitirmiş olanların adli zabita âmiri olacakları, diğerlerinin yetiştirilmesi için bir eğitim merkezinin kurulması; yüksek okul statüsüne tâbi olan Polis Enstitülerindeki öğretim sırasında adli zabita âmiri olacıklara ek kurlar düzenlenmesi;

gibi konuların yer alacağı bir Kanun tasarısının hazırlanması önerilmektedir.